TOWARZYSTWO NAUKOWE
KATOLICKIEGO UNIWERSYTETU LUBELSKIEGO
UNIWERSYTET TOM 25 LUBLIN

CZESŁAW MARTYNIAK

184/50

MOC OBOWIĄZUJĄCA PRAWA A TEORIA KELSENA

LUBLIN
1938

MOC OBOWIĄZUJĄCA PRAWA A TEORIA KELSENA

BIBL. ZAKŁ. NAUK ADM
I PRAWA ADMINISTR. U. J.
Dział XII. Inw.: 1256

CZESŁAW MARTYNIAK
Chargé de cours à la faculté de droit de L'Université Catholique de Lublin

LA FORCE OBLIGATOIRE DE LA LOI ET LA THÉORIE DE KELSEN

Le résumé français et la table des matières en français se trouvent à la fin du volume.

TOWARZYSTWO NAUKOWE
KATOLICKIEGO UNIWERSYTETU LUBELSKIEGO
UNIWERSYTET TOM 25 LUBLIN

CZESŁAW MARTYNIAK

MOC OBOWIĄZUJĄCA PRAWA A TEORIA KELSENA

Wydz. Bibl. Prawnicza

1806115327

LUBLIN
1938

Druk. „Narodowa" L. Milarskiego
Lublin, Krak.-Prz. 78, telefon 26-73.

SPIS RZECZY

str.

WSTĘP . . . . . 1—9

ROZDZIAŁ I. OGÓLNA CHARAKTERYSTYKA TEORII . . . 10—38

§ 1. Samoistność nauki prawa 10
§ 2. Podział nauk na eksplikatywne i normatywne . . 14
§ 3. Metodologiczna czystość 16
§ 4. Formalizm 21
§ 5. Odrzucenie konstrukcyj dualistycznych . . . 26
§ 6. Tożsamość państwa i prawa 29
§ 7. Teoria stopniowej budowy prawa. 34
§ 8. Dwie podstawowe hipotezy prawnicze. 37

ROZDZIAŁ II. FILOZOFICZNE PODŁOŻE TEORII . . . . 39—89

§ 1. Filozoficzne poglądy Kelsena 39
A. Teoria poznania . . . . . 40—45
a. Twórczy charakter poznania. Relatywizm . 40
b. Dwie hipotezy teoriopoznawcze: Subiektywistyczna i obiektywistyczna 42
c. Dualizm teoriopoznawczy: odrębność dziedzin bytu i powinności 43
B. Metafizyka Kelsena . . . . . 45—52
a. Krytyka dualizmu metafizycznego . . . 47
b. Światopogląd naukowo-krytyczny. . . . 49
C. Historiozofia . . . . . 52—54
§ 2. Źródła filozofii i teorii prawa Kelsena . . . 54
a. Wpływy prawników 54
b. Wpływ Kanta. 55
c. Odchylenia od doktryny kantowskiej. Polemika z Sanderem 59

d. Wpływ Hermana Cohena . . . 63
e. Wpływ fikcjonalizmu Hansa Vaihingera . . 67
f. Wpływ Ernesta Macha. 70
g. Wpływ Husserla 71
h. Wpływ Ludwika Feuerbacha 76
§ 3. Problem jednolitości systemu 76
a. Chronologiczny stosunek poglądów filozoficznych i prawniczych 76
b. Rozbieżność zdań co do problemu jednolitości . 77
c. Wykraczanie poza normę podstawową . . 81
d. Krytyka tezy Trevesa 86

ROZDZIAŁ III. MOC OBOWIĄZUJĄCA PRAWA POZYTYWNEGO . . 90—165

§ 1. Prawo jako system normatywny i dynamiczny . . 90
§ 2. Pojęcie normy podstawowej 94
§ 3. Przypisanie czyli zarachowanie prawne (Zurechnung) . 98
a. Pojęcie i rodzaje zarachowania prawnego . 98
b. Pozaprzyczynowy charakter zarachowania. . 100
c. Ateleologiczny charakter przypisania . . 101
d. Polityczno-prawne pojęcie przypisania. . . 104
§ 4. Brak uzasadnienia mocy obowiązującej normy podstawowej 107
§ 5. Przemiana dualizmu metodologicznego na ontyczny . . 114
§ 6. Teoria normy podstawowej negacją rozdziału powinności i rzeczywistości 129
§ 7. Istotna podstawa mocy obowiązującej prawa u Kelsena. . 140
§ 8. Oportunistyczna wskazówka zamiast powinności . . 146
§ 9. Moc obowiązująca prawa, a przynależność do systemu prawnego 153

ROZDZIAŁ IV. PROBLEM PRAWA NATURALNEGO . . . 166--238

§ 1. Uwagi ogólne. 166
§ 2. Pozytywizacja formalna prawa naturalnego . . . 169
a. proces indywidualizacji 169
b. prawo naturalne jako system normatywny . . 173
c. błędy w poglądach Kelsena na prawo naturalne . 178
d. proces indywidualizacji a przemiana prawa naturalnego na pozytywne 181
§ 3. Pozytywizacja materialna prawa naturalnego . . 185

A. Poglądy Kelsena 185
B. Zarys krytyki transcendentnej. 189
a. powinność a celowość 190
b. związek powinności z rzeczywistością . . 198
c. treść prawa naturalnego. 204
d. naukowe wartościowanie. 210
§ 4. Stosunek prawa naturalnego do prawa pozytywnego . 218
a. logiczna niemożliwość uznania prawa naturalnego obok prawa pozytywnego według Kelsena . 218
b. krytyka: logiczna konieczność związku między prawem naturalnym a pozytywnym . . . 222
c. uwagi o metodzie typu idealnego . . 227
d. odrzucenie poglądu o konserwatywnym charakterze nauki prawa naturalnego 232
Zakończenie 239
Literatura. Wykaz prac cytowanych 259
Skorowidz nazwisk 273
Le résumé français 277
Table des matières en français 289

WSTĘP.

Niewątpliwie, nauka nie polega jedynie na tym, by wiedzieć co inni myśleli, lecz, jak pisał już św. Tomasz z Akwinu, jej głównym celem jest poznanie prawdy [1]. Jednak równie niewątpliwie nie można się zgodzić, by każdy zaczynał według wskazań *Rozprawy o metodzie* Descartes'a, ignorując wszystko co o danej rzeczy inni już przed nim powiedzieli. Człowiek nauki pragnący posunąć naprzód badania w swej specjalności, powinien zaznajomić się z jej historią, a zwłaszcza poznać współczesne prądy naukowe i zająć wobec nich określone stanowisko. Nawet jeśliby się je miało porzucić i przeciwstawić im inne poglądy, to należy je uprzednio dokładnie i lojalnie zbadać. Ocena, a oceną jest każda krytyka, o ile ma być obiektywna, musi opierać się na rzeczowym poznaniu. Nie można zaprzeczyć, że Kelsena i jego szkołę uważać trzeba za jeden z prądów, z którymi we współczesnej nauce prawa liczyć się należy. Wprawdzie poglądy na znaczenie i wartość czystej teorii prawa Kelsena są różne. Jedni są wprost fanatycznymi zwolennikami i admiratorami jego systemu, który propagują i rozwijają z oddaniem i zapałem. Inni przeciwstawiają się mu i krytykują z zaciekłością. Ostatnio opozycja zdaje się nawet wzrastać. Odzywają się głosy, że czysta teoria

---

1 „Studium philosophiae non est ad hoc quod sciatur quid homines senserint sed qualiter se habeat veritas rerum". *In Aristot. in Lib. de coelo et mundo.* lib. 1. lect 22 in medio. ed. Vivès t. 23 s. 77. Słusznie też pisze Znamierowski, iż ważne jest, „żeby wzwyczajać się do myślenia bezpośredniego o tym, jakie rzeczy są i odzwyczajać od muzealnego zainteresowania tym co różni ludzie myślą o rzeczach". *Prolegomena do nauki o państwie.* Przedmowa.

prawa nie jest w stanie zaspokoić nowych potrzeb duchowych i świeżych tendencji zbliżenia prawa do życia i historii [1].

Jednak, aczkolwiek zaznacza się coraz większa reakcja przeciw zasadom czystej teorii prawa [2], to bezsprzecznie, zjawisko, któremu na imię Kelsen wywarło i jeszcze wywiera duży wpływ na współczesną myśl prawniczą. Wystarczy przebiec okiem pokaźną bibliografię prac bądź rozwijających myśl Kelsena, bądź polemizujących z nim [3], wystarczy wziąć do ręki pierwsze lepsze czasopismo prawnicze, aby się przekonać, że czysta teoria prawa stanowi nadal oś zainteresowań i polemik naukowych.

Wpływ Kelsena w dziedzinie teorii prawa był podobny do niezbyt od nas odległego wpływu Durkheima w socjologii.

Jak tam wydawało się, że socjologia Durkheimowska jest jedyną możliwą postacią socjologii [4], tak i tu, szerokiej rzeszy admiratorów Kelsena wydało się, że jego system jest już najwyższym stopniem teorii prawa, tak, że nie wahali się nawet robić jej reklamy na łamach dzienników [5] i głosić, że rok wydania pierwszej i największej pracy Kelsena *Hauptprobleme* jest rokiem urodzin teorii prawa [6].

Ale teoria Kelsena zasługuje na uwagę nie tylko ze względu na szeroki zasięg swoich wpływów, lecz i z tego powodu, że reprezentuje ona pewien trwały typ umysłowości powtarzający

---

1 Treves Renato, *Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto di Hans Kelsen.* s. 3. Leibholz, *Les tendances actuelles de la doctrine du droit public en Allemagne.* Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique. 1931 n. 1—2 s. 207—224.

2 Treves, *Il metodo teleologico nella filosofia e nella scienza del Diritto.* Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto. 1933 s. 545 n.

3 Bibliografia taka została zestawiona przez R. A. Métall'a i umieszczona jako pokaźny, bo obejmujący kilkadziesiąt stronic, dodatek do ostatniej pracy Kelsena *Reine Rechtslehre* pt. *Bibliographie der Reinen Rechtslehre.* s. 155—222.

4 Lacombe, *La méthode sociologique de Durkheim.* s. 1.

5 W dzienniku wiedeńskim „Neue Freie Presse". Pisze o tym krytycznie Hold-Ferneck, *Ein Kampf ums Recht.* s. 2.

6 Felix Kaufmann, *Logik und Rechtswissenschaft.* s. 54.

się stale od wieków. Kelsenizm stanowi bodajże najbardziej logiczne i ścisłe sformułowanie pozytywizmu, wpływającego od dawna na umysły prawników, ale specjalnie fascynującego wiek 19-ty i początek wieku 20-ego [1]. Pozytywizm prawniczy skrystalizował się w tym okresie naukowo, głosząc wyraźnie świadomie samowystarczalność oraz sformalizowanie prawa pozytywnego, a tym samym jego niezależność od prawa naturalnego i etyki.

I dlatego właśnie, że w Kelsenie widzimy coś więcej niż samego Kelsena, że patrzymy nań nie tylko jako na gwiazdę, której blask w tej chwili zdaje się gasnąć, lecz, że uważamy go za skonkretyzowanie pewnej ogólnej i wciąż powtarzającej się doktryny, dlatego to wydało mi się wskazanym poddać jego teorię bliższej analizie.

Niemożliwe było w jednej pracy rozpatrywać wszystkie problemy czystej teorii prawa. Trzeba było wybierać. Wybrałem więc ten, który, jak sądzę, posiada znaczenie podstawowe dla nauki prawa. Moc obowiązująca prawa to problem, który można omijać, od którego można uciekać, ale którego nie można uniknąć. W jakiś sposób trzeba go rozstrzygnąć i zawsze, explicite czy implicite, każdy go na swój sposób rozwiązuje, podobnie jak każdy świadomie czy nieświadomie rozstrzyga podstawowe problemy filozoficzne.

Celem pracy jest przede wszystkim wykazanie, iż Kelsen na swój sposób rozstrzygnął ten problem i że w jego teorii jest nawet zawarty pogląd na podstawy mocy obowiązującej prawa. Na pierwszy rzut oka dla tego, kto zna czystą teorię prawa, twierdzenie takie wydaje się paradoksem. Kelsen głosił bowiem, że zagadnienia podstaw prawa, jego pochodzenia, powstania i zniszczenia pozostawia poza granicami swych dociekań. Powiada on, że są to zagadnienia natury pozaprawnej, które w nauce normatywnej rozstrzygane być nie mogą, podobnie jak w naukach eksplikatywnych nie mogą być rozwiązywane problemy, dotyczące stworzenia i unicestwienia rzeczywistości [2].

---

1 Por. Czuma Ignacy, *Dzisiejsza filozofia sowieckiego prawa a romantyzm prawniczy*. Pamiętnik Lubelski. T. 1. Lublin 1930 s. 461 n.

2 *Hauptprobleme*. s. 51.

Zdawałoby się więc, że w czystej teorii prawa nie można doszukiwać się poglądów na podstawy mocy obowiązującej prawa. Jednak u Kelsena, jak to już wykazywał Lande, wykonanie nie zawsze odpowiada programowi i jego teoria zawiera swoiste rozwiązanie tego problemu. Stwierdziwszy jego istnienie postaramy się wykazać, że takiego rozwiązania, jakie jest ukryte w czystej teorii prawa, utrzymać nie można i że szukać go należy na innej drodze.

Kelsen skarży się, aczkolwiek niesłusznie, że nikt nie usiłuje dać immanentnej krytyki jego systemu [1]. Odpowiadając na to wezwanie taką właśnie krytykę pragniemy przeprowadzić. Przy dowodzeniu głównej tezy napotkamy cały szereg nieścisłości lub błędów logicznych, które będziemy się starali podkreślić i uwidocznić.

Przy każdej kwestji usiłuję krótko, ale możliwie najwierniej i, że tak powiem, najgroźniej oddać tok rozumowań Kelsena i odkryć ich podstawy. Uważam to za wstęp do rzeczowej krytyki, wstęp, który pozwala skontrolować, czy krytyk dobrze rozumiał myśl swego autora i, co za tym idzie, czy jego krytyka jest słuszna. W niektórych miejscach same poglądy Kelsena narzucały mi wprost przedłużenie krytyki immanentnej przez podanie zarysu krytyki transcendentnej, czyli wskazanie kierunku, właściwych moim zdaniem, rozwiązań. Tak np. konstatując, że Kelsen bądź ignoruje prawdziwą doktrynę prawa naturalnego, bądź ją wypacza, musiałem przeciwstawić jego wywodom te, które uważam za słuszne i które zresztą, jako poglądy reprezentantów doktryny prawa naturalnego są jedynie miarodajne dla przedstawienia tej doktryny.

Opracowanie głównego problemu poprzedza gruntowny rzut oka na całość doktryny Kelsena. Rozdział I zawiera ogólną charakterystykę jego teorii prawa. Zapoznajemy się w nim jakby z prawniczą fasadą kelsenizmu. Nie jest to streszczenie teorii, lecz raczej syntetyczne ujęcie jej najbardziej charakterystycznych cech. Rozdział II stanowi analizę filozoficznych fundamentów teorii prawa. Zbadanie filozoficznych podstaw czystej teorii prawa było tym bardziej konieczne, że jak twierdzą niektórzy, zasięg

---

1 *Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre.* s. 3.

wpływów Kelsena nie jest współmierny do pogłębienia jego doktryny. Tylko nieliczni jego zwolennicy zadali sobie trud pogłębienia filozoficznych założeń teorii mistrza i doszli do przemyślanego jej przyjęcia. Założenia filozoficzne czystej teorii prawa mają być mało zgłębione nawet w Niemczech, a jeszcze mniej w krajach łacińskich [1]. Jakkolwiek rzecz ma się w innych krajach, dla nas pożądane jest wyjaśnienie filozoficznych podstaw doktryny, która wywiera wpływ i na naszą naukę prawa. Poza bezpośrednim wpływem na umysły niektórych nawet najwybitniejszych prawników (przykładem Jaworski) zewnętrzną oznaką tego wpływu są tłumaczenia i opracowania polskie jego prac [2].

Ustalenie filozoficznych podstaw kelsenizmu jest pożądane jeszcze i z tego względu, że panuje w tej kwestii jak najdalej idąca rozbieżność. Jedni, jak np. K. Larenz [3], kwalifikują jego doktrynę jako czysty pozywityzm i nominalizm prawniczy, inni (R. Treves) uważają ten system za krytyczny idealizm [4], inni znów, jak Erich Kaufmann, nazywają go metafizycznym racjonalizmem lub metafizycznym logicyzmem [5]. Niektórzy posuwają się nawet do twierdzenia, że jest to nawrót do scholastycznego sposobu myślenia [6].

---

1 Treves, *Il fondamento...* s. 4.

2 *Zagadnienie parlamentaryzmu.* Przełożył Artur Miller. Warszawa 1929. *Czysta teoria prawa.* Metoda i pojęcia zasadnicze, opracował dr Tad. Przeorski. Warszawa 1934. Przedruk z Gazety administracji i policji państwowej. *Podstawowe zagadnienia nauki prawa państwowego* (w rozwinięciu nauki o normie prawnej). Opracował dr Tad. Przeorski, przedmową zaopatrzył prof. dr Jerzy Panejko, Wilno *Dyktatura partii.* Ruch prawniczy, ekonomiczny i socjologiczny 1936. *Państwo monopartyjne.* Przegląd współczesny. 1938 nr 4. *O wartości i istocie demokracji.* Warszawa.

3 Karl Larenz, *Rechts—und Staatsphilosophie der Gegenwart.* Berlin 1935 s. 39 n.

4 Treves, *Il diritto come relazione. Saggio critico sul neokantismo contemporaneo.* Torino 1934. R. VI.

5 Erich Kaufmann, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie.* Eine Betrachtung über die Beziehungen zwischen Philosophie und Rechtswissenschaft. Tübingen 1931 s. 27—29.

6 Brodmann, *Was ist Recht und wo ist es.* s. 17. Berlin 1935; por. Hägerström, *In Litteris, an international critical review of the huma-*

Sam Kelsen niejednokrotnie nazywa swój system pozytywizmem prawniczym i to pozytywizmem krytycznym, świadomym swych założeń i granic [1]. Ten pozytywizm krytyczny jest nie tylko teorią prawniczą, ale jest czymś więcej: jest on doktryną znajdującą oparcie i uzasadnienie w metajurydycznych poglądach autora, w jego poglądach filozoficznych. Już w przedmowie do pierwszego wydania *Hauptprobleme* w r. 1911, wyraża Kelsen przekonanie, że „nie tylko możliwe, ale konieczne i niezwykle doniosłe jest wykrycie i ustalenie związku między małym światem wiedzy prawnej, a ogólnym systemem filozoficznym świata". W późniejszych pracach podkreśla również, że ambicją jego jest rozbudzenie sił drzemiących w nauce prawa i wprowadzenie oddalonej prowincji prawoznawstwa w ścisły kontakt z tym owocnym centrum wszelkiego poznania, jakim jest filozofia [2].

Czerpał on z tego centrum obficie, ulegając rozmaitym wpływom. To też filozoficzne podstawy prawnego systemu Kelsena, jako odbicie tych wpływów są dość liczne i różnorodne. Omawiając znaczenie różnych doktryn filozoficznych dla czystej teorii prawa, niejednokrotnie zobaczymy, że ich działanie zbiega się w jednym kierunku. Czy mimo różnolitości źródeł Kelsen zdołał zachować jednolitość podstaw filozoficznych swego systemu, to problem odrębny, któremu też oddzielnie słów parę zostanie poświęcone.

Rozdział III poświęcony jest głównemu problemowi, który nadał tytuł całej pracy. Przed chwilą został on najogólniej omówiony. W rozdziale IV rozpatrywany jest problem pozostający w ścisłym związku z głównym tematem pracy. Kelsen stara się uniezależnić moc obowiązującą prawa pozytywnego od prawa naturalnego. Nie ograniczył się on do dziedziny dogmatyki prawa, lecz wychodząc poza nią, zbudował całą teorię, dotyczącą

---

nities. 1929 s. 33-34, cyt. R. A. Métall, *Die politische Befangenheit der Reinen Rechtslehre.* Revue int. de la théorie du droit 1936 s. 175.

1 *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus.* s. 67. *Reine Rechtslehre.* s. 19, 20, 25, 38 i passim.

2 *Allgemeine Staatslehre.* s. VI.

problemu prawa naturalnego i jego stosunku do prawa pozytywnego. I podobnie jak stanowisko prawno-normatywne utożsamił ze stanowiskiem prawnym w ogóle, stapiając w jedno normę i zjawisko prawne, tak też, głosząc niemożliwość uznania prawa naturalnego, stanowisko prawno-pozytywne uważa za jedynie dopuszczalne, a właściwie prawo naturalne stapia w jedno z prawem pozytywnym.

Będę starał się wykazać, że to wychylenie się poza dziedzinę prawa pozytywnego wypadło równie niefortunnie, jak inne, które zostało skrytykowane przez prof. Landego w pracy „Norma a zjawisko prawne". Innymi słowy: przeskok z dziedziny praktyczno-normatywnej do dziedziny praktyczno-celowościowej, gdyż do niej zaliczamy prawo naturalne, a nie, jak Petrażycki, do normatywno-absolutnej, przeskok ten jest u Kelsena równie nieudany, jak przeskok z dziedziny praktycznej do dziedziny teoretycznej.

Dyskusja z Kelsenem na temat prawa naturalnego da mi okazję powrócić do problemu mocy obowiązującej prawa i podać w zarysie pozytywne jego rozwiązanie.

W przedmowie do *Reine Rechtslehre* powiada Kelsen, że celem jego pracy naukowej jest obiektywność i dokładność poznania. W imię tej obiektywności i dokładności poddam krytyce tę część jego teorii, która najwięcej mnie zainteresowała i w której może dlatego najbardziej uderzył mnie rozdźwięk między intencjami Autora a rezultatem jego wysiłków. Jest to zarazem ta część, która do tej pory nie doczekała się jeszcze specjalnego opracowania krytycznego. W bogatej literaturze poświęconej wykładowi i krytyce poglądów Kelsena nie zdołałem dostrzec żadnej większej pracy traktującej *ex professo* roztrząsane tutaj problemy.

Starałem się możliwie dokładnie poznać literaturę czystej teorii prawa. Oczywiście, nie łudzę się, bym poznał wszystko co na temat teorii Kelsena zostało napisane. Obecnie jest to praca przerastająca siły jednego człowieka. Mam jednak wrażenie, że poznałem przynajmniej to, co dla tematu mojego było najistotniejsze.

Omawiać literatury tutaj nie mogę i nie będę. Czynię to dość często w toku pracy. Pragnę jednak choć krótko wspomnieć o najważniejszych pracach polskich. Poza mniejszymi, lecz bardzo ciekawymi studiami Druksa [1] i Mycielskiego [2], istnieją w języku polskim dwie obszerniejsze prace omawiające teorię Kelsena [3].

Pierwszą z nich jest wspomniana praca prof. Landego [4]. Autor analizuje pojęcie prawa u Kelsena. Lojalnie podnosi jego zasługi w dziedzinie dogmatyki, polegające na rozróżnieniu dwu dziedzin poznania: bytu i powinności (Sein i Sollen) i odpowiednio do tego, dwu rodzajów nauk: eksplikatywnych i normatywnych, oraz na wykazaniu, że dogmatyka prawa jest nauką, której przedmiot należy do dziedziny powinności, a nie, jak często myślano, do dziedziny rzeczywistości. Dążeniem Kelsena jest oczyszczenie dogmatyki z naleciałości realistycznych. Ten dobry program ogólny zostaje w wykonaniu wypaczony i początkowy dualizm zostaje zastąpiony jednostronnym stanowiskiem dogmatycznym. Kelsen z normatywnego pojęcia prawa usiłuje zrobić ogólne pojęcie teoretyczne. Prof. Lande śledzi krok za krokiem szamotanie się Kelsena między nauką normatywną a teoretyczną, krytykując jego pretensje do rozciągnięcia stanowiska normatywnego na całość zagadnień prawa i wykazując, że wynikiem całej pracy Kelsena jest zatracenie wszelkiego naukowego pojęcia pra-

---

1 Druks Stanisław, *Z zagadnień filozofii prawa. Kelsen i jego szkoła.* Przegląd współczesny. Sierpień 1924.

2 Mycielski Andrzej, *Kryterium prawa w systemie Kelsena.* Przegląd Prawa i administracji. 1934 n. 1. s. 17—37, zob. tenże: *Problem klasyfikacji norm prawno-państwowych.* Wilno 1935.

3 Istnieje jeszcze duża praca Szymona Rundsteina, *Zasady teorii prawa.* Warszawa 1924, ale jest ona raczej samodzielnym wkładem myślowym autora. Dla poznania teorii Kelsena może mieć znaczenie pośrednie tylko, jako wypływ tych zasad, które w tzw. wiedeńskiej szkole prawa są uznawane.

4 Lande Jerzy, *Norma, a zjawisko prawne.* Rozważania nad podstawami teorii prawa na tle krytyki systemu Kelsena. W wydawnictwie „Prace z dziedziny teorii prawa". Kraków 1925 s. 235—348.

wa, gdyż, zdaniem Autora, niemożliwym jest znalezienie naukowego pojęcia na podstawie cechy normatywnej.

Drugą większą pracą jest interesujące studium prof. Peretiatkowicza, który podaje zwięzły zarys teorii Kelsena i przeprowadza analizę krytyczną najważniejszych jego konstrukcji, wyciągając wnioski ogólniejszej natury. Studium to ukazało się w momencie, gdy praca moja została już ukończona, zdołałem jednak uwzględnić je w przypiskach [1].

Wspomniane prace, jak i wiele innych podchodzą do teorii Kelsena z innego punktu widzenia, niż studium niniejsze, ale czasem dotykają problemu opracowanego tutaj. Byłem więc na tyle szczęśliwy, że niejednokrotnie mogłem poprzeć poważnymi głosami wyniki swych rozważań.

---

1 Antoni Peretiatkowicz, *Teoria prawa i państwa H. Kelsena*. Ruch prawniczy etc. IV kwartał 1937 s. 445—508 oraz *Studia Prawnicze* Poznań 1938. Prof. Peretiatkowicz poświęcił uprzednio parę krótkich, ale wnikliwych uwag teorii Kelsena w swym *Wstępie do nauk prawnych*, wyd. 3-cie 1935 s. 17—20.

ROZDZIAŁ I.

Ogólna charakterystyka teorii.

§ 1. Samoistność nauki prawa.
§ 2. Podział nauk na eksplikatywne i normatywne.
§ 3. Metodologiczna czystość.
§ 4. Formalizm.
§ 5. Odrzucenie konstrukcyj dualistycznych.
§ 6. Tożsamość państwa i prawa.
§ 7. Teoria stopniowej budowy prawa.
§ 8. Dwie podstawowe hipotezy prawnicze.

§ 1. Samoistność nauki prawa.

Kelsen pragnie zapewnić samoistność nauce prawa przez oczyszczenie jej z obcych naleciałości, a zwłaszcza przez oczyszczenie jej w dwu kierunkach: przyrodniczym i etyczno-politycznym tj. przez odseparowanie jej od socjologii i od nauki prawa naturalnego. Oczyszczenie nauki prawa od naleciałości socjologicznych, wyodrębnienie prawa i ustalenie jego samoistności w stosunku do praw natury oraz w stosunku do społecznej rzeczywistości, ujmowanej w sposób przyczynowy, było zadaniem pierwszej i najobszerniejszej pracy Kelsena pt. „Podstawowe zagadnienia nauki prawa państwowego".

W czasie, gdy Kelsen rozpoczynał swą działalność naukową, socjologja występowała z roszczeniami zaanektowania sobie prawa. Z tego tytułu, że prawo jest zjawiskiem życia społecznego, uważała się ona za jedynie możliwą naukę o prawie. Należy dodać, że była to socjologia o zabarwieniu przyrodniczym. Nauka prawa miała zasłużyć na godność prawdziwej nauki dzięki posłu-

giwaniu się metodami nauk przyrodniczych i wykrywaniu praw naturalnych (Naturgesetze) życia prawnego [1].

Kelsen występuje energicznie przeciw tym zakusom socjologii na samoistność naukową prawa, rozwijając w szeregu dzieł [2] tezę, że nauka prawa jest nauką samoistną, odrębną od socjologii.

Drugiemu zadaniu tj. oczyszczeniu prawa od naleciałości etycznych i prawno-naturalnych poświęcił Kelsen, prócz krótszych rozważań w różnych pracach [3], specjalną rozprawę pt. „Filozoficzne podstawy prawa naturalnego i pozytywizmu prawnego" [4]. Kelsen odmawia tym naleciałościom charakteru naukowego.

Jego zdaniem poszukiwanie wartości absolutnych należy w ogóle wykluczyć z granic poznania naukowego, gdyż takie wartości leżą poza polem ludzkiego doświadczenia, podobnie jak platońskie idee poza rzeczywistością lub jak rzecz w sobie poza zjawiskami [5]. Błąd pozytywizmu w. XIX polegał, według Kelsena, na tym, że wykluczając absolutne wartości etyki z dziedziny prawa, nie odmówił im w ogóle prawa do istnienia. Gdy się uzna ich istnienie gdziekolwiek, wtedy wywrą one niebezpieczny wpływ i w dziedzinie prawa i mimo woli będzie się dążyło do przypisania prawu pozytywnemu cech słuszności, dobroci, sprawiedliwości, a w

---

1 Por. Binder, *Philosophie des Rechts.* Berlin 1925 s. 183, par. 28 i par. 34. Moór, *Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus.* s. 59 i nn. Gesellschaft, Staat und Recht.

2 *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre.* Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze. Tübingen 1923 2-gie wyd., 1-sze wyd. 1911. Tłumaczenie polskie dr. T. Przeorskiego, *Podstawowe zagadnienia nauki prawa państwowego. Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre.* 1-sze wyd. 1920; 2-gie 1928. *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff.* Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht. 1-sze wyd. 1922; 2-gie wyd. 1928; *Allgemeine Staatslehre.* 1925; *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus.* 1928. *Reine Rechtslehre.* Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik. 1934. opracowanie polskie dr. T. Przeorskiego, *Czysta teoria prawa.* Metoda i pojęcia zasadnicze. Warszawa 1934.

3 *Problem der Souveränität.* par. 28, 29. *Allgemeine Staatslehre.* R. 22. *Reine Rechtslehre.* s. 12 n.

4 *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus.*

5 *Reine Rechtslehre,* s. 13 n. *Die philosophischen Grundlagen.* § 1.

pojęcie prawnej powinności włączy się coś z tych absolutnych wartości, które uważa się za właściwość norm moralnych [1].

Konsekwentny pozytywizm, jakiego wyznawcą jest Kelsen, odmawia naukowego znaczenia wszelkim normom, które pretendują do wartości absolutnej.

Naukę prawa można tylko w tym wypadku uważać za naukę samoistną, o ile jej przedmiot, tj. prawo pozytywne, jest niezależny od jakiegoś innego systemu norm, jak etyka, czy prawo naturalne. To też jednym z głównych zadań czystej teorii prawa jest uzasadnienie takiej samoistności albo suwerenności prawa.

Nie trzeba sądzić, jak to się czyni w etyce, że jeśli jakaś treść jest powinnością prawną, to przez to samo jest ona dobra, sprawiedliwa, słuszna. Ocena i kwalifikacja treści leży całkowicie poza dziedziną pojęć prawnych. Aż do początku wieku 19-go nauki społeczne uważały za swój właściwy i istotny problem ocenę stosunków ludzkich, określenie sprawiedliwego porządku i tego jak ludzie zachowywać się powinni. Nauka prawa aż do tego czasu była nauką prawa naturalnego, tzn. rozpatrywała prawo pozytywne w ścisłym związku z prawem naturalnym. Od początku wieku 19-go porzucono dawny przedmiot poszukiwań i zamiast problemu wartości czynów wysunięto problem ich naukowych przyczyn, zamiast pytać jak się ludzie zachowywać powinni, zaczęto badać jak się zachowywać muszą. Takie porzucenie dawnego przedmiotu badania tłumaczy się częściowo wielkim rozwojem nauk przyrodniczych. W tym czasie metoda przyrodnicza była uważana za jedynie możliwą metodę naukową. Jednak w gruncie rzeczy głównie należy, zdaniem Kelsena, tłumaczyć to zwątpieniem w możliwość naukowego rozwiązania problemu słuszności i sprawiedliwości czyli określenia tego co być powinno. Nauka wieku 19-go i 20-go uważa się za niekompetentną do jego rozwiązania i ogranicza się do badania prawa pozytywnego, jako wytworu człowieka [2], nie szuka już jego uzasadnienia w jakimś „nieuchwytnym obiektywnie porządku naturalnym" [3] w ogóle nie

---

1 *Reine Rechtslehre.* s. 21.

2 *Die phil. Grundlagen...* § 1.

3 *Tamże.* s. 64.

przypisuje prawu pozytywnemu żadnej wartości absolutnej, a tylko hipotetyczną i względną. Czysta teoria prawa, konsekwentnie pozytywistyczna, nie wymaga nawet, aby prawo realizowało jakieś minimum etyczne lub posiadało pewne cechy sprawiedliwości. Takie wymagania stawiała jeszcze nauka prawa 19-go wieku, która aczkolwiek przyjęła pozytywizm za swoją podstawę i w przeważnej części była nastawiona w kierunku pozytywnym, to jednak nie wyciągnęła wszystkich konsekwencyj z przyjętych założeń i zawierała przymieszkę postulatów etyczno-politycznych [1]. Czysta teoria prawa żadnych warunków treści prawa nie stawia.

Doktryna prawa naturalnego szukała uzasadnienia prawa pozytywnego w jakimś wyższym porządku normatywnym. Pozytywizm odrzuca takie uzasadnienie. Prawo pozytywne staje się porządkiem samoistnym, suwerennym, samowystarczalnym pod względem mocy obowiązującej, niezależnym od jakiegokolwiek innego. Prawa pozytywne, nawet jeśli są nieetyczne czy sprzeczne z prawem naturalnym, mają swą moc obowiązującą. Samoistność, suwerenność prawa i jego pozytywność stają się synonimami. Pojęcia te u Kelsena oznaczają, że prawo jest porządkiem niezależnym od jakiegokolwiek systemu norm, że nie potrzebuje ono czerpać swej mocy obowiązującej z moralności, religii, prawa naturalnego, krótko mówiąc, że jest to właśnie system samoistny, system prawa pozytywnego, odrębny od innych systemów norm [2].

Powinność prawna jest zupełnie niezależna od powinności moralnej. Moc obowiązująca norm prawnych zgodnych z moralnością, prawniczo, nie jest większa niż moc obowiązująca praw z moralnością sprzecznych. W swym normatywnym charakterze prawo i etyka są wzajemnie od siebie całkowicie niezależne. Cokolwiekby mogło być źródłem mocy obowiązującej etyki, to źródło mocy obowiązującej prawa, dla formalno-prawnego punktu widzenia nauki współczesnej, jest tylko jedno: jest nim wyłącznie wola państwa, która oczywiście w etyce nie jest traktowana jako

---

1 *Reine Rechtslehre.* s. 19.

2 *Problem des Souveränität...* s. 85—87.

autorytet. Wprawdzie dla jednostki zachowanie nakazane nie tylko przez prawo moralne, ale i opatrzone sankcjami prawa pozytywnego, może mieć podwójną a więc zwiększoną moc obowiązującą. Jednak w obrębie nauki prawa i z jej specjalnego (tj. normatywnego) punktu widzenia ten moment jest bez znaczenia i nie uzasadnia potrzeby rozróżniania zdań prawnych zgodnych i niezgodnych z etyką [1].

Jest to, jak wyznaje Kelsen, postulat [2], ale uznanie tego postulatu jest warunkiem istnienia samoistnej nauki prawa: dopiero, gdy się uzna istnienie samoistnego przedmiotu poznania, dopiero wtedy można uznać istnienie samoistnej nauki. Kelsen niejednokrotnie określa swą teorię jako pozytywizm prawniczy [3] i pretenduje do tego, że jego pozytywizm jest krytyczny tj. taki, który w najbardziej logiczny sposób wyciągnął wszystkie konsekwencje z założeń, a zarazem jest w pełni świadomy swych założeń i granic i zdaje sobie sprawę z tego, że systemu prawa pozytywnego nie można zbudować bez pewnych postulatów [4]. Charakter hipotetyczny całej doktryny uwypukli najbardziej teoria normy podstawowej.

Samoistną naukę prawa zalicza Kelsen do nauk normatywnych przeciwstawiających się naukom eksplikatywnym, do których zalicza socjologię.

§ 2. Podział nauk na eksplikatywne i normatywne.

Podział nauk na eksplikatywne i normatywne opiera Kelsen na kantowskim odróżnieniu świata rzeczywistości i świata powin-

---

1 *Hauptprobleme.* s. 56—7.

2 „Die Rechtsordnung selbst als höhste, nicht weiter ableitbare, als souveräne Ordnung postuliert wird". *Problem der Souveränität.* s. 90.

3 Np. *Reine Rechtslehre.* s. 19, 20, 25, 38.

4 „Doch sehe ich—heute noch deutlicher als früher—die Grenze, bis zu der der Positivismus in der Rechtserkenntniss geführt werden kann. Nur unkritischer Dogmatismus kann verneinen, ein System des positiven Rechts sei voraussetzunglos möglich. Worauf es allein ankommt ist: sich des — relativen — a priori dieses Systems bewusst zu werden". *Problem der Souveränität.* s. VIII; por. id. s. 90 oraz *Die philosophischen Grundlagen...* s. 67.

ności. Przedmiotem badań nauk eksplikatywnych jest dziedzina bytu (das Sein), a normatywnych dziedzina powinności (das Sollen). Pierwsze (Kausalwissenschaften) mają za zadanie przyczynowe objaśnienie faktycznych zdarzeń i zjawisk przez poznawanie praw natury, drugie zaś (Normwissenschaften) ujmowanie istoty norm za pomocą specjalnych konstrukcyj pojęciowych. Każda nauka bada prawidłowości (Gesetzmässigkeiten) i dąży do ustalenia praw. Należy jednak zdać sobie sprawę, że istnieją dwa rodzaje praw istotnie się różniących: prawa przyczynowości (Kausal (Natur) Gesetze) i normy (Normen) [1]. Prawo przyrodnicze jest sądem wyjaśniającym, deklaratoryjnym (ein erklärendes Urteil). Jego moc wiążąca (Geltung) polega na jego prawdziwości to zn. wiąże ono o tyle, o ile stosunki, o których mówi, istnieją naprawdę. W żadnym wypadku nie można prawa przyrodniczego uważać za przyczynę zjawisk: nie działa ono jako czynnik wywołujący skutki, lecz jest poprostu myślową formułą objaśniającą zjawiska. Inaczej rzecz ma się z normą. Norma może wywołać skutki. Ona ma właśnie działać jako przyczyna na wolę ludzi. Nie wyjaśnia więc ona tylko tego co jest, jak prawo natury, lecz ma tworzyć coś nowego [2].

Jednak norma wiąże (gilt) nie dlatego i nietyle o ile jest skuteczna. Jej moc wiążąca nie polega na jej skuteczności (Wirkung), na wywołaniu pewnego zdarzenia, lecz jedynie na jej powinności (Sollen). Norma ma moc wiążącą o tyle o ile powinno się według niej postępować. Celem normy jest wprawdzie jej skutek, jednak ona tylko może, ale nie musi osiągnąć swój cel. Również i bezskuteczna norma pozostaje normą. Dla specyficznej ważności normy realizacja jej celu jest bez znaczenia [3].

Rzeczywistość, to co jest, może być odbiciem powinności, ale nie jest to konieczne dla zaistnienia powinności. Rzeczywi-

---

1 *Hauptprobleme..*, przedmowa do 1-go wyd. i R. 1. *Die Rechtswissenschaft als Norm oder als Kulturwissenschaft.* s. 95 n.

2 *Hauptprobleme.* s. 13. por. Duguit, *Traité du droit constitutionnel.* t. I. s. 43—44.

3 *Hauptprobleme.* s. 14.

stość (zachowanie się ludzi) może nie odzwierciedlać powinności (obowiązujących norm prawnych), a mimo to powinność nie straci swej mocy obowiązującej czyli nie przestanie być powinnością. Zadaniem nauki prawa jest badanie powinności prawnej. Naukę prawa zalicza Kelsen do nauk normatywnych, właśnie dlatego, że samo prawo, przedmiot jej badań, należy do dziedziny powinności. Prawo bowiem nie jest sumą reguł rzeczywistego zachowania się ludzi, lecz systemem norm określających, jak ludzie zachowywać się powinni [1]. Takie stanowisko, które jest również stanowiskiem logiki, gramatyki, estetyki i etyki nazywa się stanowiskiem normatywnym. Prawnik musi ściśle przestrzegać tego stanowiska i eliminować ze swej dziedziny wszelkie elementy rzeczywistości; zająć się ustalaniem norm prawnych i to wyłącznie za pomocą metody normatywnej, pozostawiając socjologowi i psychologowi wyjaśnienie pewnych stanów faktycznych [2].

§ 3. Metodologiczna czystość.

Tak pojętą teorię prawa nazywa Kelsen czystą teorią, czystą w tym znaczeniu, że bada ona wyłącznie prawo. Długi czas mieszano, mówi Kelsen, prawoznawstwo z psychologią i biologią z etyką i teologią, a jeszcze dziś prawnik często sądzi, że jego naukowa powaga wzrośnie, jeśli będzie czynił zapożyczenia z innych dziedzin. A tymczasem przez to właściwa nauka zostaje zaprzepaszczona [3]. Synkretyzm metodyczny polega jego zdaniem, na pomieszaniu poznania danego państwa i prawa pozytywnego z ich wytwarzaniem [4]. Przy poznawaniu nie należy zajmować się problemem wytwarzania, zagadnieniem jak wytworzyć prawo do-

---

1 *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff.* s. 99.

2 *Hauptprobleme.* s. 6. Kelsen nie podał dokładnego określenia metody normatywnej. Wiemy o niej tylko negatywnie, że nie jest ona przyczynowa, nie jest eksplikatywna, nie jest teleologiczna, że dąży do ujęcia powinności, a nie rzeczywistości. Por. K a r a d g é - I s k r o w, *La théorie du droit pure et la dogmatique juridique. Revue int. de la théorie du droit.* 1936 s. 178.

3 *Reine Reehtslehre.* s. 1. n.

4 *Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre.* Sonderdruck aus Heft 23, der Juristischen Wochenschrift. Leipzig 1929 s. 8.

bre, słuszne, należy tylko poznać takie prawo, jakie jest dane, bez najmniejszej chęci wartościowania go.

Kelsen uznaje w zasadzie możliwość i potrzebę dwu odrębnych stanowisk poznawczych przy badaniu prawa, badania eksplikatywnego i normatywnego [1]. Badanie eksplikatywne prawa powierza socjologii i psychologii, rezerwując dla jurysprudencji, którą później [2] nazwie czystą teorią prawa, badanie eksplikatywne. Jednak to programowe stanowisko porzuca od razu już w *Hauptprobleme*, utożsamiając badanie prawne z badaniem normatywnym [3].

To początkowo mimowolne stanowisko staje się w późniejszych pracach w pełni świadomym. Kelsen dezawuuje swój pierwotny program, uważając, że zawierał on niedopuszczalną, jego zdaniem, teorię o dwu stronach państwa (Zwei-Seiten-Theorie) [4],

---

1 „Es ist selbstverständlich, dasz der formale, streng normative Gesichtspunkt des Juristen ein einseitiger und durchaus nicht imstande ist, die Gesamt-Rechtserscheinung zu erfassen. Auch soll nicht gesagt sein, dasz der Jurist nicht auch soziologische, psychologische, dasz er etwa keine historische Untersuchungen vornehmen dürfe. Im Gegenteil! Solche sind nötig; allein der Jurist musz sich stets bewuszt bleiben, dasz er als Soziologe, Psychologe oder Historiker einen ganz anderen Weg verfolgt, als jenen, der ihn zu seinen spezifisch juristischen Erkenntnissen führt, er darf die Resultate seiner explikativen Betrachtung niemals in seine normativen Begriffskonstruktionen aufnehmen". *Hauptprobleme...* s. 42.

2 *Problem der Souveränität...* Przedmowa do 1-go wydania.

3 L a n d e zwrócił na to uwagę jeszcze przed drugim wydaniem *Hauptprobleme*: „"prawność" została przez Kelsena związana najściślej ze stanowiskiem dogmatyczno-normatywnym. Wbrew programowi, wbrew stałemu uznaniu w terminologii zjawiska prawnego, Kelsen dąży do monopolu stanowiska normatywnego i w swoim systemie dla realnego prawa nie zostawia miejsca". *Norma, a zjawisko prawne.* s. 242.

4 „Allerdings machen sich die Hauptprobleme gelegentlich selbst eines Rückfalles in eine ganz ähnliche Zwei - Seiten - Theorie schuldig, wenn sie Recht und Staat als zwei Seiten eines und desselben Dinges — welches? — behaupten oder das Recht als die normale Soll-Form eines Phänomens bezeichnen, dessen Inhalt die natürlich realen, kausalgesetzlich determinierten Seinsvorgänge des sozialen Lebens sind (s. 42, 92). Diese Auffassung ist gewisz unhaltbar, weil schon mit dem vorausgesetzten Gegensatz zwischen

zaczyna głosić, że w prawie możliwe jest jedynie i wyłącznie stanowisko normatywne, że socjologiczne badanie prawa czy państwa jest niemożliwe [1].

Stosunek Kelsena do socjologii prawa czy państwa jest więc dość dziwny. Uznaje on wprawdzie, że istnieją w dziedzinie rzeczywistości pewne odblaski z dziedziny powinności, jak zachowanie się ludzi zgodne z wymaganiami norm prawnych, z chwilą jednak gdy socjologia chce wziąć je za przedmiot swoich badań, to jej tego zabrania, oświadczając, że socjologia może obracać się wyłącznie w dziedzinie powinności, te odblaski zaś, jako rezultat istnienia państwa, pojęcia czysto-normatywnego, nie mogą być badane bez wkroczenia do dziedziny *Sollen*. Któż ma więc badać tę „szansę urzeczywistnienia się pewnych wyobrażeń", jak nazywa Kelsen państwo w znaczeniu socjologicznym? [2]

Stanowisko to ulega nowej zmianie w *Reine Rechtslehre* (r. 1934). Tu uznaje już Kelsen możliwość istnienia takiej nauki, która uważa za swe zadanie badać przyczyny i skutki aktów prawnych. W każdym stosunku faktycznym, który jest nazywany prawem, rozróżnia *Reine Rechtslehre* dwa elementy: po pierwsze pewną sytuację, pewien akt rozgrywający się w czasie i przestrzeni, w postaci jakiegoś zachowania się ludzi; po wtóre pewną myśl, pewne specyficzne znaczenie (spezifischer Sinngehalt) zawarte w tym akcie. Tak np. w akcie ustawodawczym mamy zebranie członków ciała ustawodawczego w pewnej sali, słyszymy mowy, widzimy podnoszenie się osób z miejsc, głosowanie itp.,

---

Sein und Sollen unvereinbar und von mir bereits in meiner Abhandlung „Die Rechtswissenschaft als Norm- oder Kulturwissenschaft" aufgegeben. In voller Trennung der normativen von der Kausalerkenntnis bringen dann meine späteren Arbeiten, so „Das Problem der Souveränität" und insbesendere das dem Verhältnis von Staat und Recht gewidmete Werk „Der soziologische und juristische Staatsbegriff" (1922), das schon 1911 gestellte Problem durch den Nachweis zur Lösung, dasz der Begriff des Staates anders denn als Rechtsbegriff nicht möglich ist und dasz auch die Soziologie im Grunde nur diesen Rechtsbegriff meint". *Hauptprobleme*. s. XX.

1 *Allgemeine Staatslehre*. s. 19. n. Por. L a n d e, *op. cit.* s. 266.

2 *Allgemeine Staatslehre*. s. 20.

krótko mówiąc pewne zdarzenia. One stanowią pierwszy element, pewien akt. W nich zawiera się drugi element: treścią, myślą tych czynności jest uchwalenie ustawy [1]. Inny przykład: ktoś powoduje jakimś działaniem śmierć drugiego: treść takiej czynności nazwiemy zabójstwem albo wykonaniem wyroku śmierci, zależnie od tego jaka norma prawna odnosi się do tego aktu. Prawne znaczenie nadaje aktowi dopiero norma odnosząca się w swej treści do niego. Tylko według niej może być określone prawne znaczenie aktu: że pewien fakt, jak wykonanie wyroku śmierci nie jest zabójstwem, to ta jego niepodpadająca pod zmysły właściwość jest wynikiem pewnego procesu myślowego, polegającego na skonfrontowaniu go z kodeksem karnym i z kodeksem postępowania karnego [2]. Prawnego znaczenia nabiera akt wtedy, gdy jego treść zostaje rozpoznana, jako odpowiadająca treści pewnej normy [3]. Czysta teoria prawa zasadniczo interesuje się samymi normami, a aktami o tyle tylko, o ile mają one związek z tymi normami, o ile są przez nie określone. I tym się różni od socjologii, która bada przede wszystkim fakty, a normy tylko o tyle o ile mają związek z faktami. Socjologia bada pewne akty, pewne stany faktyczne rozgrywające się w czasie i przestrzeni. Stara się je opisać i objaśnić, badać ich przyczyny i skutki; nie wynosi ich do godności obowiązujących norm, lecz bada ich stosunek do innych aktów, szukając związków przyczynowych między faktami. Socjologia prawa zajmuje się np. problemem przyczyn, które skłoniły prawodawcę do wydania takich a nie innych norm, problemem skutków przez nie spowodowanych. Bada ona, jaki wpływ wywierają stosunki gospodarcze, wyobrażenia religijne na orzecznictwo sądów; jakie motywy skłaniają ludzi do postępowania zgodnego z prawem, lub odwrotnie: jakie przyczyny powodują naruszenie praw. Socjologia nie zajmuje się samym prawem jako takim, jako zjawiskiem z dziedziny powinności, lecz traktuje go jako pewien fakt, zachodzący w świa-

---

1 *Reine Rechtslehre.* s. 2.
2 *Reine Rechtslehre.* s. 5.
3 *Reine Rechtslehre.* s. 7.

domości ludzi, a więc jako pewną rzeczywistość [1]. Czysta teoria prawa bada natomiast same normy prawne, ich specyficzną zawartość myślową. Ujmuje je jako powinność. Tak więc, aczkolwiek Kelsen uznaje już możność socjologicznego badania prawa, to w każdym razie uważa on nadal, że czysta teoria prawa jest nauką wyłącznie normatywną [2], która nie bada, jak nauki ekspli-

---

1 *Reine Rechtslehre.* s. 10.

2 J. Moór, omawiając ostatnią pracę Kelsena w artykule *Reine Rechtslehre. Randbemerkungen zum neuesten Werk Kelsens,* Zeitschr. f. öff. Recht 1935 Bd. XV. s. 330—343, stara się dowieść, że nie jest ona tylko, jak pisze Kelsen w przedmowie (s. VIII), zestawieniem rezultatów jego dotychczasowej pracy naukowej, lecz, że stanowi ona prawdziwy stopień rozwoju (eine weiterentwicklung) w poglądach autora. Identyfikowanie państwa i prawa nie jest tu już tak absolutne jak dotychczas. Kelsen mówi tu o przedpaństwowej społeczności prawnej (vorstaatliche Rechtsgemeinschaft). Uznaje też dopuszczalność pewnego rozróżnienia prawa na publiczne i prywatne, na przedmiotowe i podmiotowe oraz uznaje związek między normą, a rzeczywistością w pojęciu prawa (Verknüpfung von Norm und Wirklichkeit). W tej chwili interesuje nas tylko to ostatnie twierdzenie Moóra, który pisze: „unleugbar ist aber, dasz im Rechtsbegriff Kelsens diese Verknüpfung von normativen und faktischen Elementen tatsächlich durchgeführt ist". s. 336. Nie przesądzając prawdziwości innych twierdzeń, musimy powiedzieć, że w tym punkcie interpretacja Moóra nie wydaje się trafna. Zdaniem Moóra, Kelsen uznaje w *Reine Rechtslehre,* że prawo składa się z dwu elementów: z aktu, czyli ludzkiego zachowania oraz ze znaczenia, z sensu, jaki ten akt posiada. Twierdzenie swoje opiera Moór na cytacie ze s. 2 *Reine Rechtslehre.* Otóż tam Kelsen wcale nie mówi, że prawo składa się z dwu elementów, lecz że stosunki rzeczowe uważane za prawo (als Recht angesprochene Sachverhalte) przy analizie dają się rozłożyć na dwa elementy i że prawo, czyli to co się tak zwykło nazywać, częścią swej istoty zdaje się należeć do dziedziny natury. Oto zresztą cały interesujący nas ustęp w oryginale: „Soll Rechtswissenschaft nicht in Naturwissenschaft aufgehen, musz das Recht aufs deutlichste von der Natur abgehoben werden. Das ist darum so schwierig, weil das Recht — oder was man zunächst als solches anzusprechen pflegt—zumindest mit einem Teil seines Wesens im Bereich der Natur zu stehen, eine durchaus natürliche Existenz zu haben scheint. Analysiert man nämlich irgendeinen der als Recht angesprochenen Sachverhalte, wie etwa einen Parlamentbeschlusz, einen Verwaltungsakt ein richterliches Urteil, ein Rechtsgeschäft, ein Delikt, so kann man zwei Elemente unterscheiden das eine ist ein in Zeit und Raum vor sich gehender, sinnlich wahrnehmbarer Akt, ein äuszerer Vor-

katywne, zjawisk istniejących w świecie rzeczywistości, lecz bada same normy prawne, niezależnie od tego czy odpowiadające ich treści zjawiska istnieją rzeczywiście czy też nie [1]. Jest to powrót na pierwotne stanowisko, które zajmował w przedmowie do 1-go wydania *Hauptprobleme*.

§ 4. Formalizm.

Następną cechą teorii Kelsena, ściśle zresztą związaną z jego dążeniem do metodycznej czystości, jest formalizm. Już w przedmowie do pierwszego wydania *Hauptprobleme* (1911), Kelsen pisze, że praca jego nie wykracza poza czysto formalne badanie norm prawnych, że pragnie ona zaspokoić potrzeby teorii, a nie praktyki. To zaś, jego zdaniem, da się osiągnąć na drodze spekulacji formalistycznej, która doprowadzi do zdobycia stałych pojęć prawnych, wspólnych wszystkim gałęziom prawoznawstwa. Wszystkie pojęcia czystej teorii prawa mają być pojęciami czysto formalnymi. Np. pojęcie powinności prawnej polega po prostu na połączeniu dwóch stanów faktycznych słowem „powinien" i na przypisaniu jednemu stanowi (przestępstwu) właściwości wywoływania powinności dla zastosowania drugiego stanu [2].

---

gang, zumeist menschlichen Verhaltens; das andere ein diesem Akt oder Vorgang gleichsam innewohnender oder anhaftender Sinn, eine spezifische Bedeutung". *Reine Rechtslehre*. s. 2. Kelsen wcale nie twierdzi, że te dwa elementy składają się na pojęcie prawa. Trudno uważać kategoryczną interpretację Moóra za ściśle odtwarzającą myśl autora czystej teorii prawa. Z interpretacją tą kłóci się zresztą cały szereg zupełnie wyraźnych twierdzeń Kelsena. Np. „Dieser äuszere Sachverhalt ist nun in allen Fällen, weil ein in Zeit und Raum ablaufendes, sinnlich wahrnehmbares Geschehen, ein Stück Natur und als solches kausalgesetzlich bestimmt. Allein dieses Geschehen als solches, als Element des Systems Natur, ist nicht Gegenstand spezifisch juristischer Erkenntnis und sohin überhaupt nichts Rechtliches". s. 4. Lub też: „Denn das Recht, der einzige Gegenstand der Rechtserkenntnis, ist Norm; Norm aber eine Kategorie, die in Bereiche der Natur keine Anwendung findet". s. 6. Zdaje się, że w świetle takich oświadczeń Kelsena, interpretacji Moóra utrzymać nie można.

1 *Hauptprobleme*. s. 6.

2 *Hauptprobleme*. s. 71—94.

Formuła powinności prawnej jest następująca: jeśli zajdzie *a*, to powinno nastąpić *b*. Przyczym *b* polega na zastosowaniu przymusu przez państwo, gdyż z punktu widzenia naukowego pozytywizmu cechą specyficzną prawa jest przymus. Zobowiązaniem prawnym jest takie, którego niedotrzymanie wywołuje sankcję w postaci przymusu [1].

Ustalenie specyficznej różnicy, jaka zachodzi między normą prawną a normą moralną, wydaje się Kelsenowi niemożliwe bez uciekania się do momentu przymusu. Z istoty swej prawo jest normą przymusową w tym znaczeniu, że reguluje zastosowanie przymusu między ludźmi, czyli że jest normą zarządzającą zastosowanie przymusu (Zwangsanordnende Norm) [2]. Jednak porządek prawny jest porządkiem przymusu, a norma prawna normą przymusową tylko w tym znaczeniu, że zawierają określenie na jakie zachowanie człowieka należy reagować aktem przymusu. Nie chodzi więc o rzeczywiste zastosowanie (Faktizität) przymusu, lecz jedynie o określenie pod jakimi warunkami człowiek powinien wywierać na drugiego człowieka przymus. Czy on rzeczywiście będzie go wywierał czy też nie, to już dla teorii prawa nie ma znaczenia. Faktyczność przymusu nie należy do pojęcia prawa [3].

Powinność jako kategoria prawna jest ideą transcendentną, oderwaną od jakiejkolwiek oceny treściowej, ideą, która nie pretenduje do posiadania jakiejś wartości absolutnej.

Pojęcie powinności prawnej może być zastosowane do jakiejkolwiek treści, można powiązać prawnie dwa jakiekolwiek akty i zawsze to powiązanie stworzy zarachowanie prawne. Konsekwentny pozytywizm odrzuca wszelkie wymagania stawiane

---

1 *Die Idee des Naturrechts*. s. 244. Zeitschr: f. öff. Recht. 1928.

2 *Hauptprobleme*. s. XI.

3 „Der Zwang ist als charakteristischer Inhalt der Norm, nicht als Faktum aufgefaszt. Als gesollter Zwang kommt das Recht in Betracht, nicht als Tatsache des Zwanges, d. h. auf die Normativität nicht die Faktizität kommt es an. Das Recht ist — um mit Kant zu sprechen — nur eine „Befugnis" zu zwingen". *Problem der Souveränität*... s. 13. *Reine Rechtslehre*. s. 25. *Staatsbegriff*. s. 82.

treści prawa [1]. Pojęcie prawa przestaje być pojęciem metafizyczno-transcendentnym, a staje się czysto formalną kategorią w rozumieniu filozofii Kanta tj. transcendentalnym pojęciem w sensie teorio-poznawczym, oderwanym od wszelkiej treści i dającym się zastosować do każdej treści, do każdej rzeczywistości społecznej, a więc np. równie dobrze do porządku prawnego Republiki Sowieckiej, jak do porządku faszystowskich Włoch, jak wreszcie do porządku demokratyczno-kapitalistycznego Francji [2]. Czysta teoria prawa całkowicie eliminuje z zakresu swych badań naukowych elementy polityczne. Pytanie w jaki sposób porządek prawny napełnia się treścią, jakie czynniki grają rolę przy jej określaniu, nie może znaleźć odpowiedzi w jej granicach. Ona przyjmuje każdy porządek prawny za przedmiot swych badań i stara się poznać wyczerpująco jego duchową treść (Sinngehalt) bez solidaryzowania się z nią, bez oceniania jej jako dobrej czy słusznej. Na tym polega polityczna obojętność pozytywizmu (die politische Indifferenz) [3].

Czysta teoria prawa ogranicza się do przedstawiania prawa takim jakim ono jest, nie starając się uzasadnić jego słuszności, ani też dyskwalifikować je jako niesprawiedliwe. Przedmiotem jej badań jest prawo rzeczywiste lub możliwe, ale nie prawo słuszne. Można ją z tego powodu nazwać teorią realistyczną.

Czysta teoria prawa wyrzeka się wartościowania prawa. Nie może ona służyć ani dla legitymowania słuszności porządku praw-

---

1 „Jeder beliebige Inhalt kann Recht sein, es gibt kein menschliches Verhalten, das als solches, kraft seines Gehalts, ausgeschlossen wäre, zum Inhalt einer Rechtsnorm zu werden. Als Rechtsnorm gilt eine Norm stets nur darum, weil sie auf eine ganz bestimmte Weise zustande gekommen, nach einer ganz bestimmten Regel erzeugt, nach einer spezifischen Methode gesetzt wurde. *Reine Rechtslehre.* s. 63. „In seinem System tritt an Stelle des Versuches, materiale, inhaltserfüllte Rechtsnormen zu gewinnen, die jenseits des positiven Rechtes — diesem als Vorbild — gegenüberstehen... die Bewusste Untersuchung der nur als „formal" gemeinten Bedingungen, der hipothetischen Voraussetzungen alles positiven, in seinen Inhalt schrankenlos wandelbaren Rechtes". *Die philosophischen Grundlagen...* s. 64.

2 *Reine Rechtslehre.* § 11.

3 *Die philosophischen Grundlagen.* s. 67. n.

nego, ani też dla wykazywania jego niesłuszności. I właśnie dzięki takiemu stanowisku, dzięki tej antyideologicznej tendencji staje się ona, zdaniem Kelsena, prawdziwą nauką prawa [1]. Krytykowanie czystej teorii prawa z powodu jej formalizmu, uważanie pojęć prawnych za bezwartościowe z tego powodu, że są pozbawione treści, byłoby tym samym co odrzucanie pojęć geometrycznych, dlatego, że one określają tylko formę ciał, nic nie mówiąc o materii, z której je zrobiono. Usiłowanie aby puste formuły pojęć prawnych napełnić życiem i nadać im wartość praktyczną przez to, że się w nich uwzględni prócz elementów formalnych także materialne, że się będzie mówiło o treści zjawisk prawnych, czyli przez to, że się wprowadzi do pojęć prawnych moment celu, usiłowanie to stanowiłoby analogiczny błąd metodyczny do tego, jakim byłoby wprowadzenie do określenia kuli tego materiału, z którego w jakimś konkretnym wypadku kula była utworzona. Z powodu swego czysto formalnego charakteru jurysprudencja może być pod pewnymi względami, uważana za geometrię całego zjawiska prawnego [2].

Podobnie jak z pojęciem powinności, tak też rzecz się ma ze wszystkimi innymi pojęciami prawnymi: Kelsen czyni z nich czysto formalne kategorie wyprute ze wszelkiej treści. Tak więc dla prawa, powiada naprzykład Kelsen, osobą nie jest człowiek, człowiek jest to bowiem pojęcie biologiczno-psychologiczne. Osobą w prawie jest pewien zespół norm, pewna część porządku prawnego, którą się personifikuje, aby wygodniej traktować ją jako całość [3].

Formalizm i polityczna indyferencja nie przeszkadzają jednak prawnikowi pozytywiście dobrze zdawać sobie sprawę z tego, że treść każdorazowego porządku prawnego jest rezultatem

1 *Reine Rechtslehre*, s. 16. n.

2 *Hauptprobleme*. s. 93.

3 „Die Person, die physische wie die juristisehe, ist nichts anderes als die Personifikation eines Komplexes menschliches Verhalten statuirender Normen; speziell die physische Person die Personifikation der einen bestimmten Menschen verpflichtenden Rechtsnormen". *Hauptprobleme*. s. XVIII. Por. *Allgemeine Staatslehre*. s. 64. n.; *Reine Rechtslehre*. s. 52. n., 120 n. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. Extrait du recueil des cours de l'académie de droit international. Paris 1927 s. 13—14.

walki politycznej różnych grup dążących do władzy pod pozorami walki o sprawiedliwość, o prawo naturalne, o dobro publiczne itp. Każdy porządek prawny rzeczywiście obowiązujący przedstawia stan równowagi między różnymi interesami grupowymi wzajemnie się zwalczającymi w dążeniu do władzy.

Treść każdorazowego porządku prawnego jest po prostu kompromisem między walczącymi sprzecznymi interesami, z których żaden nie jest w pełni zaspokojony ani też żaden nie jest całkowicie nie uwzględniony. I właśnie dlatego, że porządek prawny jest stanem równowagi, to nie napotyka on zasadniczych sprzeciwów i na ogół jest szanowany. W tym znaczeniu porządek prawny można nazwać porządkiem pokoju (Friedensordnung). Możliwe też, że w utrzymaniu danego stanu jest zainteresowana tylko jakaś grupa, że ten stan jest wynikiem zaspokojenia jednego interesu kosztem drugiego. Możliwe, że inne grupy godzą się z nim choć uważają go za niesprawiedliwy, dlatego tylko, że czują się zbyt słabe do walki [1].

Tak zwane wspólne dobro wszystkich jest niczym innym, jak kompromisem między przeciwstawiającymi się interesami. Jeśli chce się je określić jakoś inaczej, to tworzy się zwykłe fikcje, którym rzeczywistość wcale nie odpowiada [2].

Mniemanie, że interesy dadzą się ważyć, że można je obiektywnie oceniać, należy do naiwnych iluzyj praktycznych pra-

---

1 „Denn auch „Friede" musz nicht „Gerechtigkeit" bedeuten; nicht einmal in Sinne einer Interessen-Solidarität. Am „Frieden" kann nur eine bestimmte Gruppe interessiert sein, eben jene, deren Interessen durch die Ordnung besser gewahrt sind als die der anderen, die die Ordnung nicht verletzen den Friedenszustand darum wahren, nicht weil sie ihn für gerecht halten, sondern weil sie sich mit dem Minimum an Interessenschutz, den die Ordnung bietet, angesichts der eigenen Schwäche abfinden müssen". *Die philosophischen Grundlagen.* s. 71.

2 „Das sog. „Gesamt"-Interesse aller ist eine exakt nachweisbare Fiktion, so ferne darunter etwas anderes als ein Kompromisz zwischen entgegengesetzen Interessen verstanden wird". *Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre.* s. 8—9.

wników [1]. Podobnie też błędem jest głoszenie, że ten czy inny interes został pokrzywdzony z powodu błędnej interpretacji. Interpretacja nic nie jest winna. Interpretacja przeciwna tej, która została zastosowana nie jest naukowo lepsza, lecz po prostu lepiej odpowiada interesom pewnej grupy. Obrońcy tych interesów głoszą wprawdzie, że sprzyjająca im interpretacja jest bardziej naukowa, niż ta, która im szkodzi. Jednak naukowo niepodobna ustalić, który z pośród przeciwstawiających się interesów jest lepszy czy bardziej zasługujący na uwzględnienie. Nie można też ustalić drogą rozumowego poznania, który sposób rozstrzygnięcia jest lepszy: kompromis czy zgnębienie jednych interesów kosztem drugich [2].

Zdaniem Kelsena, sądów politycznych obiektywnych, ugruntowanych naukowo nie ma: istnieją tylko subiektywne przekonania, które do obiektywnej prawdziwości pretendować nie mogą. Kelsen otwarcie powiada, że jego poglądy demokratyczne i pacyfistyczne nie są wynikiem obiektywnego, naukowego poznania, lecz wypływem zwykłej subiektywnej oceny, nic wspólnego z naukowością nie mającej [3].

Nic dziwnego, że mając takie zapatrywania, pragnie on, aby czysta teoria prawa była bezideologiczną. Zauważmy tu tylko pewien paradoks: racjonalizm kończy na czymś w rodzaju fideizmu.

§ 5. Odrzucenie konstrukcyj dualistycznych.

Konsekwencją czystości metodycznej i formalizmu jest odrzucenie przez Kelsena koncepcyj dualistycznych w prawie, jak

---

1 *Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre.* s. 14.

2 *Reine Rechtslehre.* s. 15.

3 "Wo ich mich für Demokratie oder für Pazifismus ausgesprochen habe, habe ich solches Werturteil nie als Ergebnis objektiv wissenschaftlicher Erkenntnis ausgegeben, sondern offen und ehrlich als Konsequenz einer jenseits aller Wissenschaft liegenden subjektiven Grundwertung. Wissenschaft treiben zwingt ja nicht auf politische Werturteile zu verzichten, verpflichtet nur: das Eine vom Anderen, Erkennen und Wollen, voneinander zu trennen". *Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre.* s. 11.

podział prawa na publiczne i prywatne, na podmiotowe i przedmiotowe, oraz odrzucenie dualizmu państwa i prawa.

Co się tyczy podziału prawa na publiczne i prywatne, to Kelsen twierdzi, że nie ma między nimi istotnej różnicy. Podobnie jak w nakazie prawno-publicznym państwa, tak również i w akcie prywatno-prawnym dokonywa się tylko zindywidualizowanie normy ogólnej, w pierwszym wypadku prawa administracyjnego, w drugim kodeksu cywilnego [1].

Różnica między prawem prywatnym a publicznym redukuje się tylko do różnicy sposobu wytwarzania prawa, gdyż, według Kelsena, wytwarzanie prawa to nie tylko uchwalanie ustaw. Nakaz władzy administracyjnej, wyrok sądowy, zawarcie umowy, to również akty tworzenia prawa. Jest to tak zwana teoria stopniowej budowy prawa, (Stufenbau des Rechts) której parę słów osobno poświęcimy. Akty prawne są po większej części zarazem aktami tworzenia prawa i aktami stosowania prawa, mianowicie zastosowaniem normy wyższego stopnia i stworzeniem normy stopnia niższego. Różnica między prawem publicznym i prywatnym polega jedynie na tym, że w pierwszym wypadku wytwarzanie prawa odbywa się cały czas przez działanie organów państwowych, w drugim natomiast wypadku podmioty zobowiązujące się uczestniczą w wytwarzaniu zobowiązującej ich normy. Mimo tej różnicy w metodzie wytwarzania, prawo prywatne, stworzone w akcie prywatno-prawnym, jest w nie mniejszym stopniu dziedziną władztwa państwowego co prawo publiczne, wytworzone działaniem organów państwowych. Właściwie w *Reine Rechtslehre* nie jest to już odrzucenie podziału, a tylko protest przeciw zbyt absolutnemu przeciwstawianiu dwu omawianych rodzajów prawa [2].

Kelsen poświęcił już w *Hauptprobleme* kilka rozdziałów (XXII - XXVII) krytyce pojęcia prawa podmiotowego, w której starał się wykazać, że dotychczasowe koncepcje, określające prawo podmiotowe jako interes prawnie chroniony czy jako wolę,

---

1 *Reine Rechtslehre.* s. 109—115.

2 Por. M o ó r, *Reine Rechtslehre.* Zeitschr. f. öff. Recht 1935. s. 333.

w czystej teorii prawa utrzymać się nie dadzą, gdyż wprowadzają do prawa elementy metaprawne.

Dotychczasowa nauka o prawie jako o zespole norm ogólnych i abstrakcyjnych była dogodnym gruntem dla przeciwstawiania tych dwu rodzajów praw: podmiotowego i przedmiotowego. Z pojęciem prawa podmiotowego łączy się idea normy o treści konkretnej, odnoszącej się do jednostki, a że za prawo uważano tylko normy ogólne, abstrakcyjne, przeto przeciwstawienie, o którym mowa, narzucało się samo przez się.

Kelsen odrzuca dotychczasowy pogląd na prawo i w teorii o stopniowej budowie prawa, głosi, że prawo to nie tylko zespół norm ogólnych, abstrakcyjnych, ale również i norm najbardziej konkretnych. Przy takim ujęciu przeciwstawienie prawa podmiotowego i przedmiotowego straciło od razu na ostrości. Kelsen nie przeczy istnieniu prawa podmiotowego w sensie osobistych uprawnień czy zobowiązań, przeczy jedynie twierdzeniu, jakoby prawo podmiotowe miało być wcześniejsze od prawa przedmiotowego, być odeń niezależne czy stanowić dlań granicę. Sprowadza on pojęcie prawa podmiotowego do prawa przedmiotowego. Prawo podmiotowe jest niczym innym jak skonkretyzowaniem, spersonifikowaniem prawa przedmiotowego. „Prawo podmiotowe, pisze on, nie jest różnym od prawa przedmiotowego, lecz tym samym prawem przedmiotowym, o ile ono zwraca się z ustanowionym przez się skutkiem naruszenia prawa ku pewnemu podmiotowi (jako obowiązek), względnie też pewnemu podmiotowi (poszkodowanemu) oddaje się do dyspozycji (jako uprawnienie) [1]. Powinność prawna nie jest wytworzona przez akt woli podmiotu czy przez istnienie subiektywnego interesu, lecz przez obiektywną normę prawną to zn. przez prawo przedmiotowe [2].

Ze zniesieniem prawa podmiotowego, jako czegoś samodzielnego, odrębnego od prawa przedmiotowego, łączy się wykreślenie z czystej teorii prawa pojęcia podmiotu prawa jako osoby, której tradycyjna nauka prawa przypisywała prawa podmiotowe.

---

1 *Reine Rechtslehre.* s. 49; por. *Hauptprobleme.* s. VII. n.; *Allgemeine Staatslehre.* s. 55.

2 *Allgemeine Staatslehre.* s. 59; por. Duguit, *Traité.* I. s. 60.

Dla czystej teorii prawa podmiot praw to nic innego jak uosobienie systemu norm w całości (państwo) lub w części (osoby prawne i fizyczne). Ta koncepcja doprowadza nas do tezy o tożsamości państwa i prawa.

§ 6. Tożsamość państwa i prawa.

Dotychczasowa nauka tradycyjnie uznaje odrębność państwa i prawa uważając państwo za rodzaj osoby, która może istnieć niezależnie od prawa, która to prawo tworzy i która sobie samej nakładać może obowiązki prawne [1]. W nauce tej Kelsen rozróżnia dwa poglądy na państwo. Według jednego państwo—to tylko organizacja przymusu, siła (Zwangsaparat, Macht) a więc zjawisko należące wyłącznie do dziedziny *Sein*, a według drugiego poglądu, którego reprezentantem jest Weber, państwo to zjawisko socjologiczne i prawne zarazem [2].

Pierwszy pogląd przeciwstawia państwo prawu i bada ich wzajemny stosunek. Państwo określa jako siłę stojącą za prawem, to ostatnie zaś uważa za normę opatrzoną przymusem. Kelsen wykazuje, że mówiąc o państwie myśli się w tym wypadku o skuteczności pewnych wyobrażeń, które się wyodrębnia jako wyobrażenia prawne, a następnie, jak to często bywa, ten wyodrębniony przedmiot poznania hipostazuje, uosabia.

Pogląd ten zawiera, zdaniem Kelsena, obok wymienionego błędu: hipostazowania przedmiotu poznania, jeszcze drugi, równie niedopuszczalny: doszukiwanie się stosunków między zjawiskami, które leżą w dwu odrębnych dziedzinach poznania. Wspomniane wyobrażenia prawne należą do dziedziny rzeczywistości, a normy prawne do dziedziny powinności. Między nimi nie ma związku. Pogląd ten mimo swej zasadniczej wadliwości zawiera wyznanie, że prawo i państwo to jedno, głosi on bowiem że pozytywność prawa polega na skuteczności przymusu państwowego, na sile państwa, to zaś, według Kelsena, implikuje uznanie tożsamości państwa i prawa [3].

---

1 *Reine Rechtslehre.* s. 115.
2 *Allgemeine Staatslehre.* § 5.
3 *Allgemeine Staatslehre.* s. 17 i 18.

Drugi pogląd, który Kelsen określa jako „verstehende Soziologie", głosi że państwo dla prawnika jest wprawdzie zjawiskiem z dziedziny powinności, ale dla socjologa jest ono zjawiskiem z dziedziny rzeczywistości, które można zrozumieć i objaśnić przyczynowo. Ta teoria o dwu stronach państwach (Zwei-Seiten-Theorie) nie da się, zdaniem Kelsena, utrzymać. Albowiem przy bliższej analizie okazuje się, że do socjologicznego określenia państwa potrzebne jest pewne kryterium pozwalające z nieskończonej masy działań ludzkich wydzielić ten ich kompleks, który chcemy nazwać prawem, tym kryterium zaś nie może być nic innego jak treść wyobrażeń prawnych. Socjologiczne państwo istnieje o tyle tylko o ile ludzie działają zgodnie z wyobrażeniami mówiącymi, że państwo istnieje to zn. o tyle, o ile istnieje moc obowiązująca pewnego systemu norm [1]. Tak więc socjologia, która rzekomo odróżnia prawne pojęcie państwa od socjologicznego, łączy w tym ostatnim prawno-normatywny porządek z wyobrażeniami, które są przyczyną postępowania zgodnego z treścią obowiązującego porządku. Znaczy to, że socjologiczne pojęcie państwa musi się opierać na pojęciu prawniczym. Do tego ostatniego dochodzi tylko badanie faktów z dziedziny rzeczywistości w postaci kompleksu działań ludzkich spowodowanych przez odpowiednie wyobrażenia normatywne.

Otóż ten kompleks, który nazywamy prawem, istnieje tylko w syntezie prawniczej. Rzekomo rozróżnienie pojęcia prawniczego i socjologicznego okazuje się czystą złudą. Państwo może i musi być określone tylko w sposób prawniczy. Niemożliwości czysto socjologicznego określenia państwa dowodzi jeszcze następująca absurdalna konsekwencja, która zeń logicznie wynika. Jeśli, jak chce ta definicja, państwo jest tylko szansą urzeczywistnienia pewnych wyobrażeń, to ponieważ istnieją różne stop-

---

1 „"Soziologisch", d. h. als Komplex eines spezifischen Zusammenhandelns — so lehrt diese Theorie — bestehe ein „Staat", sofern bestimmte Menschen ihr Handeln an der Vorstellung orientieren, dasz der Staat— und zwar als normativ-juristische Ordnung — bestehe. Das heiszt: dasz ein System von Rechtsnormen in Sollgeltung stehe". *Allgemeine Staatslehre.* s. 19.

nie tej możliwości, przeto należy uznać różne stopnie państwowości [1]. Kelsen odrzuca obydwa wyżej przedstawione poglądy i wysuwa tezę, że państwo to zjawisko należące wyłącznie do dziedziny powinności, że istnieje tylko jedno pojęcie państwa, pojęcie czysto-normatywne: państwo to po prostu uosobienie całego porządku prawnego [2]. Jest ono systemem norm przymusowych, posiadających swoje specyficzne czysto idealne znaczenie, nie może być więc ono siłą w zwykłym znaczeniu. To co się nazywa siłą państwa czy prawa jest po prostu skutecznością treści pewnej ideologii, siłą motywacyjną pewnych procesów psychicznych, których treść jest treścią tej ideologii. Ten system norm staje się duchową treścią pewnych przeżyć, gra on rolę motywu dla działań ludzkich. O ile motyw ten okazuje się skuteczny, to mówimy, że państwo ma siłę.

Z tego zaś wynika, że państwo i prawo to jedno i to samo. Ich rozróżnianie a nawet przeciwstawianie jest wynikiem znanego w nauce zjawiska hipostazowania pojęć. Chcąc ogarnąć całość porządku prawnego teoria psychologiczna personifikuje ją, dając jej nazwę państwa. Następnie zaczyna traktować to państwo jako odrębny podmiot, przypisywać mu uprawnienia i zobowiązania i, zapominając o pierwotnej tożsamości pojęć państwo i prawo, zaczyna je przeciwstawiać oraz głosić, że prawo uzasadnia istnienie państwa, lub że państwo tym się charakte-

---

1 „Da diese Chance verschiedene Grade haben kann, müszte konsequenterweise auch die soziologische Existenz des Staates gradueller Differenzierung fähig sein. Ist die Chance gänzlich geschwunden, hat der Staat „soziologisch" zu existieren aufgehört... Allein wie dem immer auch sei, nichts kann eine Terminologie rechtfertigen, die mit demselben Worte zwei voraussetzungsgemäsz wesensverschiedene Gegenstände bezeichnet; und nichts kann diese Aequivokation besser ad absurdum führen, als die Konsequenz: dasz, wenn „Staat" die graduell sehr verschiedene Wirksamkeitschance gewisser Vorstellungen ist, man an den verschiedenen historisch konkreten, als „Staat" bezeichneten Gabilden verschiedene Grade von Staatlichkeit festzustellen genötigt wäre". *Allgemeine Staatslehre.* s. 20.

2 „L'État est donc la personnification la plus compréhensive, la personnification totale du droit, alors que tous les autres sujets de droit ne représentent que des personnifications d'ordres juridiques partiels". *Rapports de système.* s. 13—14; por. *Reine Rechtslehre.* 120—121.

ryzuje, że wytwarza prawo [1]. Kelsen demaskuje to uosabianie pojęć i wyjaśnia jego genezę psychologiczną.

Fikcyjne uosobienie systemu norm, zostaje wynalezione w tym celu, aby zasłonić fakt sprzeciwiający się ideałowi demokratycznemu, fakt panowania człowieka nad człowiekiem. Jeśli jakąś działalność przypisuje się nie temu, kto sam fizycznie działa, lecz jakiejś zbiorowości, to wtedy człowiek działający zrzuca z siebie odpowiedzialność za surowość czy niesprawiedliwość danego działania i składa ją na barki tej anonimowej osoby zbiorowej, która symbolizuje jedność porządku normatywnego, jak np. państwo, czyli na barki tych wszystkich, z których ten uosobiony porządek tworzy pewną społeczność. Dzieje się to nawet wtedy, gdy dany porządek jest wytworem organu działającego i został zorganizowany w jego wyłącznym interesie. Uosobienie państwa jest więc po prostu zasłoną dla zakrycia nieprzyjemnego dla nas faktu panowania. Nikt nie chce być poddany równym sobie, ale każdy zgadza się być poddanym władzy państwowej, jakgdyby ona nie była po prostu maską dla zakrycia panowania ludzi podobnych i równych mu [2].

Tak więc w gruncie rzeczy działalność państwa to nic innego, jak działalność człowieka, którą zarachowuje się nie działającemu, lecz jakiemuś poza nim stojącemu podmiotowi, nazwanemu państwem. Jedynym możliwym kryterium takiego zarachowania jest norma prawna. Innymi słowy, zarachowanie to może mieć miejsce dlatego, że dana czynność jest przez normę prawną przypisana państwu, a nie działającemu człowiekowi. Osobowość prawna państwa ma więc ten sam charakter co każda inna osobowość prawna: jest ona po prostu wyrażeniem jedności porządku prawnego, uosobionym punktem zarachowania [3].

Musimy jednak zaznaczyć, że w ostatniej pracy Kelsena te-

---

1 *Reine Rechtslehre.* § 48. s. 117—128; *Allgemeine Staatslehre.* s. 76.

2 *Allgemeine Staatslehre.* s. 67.

3 *Reine Rechtslehre.* s. 120—121, por. *Aperçu d'une théorie générale de l'État.* Revue du droit public 1926. s. 572; oraz Duguit *Traité du droit constitutionnel* 1927. t. I. s. 50. n.

za o tożsamości państwa i prawa została osłabiona i ścieśniona. W *Reine Rechtslehre* każde państwo jest identyczne z porządkiem prawnym, ale nie odwrotnie: nie każdy porządek prawny jest państwem, a tylko taki, który osiągnął pewien stopień centralizacji [1]. W pracy tej jednak Kelsen zaczyna głosić tezy sprzeczne ze sobą [2].

---

1 Podobnie interpretuje ostatnią pracę Kelsena A. Peretiatkowicz, *Teoria prawa i państwa H. Kelsena*. Ruch prawniczy 1937 s. 461 n., oraz J. Moór, in Zeitschr für öff. Recht 1935 s. 331.

2 Na przestrzeni dwu stronic dwie powtarzające się sprzeczności. Na str. 117 i 118 *Reine Rechtslehre* wypowiada Kelsen zdanie, z którego wynika, że prymitywne społeczności prawne są to społeczności przedpaństwowe. Oto tekst: „Der Staat ist eine Rechtsordnung. Aber nicht jede Rechtsordnung wird schon als Staat bezeichnet; dies erst dann, wenn die Rechtsordnung zur Erzeugung und Vollziehung der sie bildenden Normen gewisse arbeitsteilig funktionierende Organe einsetzt. Staat heiszt die Rechtsordnung, wenn sie einen gewissen Grad von Zentralisation erreicht hat. In der primitiven, der vorstaatlichen Rechtsgemeinschaft erfolgt die Erzeugung der generellen Rechtsnormen im Wege der Gewohnheit, das heiszt durch die Uebung der einzelnen Rechtsgenossen..." Z tekstu widać jasno, że, zdaniem Kelsena, może istnieć społeczność nie będąca państwem, w której są normy prawne i są prawni członkowie (Rechtsgenosse). Pogląd dość powszechny i nie byłby on wcale dziwny, gdyby nie był wypowiedziany przez autora tezy o tożsamości państwa i prawa. Ale nasz autor odnajduje swą tezę już na końcu tej samej strony. Mówi on tu, że aczkolwiek między społeczeństwem prymitywnym, nie mającym specjalnych organów tworzenia i stosowania prawa, a społeczeństwem państwowym, organy te posiadającym, istnieje różnica, to jednak jest to tylko różnica ilościowa a nie jakościowa: „es ist doch nur eine quantitative, keine qualitative Differenz, die zwischen der dezentralisierten und der zentraliesierten Rechtsordnung, zwischen der primitiven und der staatlichen Rechtsgemeinschaft besteht". Czytelnik czuje się trochę zbity z tropu. Myśli jeszcze, że poprzedniego zdania, które tak odbiega od całej dotychczasowej doktryny, nie należy brać dosłownie. Może to był jakiś mimowolny passus, a tu autor znów odnajduje swą tezę o tożsamości państwa i prawa, którą tak wymownie rozwijał w poprzednich pracach (por. np. *Staatsbegriff* s. 86—91). Sytuacja staje się jasna: ubi lex, ibi status, a gdzie prawo jest prymitywne, nie rozwinięte, tam takież państwo. Ale oto co się okazuje przy końcu str. 119 *Reine Rechtslehre*? Tu znów powraca pojęcie prawnej społeczności przedpaństwowej (die vorstatliche Rechtsgemeinschaft), która, podobnie jak i przyrównana do niej pod

§ 7. Teoria stopniowej budowy prawa.

W *Hauptprobleme* Kelsen podzielał jeszcze pogląd powszechnie przyjęty, że prawo to norma ogólna. Później, pod wpływem prac Merkla [1] porzuca go i włącza do swego systemu teorię stopniowej budowy prawa, według której za prawo uważać należy nie tylko normy ogólne, ale i normy konkretne. W sformułowaniu Kelsena teoria ta przedstawia się następująco [2]:

Prawo odznacza się tą szczególną właściwością, że samo reguluje sposób swego wytwarzania. Z pojęcia prawa jako syste-

---

tym względem społeczność ponadpaństwowa, nie może być uważana, zdaniem Kelsena, za państwo. Nie rozumiem, jak można pogodzić tezę o tożsamości państwa i prawa z pojęciami „prawna społeczność przedpaństwowa i prawna społeczność ponadpaństwowa", jak można twierdzić, że „nicht jede Rechtsordnung wird schon als Staat bezeichnet" ib. s. 117., a jednocześnie pisać o „Identität von Recht und Staat". W *Reine Rechtslehre* teza o tożsamości państwa została faktycznie porzucona mimo tytułu paragrafu 48-go, który brzmi: „Die Identität von Recht und Staat", Tutaj tylko każde państwo jest prawem, ale nie odwrotnie: nie każde prawo jest państwem. Nie należałoby więc mówić o identyczności. Takie stanowisko zaś nie znosi wcale problemu stosunku prawa do państwa, lecz pozostawia go nadal otwartym. Jest to więc w każdym razie krok w tył, w porównaniu do poprzednich prac, gdyż zadaniem tezy o tożsamości państwa i prawa było rozwiązanie tego problemu, rozwiązanie dość paradoksalne wprawdzie, bo przez zniesienie go, dzięki unicestwieniu jednego z dwu elementów stosunku. Teraz problem ten staje na nowo przed doktryną Kelsena, domagając się rozwiązania.

1 *Das doppelte Rechtsantlitz*, Juristische Blätter, 1917. *Das Recht im Lichte seiner Anwendung*. 1917. *Die Rechtseinheit des österreichischen Staates*, Archiv des öffentlichen Rechtes 1918, Bd. 37. *Hans Kelsens System einer reinen Rechtskraft*, Archiv des öffentlichen Rechts 1921 Bd. 41. *Die Lehre von der Rechtskraft* Wiener staatswissenschaftliche Studien Bd. 15. Heft 2, 1923. Późniejsze sformułowanie, najpełniejsze patrz *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues* w pracy zbiorowej. „Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur reinen Rechtslehre". Wien. Springer 1931. Por. *Hauptprobleme*. s. XV. oraz Eugeniusz Bautro, *Stopniowa budowa prawa wedle teorii Merkla*, odbitka z czasopisma: Przegląd prawa i administracji im E. Tilla. kwartał 1. 1935.

2 *Reine Rechtslehre*. s. 73—89.

mu dynamicznego [1] wynika, że za prawną norma uważana jest jedynie z tego powodu, że została wytworzona w pewien oznaczony sposób. Określenie sposobu wytwarzania zawarte jest w innej normie prawnej. Norma, która określa sposób wytwarzania danej normy jest w stosunku do niej nadrzędna, ale dana norma znów jest wyższa, nadrzędna w stosunku do innej, której sposób wytwarzania ona określa. Tak powstaje łańcuch norm, w którym każda norma czerpie swą moc obowiązującą z normy wyższego rzędu, a zarazem jest podstawą mocy obowiązującej dla normy niższego rzędu. Należy bowiem pamiętać, że dla Kelsena określenie sposobu wytwarzania jest równoznaczne z określeniem podstaw mocy obowiązującej.

Tylko dwie normy tego łańcucha są odmienne: najwyższa i najniższa. Stosownie do przyjętego założenia o rozdziale bytu i powinności, norma i jej moc obowiązująca może się opierać tylko na innej normie, a nie na fakcie. Istnieje więc pewna najwyższa norma prawna będąca podstawą mocy obowiązującej wszystkich norm danego porządku prawnego. (Obszerniej omawiamy teorię normy podstawowej w rozdziale III). Otóż ta najwyższa norma, nazwana źródłową albo podstawową (Ursprungsnorm, Grundnorm), tym się różni od innych norm systemu, że ona określa tylko sposób wytwarzania norm niższego rzędu, ale nie ma nad sobą normy wyższej. Sposób jej wytwarzania nie jest określony przez żadną inną normę prawną. Jej moc obowiązująca jest postulowana [2]. Norma najniższego stopnia znów jest tylko uwarunkowana przez wyższą, ale sama nie jest warunkiem dla żadnej innej. Określa ona jakieś konkretne działanie organu państwa, zastosowanie konkretnego aktu przymusu.

Normą niższego rzędu w stosunku do *Grundnorm* jest konstytucja. Jej główna funkcja polega na uregulowaniu sposobu wytwarzania ogólnych norm prawnych, ale oprócz tego może ona stawiać pewne ograniczenia treści przyszłych norm praw-

---

1 Por. niżej. R. III § 1.

2 Bliższe szczegóły patrz. R. III § 2.

nych, może nakazywać lub zakazywać stanowienia ustaw określonej treści. Ogólne normy prawne, ustanowione w sposób przepisany w konstytucji, są w stosunku do tej ostatniej normami niższego rzędu, ale w stosunku do norm, których sposób wytwarzania i treść określone są przez nie, znów one będą uważane za nadrzędne.

Do tej pory obracaliśmy się jeszcze wśród norm ogólnych, nie odbiegając w niczym od tradycyjnego określenia prawa jako normy ogólnej. Dopiero teraz zaczniemy się od niej oddalać. Każda norma ogólna, która abstrakcyjnie określony fakt wiąże z równie abstrakcyjnie określonym następstwem prawnym, aby mieć praktyczne znaczenie, musi zostać zindywidualizowana. Zindywidualizowanie odbywa się przez orzecznictwo sądowe. Termin „orzecznictwo" jest źle wybrany i wprowadza w błąd. Sugeruje on bowiem, że wyrok sądowy nie ma charakteru twórczego, lecz czysto deklaratoryjny, wyjaśniający tylko to co jest już zawarte w ogólnej normie. Tymczasem orzecznictwo sądowe posiada, zdaniem Kelsena, charakter całkowicie konstytutywny, jest ono wytwarzaniem prawa we właściwym tego słowa znaczeniu, tak jak ustawodawstwo. Wyrok sądowy określa, że dany fakt jest np. kradzieżą, że należy go powiązać z konkretnym skutkiem prawnym, choćby to nie było zgodne z rzeczywistością, czyli pełni on rolę zupełnie podobną jak ustawa, tylko ta ostatnia tworzy ogólne stosunki prawne, określa je w sposób abstrakcyjny, a wyrok sądowy tworzy konkretny stosunek prawny. Tak więc wyrok sądowy jest dalszym ciągiem tworzenia prawa (die Fortführung des Rechtserzeugungsprozesses — s. 79) i tylko błędne utożsamianie prawa z ustawą czy rozporządzeniem, tylko uprzedzenie, że prawo to normy ogólne, może zaciemniać ten pogląd. Podobnie zapatruje się Kelsen na działalność administracji państwowej: jest ona niczym innym jak wytwarzaniem prawa na niższych stopniach.

W niektórych dziedzinach prawa indywidualizacja i konkretyzacja ogólnych norm odbywa się nie tak, jak dotychczas mówiono: to jest nie przez działanie organów państwowych, lecz przez działanie samych stron zainteresowanych. Prawo może de-

legować strony do tworzenia konkretnych norm, ustalających wzajemne ich zachowanie się i z naruszeniem tych norm, ustalonym przez wyrok sądowy, wiązać skutki prawne w postaci egzekucji.

Ostatnią fazą procesu tworzenia prawa, zapoczątkowanego przez stanowienie konstytucji, jest realizacja aktu przymusu jako skutku bezprawia.

Z tego wszystkiego wynika, że tradycyjne przeciwstawienie tworzenia i stosowania prawa nie jest ścisłe. Z wyjątkiem dwu krańcowych wypadków: postulowania normy podstawowej, które ma charakter wyłącznie tworzenia prawa, i ostatniego aktu przymusu, który ma znów wyłącznie charakter stosowania prawa, wszystko inne to zarazem akty tworzenia i akty stosowania prawa. Np. uchwalenie konstytucji, czyli pierwszy akt prawodawczy, akt tworzenia prawa jest zarazem aktem stosowania *Grundnorm*. Stanowienie ustaw jest zarazem wykonaniem konstytucji. Wyrok sądowy jest zarazem wykonaniem ustawy i tworzeniem normy indywidualnej.

Na wyższych stopniach przeważa formalny sposób określenia sposobu wytwarzania norm, a na niższych stopniach momenty materialne; określenia treści stosunku zajmują coraz więcej miejsca [1].

§ 8. Dwie podstawowe hipotezy prawnicze.

Dla zarysowania całokształtu systemu jeszcze tylko parę słów o stosunku prawa państwowego do prawa narodów. Kelsen uznaje zasadniczo dopuszczalność dwu hipotez, dwu koncepcyj prawniczych. System prawny może być zbudowany bądź na takiej normie podstawowej, która uznaje prymat prawa państwowego, bądź też na takiej, która uznaje prymat prawa narodów. Systemy zbudowane na każdej z tych hipotez są całkowicie od-

1 Interesującą krytykę teorii stopniowej budowy prawa czyni Carré de Malberg w pracy: *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrês avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*. Paris Sirey 1933, a Moór wykazuje, że teoria ta znajduje się w oczywistej sprzeczności z czysto normatywnym badaniem prawa. *Reine Rechtslehre, Naturrecht und positives Recht*. s. 68.

rębne, niesprowadzalne do siebie i nawzajem się wykluczają. W pierwszej hipotezie państwo jest suwerenne, a prawo narodów, jak i prawo innych państw, o tyle istnieje, to znaczy o tyle ma moc obowiązującą, o ile zostanie uznane przez dane państwo. W hipotezie prymatu prawa narodów prawo państwowe jest tylko nie samoistną częścią wielkiego porządku światowego, częścią nie mającą cechy suwerenności. Taka programowa dopuszczalność dwu hipotez też nie jest utrzymana do końca, gdyż, jak dalej zobaczymy, w ostatniej większej pracy *Reine Rechtslehre* Kelsen uważa, że hipoteza prymatu prawa państwowego prowadzi do negacji prawa. Pozostanie więc do przyjęcia, bez możności wyboru, hipoteza prymatu prawa narodów [1]. Stare, jak miraż pociągające, marzenie stoickie nazwane *citivas maxima* olśniło i Kelsena.

---

1 *Problem der Souveränität...* R. 11. *Les rapports de système... Conclusion.* s. 91—96. *Reine Rechtslehre.* R. IX. Zdaniem M o ó r a te dwie hipotezy prawnicze oznaczają jedno i to samo. „Diese beiden Möglichkeiten bedeuten unserer Ansicht nach genau dasselbe; die Einzigkeit und Ausschlieszlichkeit, d. h. die Allgemeingültigkeit, die universale Geltung des Normensystems. Sowohl beim Primat des Völkerrechtes als auch beim Primat der eingenstaatlichen Rechtsordnung handelt es sich um die universale Geltung eines einzigen Weltrechtssystems, das in den beiden Fällen blosz inhaltlich verschieden ist: Der Primat des Völkerrechtes bedeutet eine demokratische, der Primat der eigenstaatlichen Rechtsordnung eine autokratische Weltrechtsordnung bzw. eine demokratische oder autokratische Deutung des Verhältnisses zwischen den Staaten". *Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtpositivismus.* s. 60 (nota) w pracy zbiorowej *Gesellschaft Staat und Recht.*

ROZDZIAŁ II.

Filozoficzne podłoże teorii.

§ 1. Filozoficzne poglądy Kelsena.
- A. Teoria poznania.
  - a. Twórczy charakter poznania. Relatywizm.
  - b. Dwie hipotezy teoriopoznawcze: Subiektywistyczna i obiektywistyczna.
  - c. Dualizm teoriopoznawczy: odrębność dziedzin bytu i powinności.
- B. Metafizyka.
  - a. Krytyka dualizmu metafizycznego.
  - b. Światopogląd naukowo-krytyczny.
- C. Historiozofia.

§ 2. Źródła filozofii i teorii prawa Kelsena.
- a. Wpływy prawników.
- b. Wpływ Kanta.
- c. Odchylenia od doktryny kantowskiej. Polemika z Sanderem.
- d. Wpływ Hermana Cohena.
- e. Wpływ fikcjonalizmu Hansa Vaihingera.
- f. Wpływ Ernesta Macha.
- g. Wpływ Husserla.
- h. Wpływ Ludwika Feuerbacha.

§ 3. Problem jednolitości systemu.
- a. Chronologiczny stosunek poglądów filozoficznych i prawniczych.
- b. Rozbieżność zdań co do problemu jednolitości.
- c. Wykraczanie poza normę podstawową.
- d. Krytyka tezy Trevesa.

§ 1. Filozoficzne poglądy Kelsena.

Dla ułatwienia wykładu poglądów filozoficznych Kelsena zgrupujemy je w trzech punktach: teoria poznania, metafizyka, historiozofia. Nie chodzi naturalnie o podanie systematycznego

wykładu tych trzech dziedzin filozofii, gdyż sam Kelsen nie napisał ani specjalnego traktatu kryteriologicznego, ani tym bardziej nie dał wykładu metafizyki, gdyż był gorącym przeciwnikiem wszelkiej metafizyki, oczywiście poza swoją, którą, jak każdy, posiadał. W tych trzech punktach spróbujemy po prostu zgrupować te elementy poglądów filozoficznych Kelsena, które znajdują się porozsiewane w różnych jego pracach.

A. TEORIA POZNANIA.

a. Twórczy charakter poznania. Relatywizm.

Poznanie, zdaniem Kelsena, nie jest biernym odzwierciedleniem przez umysł rzeczy leżących w jakiejś sferze transcendentnej. W poznaniu umysł gra rolę aktywną a nawet twórczą. On to z materiału dostarczonego przez zmysły tworzy przedmiot według swoich własnych immanentnych praw. Akt poznania jest więc aktem twórczym. I właśnie wewnętrzna prawidłowość poznania gwarantuje obiektywność jego rezultatów. Określenie praw czyli obiektywnych warunków procesu poznania jest głównym zadaniem teorii poznania [1].

Poznanie nie rości pretensji do absolutnej prawdziwości. Prawda jest czysto względna [2].

Ludziom dostępne są jedynie prawdy i dobra względne i dlatego obecne prawdy i dobra, podobnie jak człowiek, który je znajduje, w każdej chwili mogą być zastąpione przez inne. Kelsen jest więc wyznawcą relatywizmu teoriopoznawczego.

Relatywizm jego jest pozytywistyczny, gdyż wychodzi od danych dostępnych doświadczeniu, doświadczeniu zmiennemu i stale się zmieniającemu. Odrzuca on możliwość istnienia absolutu transcendentnego w stosunku do tych danych doświadczalnych. Tak teoria poznania eliminuje i zastępuje metafizykę, a transcendentalne warunki poznania zastępują rzeczy transcen-

---

1 *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, par. 34.

2 Tamże.

dentne [1]. Relatywizm jest, zdaniem Kelsena, nieuniknioną konsekwencją rzeczywistego porzucenia metafizyki [2].

Swoim zwyczajem Kelsen transponuje od razu te poglądy teoretyczne w dziedzinę praktyczną. Rezultat takiej transpozycji jest dość ciekawy. Oto okazuje się, że politycznym odpowiednikiem filozoficznego relatywizmu jest demokracja. Prawda obecnej większości może być zastąpiona wkrótce przez prawdę obecnej mniejszości. Ponieważ więc ta mniejszość, tak jak i większość ani ma absolutną rację, ani też nie ma absolutnej niesłuszności, przeto ustrój polityczny powinien być taki, aby istniała możliwość dojścia do władzy obecnej mniejszości. Wszystkie poglądy mają jednakową tj. względną wartość.

Podobnie też i kryterium słuszności stosowania przymusu ma wartość względną. Kryterium tym jest zgoda większości: przymus należy stosować wtedy tylko, gdy co najmniej większość się zgodzi. Jest to kryterium całkowicie względne i formalne. Ale innego kryterium słuszności stosowania przymusu Kelsen nie widzi [3].

Na tle takiego relatywizmu filozoficznego i politycznego staje się zrozumiałym formalizm Kelsena. Po co zajmować się treścią prawa, treścią poznania w ogóle, skoro prawd bezwzględnych nie ma, skoro nie ma norm prawnych bezwzględnie słusznych i sprawiedliwych. Wszystko jest zmienne i względne, prócz apriorycznych warunków poznania, prócz formalnej powinności prawnej. Zamiast więc badać stale zmieniającą się treść, jest rzeczą o wiele ciekawszą i pociągającą badać czyste, niezmienne formy poznania, ewentualnie czystą, niezmienną powinność prawną. Tak przez paradoksalne odwrócenie pojęć, formalizm ma

---

1 *Allgemeine Staatslehre.* s. 70.

2 „die unausweichliche Konsequenz jeder wirklichen Ueberwindung der Metaphysik". *Die phil. Grundlagen...* s. 76. Krótką, ale jasną krytykę relatywizmu dał m. inn. prof. Kaz. Twardowski. *O tak zwanych prawdach względnych.* Lwów 1934.

3 *Allgemeine Staatslehre.* s. 370. n.; por. *Vom Wesen und Wert der Demokratie.*

zaspokoić głód rzeczy trwałych, niezmiennych, głód absolutu, który Kelsen odczuwał na równi z każdym człowiekiem.

b. Dwie hipotezy teoriopoznawcze: subiektywistyczna i obiektywistyczna.

Oczywiście poza tym programowym, naukowym relatywizmem, Kelsen, jak każdy człowiek ma poglądy, które uważa za prawdziwe bezwzględnie, za dobre i słuszne. Np. jeśli chodzi o same założenia teorio-poznawcze. Zdaniem Kelsena w teorii poznania istnieją dwa przeciwstawiające się punkty widzenia, dwie hipotezy teoriopoznawcze: subiektywistyczna i obiektywistyczna. Zależnie od uznania jednej lub drugiej będzie się miało subiektywistyczną lub obiektywistyczną teorię poznania, a odpowiednio do niej subiektywistyczny lub obiektywistyczny światopogląd. Punktem wyjścia subiektywistycznej teorii poznania jest własne ja. Cały świat poznawalny, cała natura jest tylko wyobrażeniem tego ja, cały świat wartości może być zrozumiały tylko jako wola tegoż ja. Poza nie wyjść nie możemy. Budujemy zeń cały świat, rozszerzając nasze własne ja do granic wszechświata. Każde takie ja pretenduje do wyłączności, uważa się za suwerenne i nie zdolne jest uznać innego podmiotu, który występuje z podobnymi roszczeniami do suwerenności w dziedzinie poznania i wartościowania.

Nauka prawa oparta na takiej teorii poznania głosi po pierwsze, że państwo i prawo opiera się na woli, względnie uznaniu jednostki, a następnie, że państwo jest suwerenne. Znaczy to, że założeniem i punktem wyjścia dla poznania prawnego jest własne państwo uważane za najwyższy, niepochodny system norm. Inne państwa muszą być uznane przez nasze państwo, stanowią więc część naszego własnego porządku prawnego, który rozszerza się do granic porządku uniwersalnego. Jak moje ja było jedynym ja, tak moje państwo jest jedynym państwem. Jednym słowem całkowity, filozoficzny i prawniczy, stirnerowski solipsyzm.

W ostatecznej analizie taki światopogląd musi, zdaniem Kelsena, prowadzić do negacji prawa i nauki prawa, gdyż niezniszczalna istota prawa, całe jego istnienie zawiera się w jego obiektywnej mocy obowiązującej, którą subiektywizm całkowicie

zapoznaje. Tendencje subiektywistyczne, tkwiące w teorii prymatu państwowego porządku prawnego, doprowadzają do zagubienia idei prawa, a do proklamowania idei siły na całej linii [1].

Wprost przeciwnie rzecz się ma w razie przyjęcia hipotezy obiektywistycznej. Wtedy punktem wyjścia jest świat. Aby odnaleźć własne ja, wychodzi się od obiektywnego rozumu czy ducha świata, którego upodmiotowieniami czyli skonkretyzowaniami są jednostki. Te ostatnie są tylko czystym pozorem. Są to jakby poszczególne promienie jednego uniwersalnego świata. Są one skoordynowane i uzupełniają się wzajemnie. Nie ma więc tu już mowy o takim wrogim nastawieniu i wyłączności jak w hipotezie subiektywistycznej.

Na podstawie takiej teorii poznania jest zbudowana teoria prymatu prawa narodów. W niej dogmat suwerenności państwa zostaje odrzucony. Poszczególne państwa są tylko uosobionymi częściami uniwersalnego, międzynarodowego porządku prawnego, częściami jakiejś *civitatis maximae*. Podobnie też jednostki są uosobieniami części całego porządku państwowego. Na całej linii jedyną rzeczywistością jest całość. Część, podmiot rozpływa się w całości, w obiekcie [2].

Ze sposobu w jaki Kelsen wykłada treść obu hipotez oraz z zapatrywania na ich wartość dla prawa, można łatwo wywnioskować, że aczkolwiek teoretycznie głosi on dopuszczalność obydwu hipotez, to jednak praktycznie według swego osobistego przekonania uznaje prawdziwość i dopuszczalność tylko tej drugiej hipotezy: hipotezy prymatu prawa narodów, opartej na obiektywistycznej teorii poznania. Tak więc między programową teorią a praktyką istnieje antynomia. Można powiedzieć, że jest to coś analogicznego do kantowskich antynomij między rozumem spekulatywnym a praktycznym.

c. Dualizm teoriopoznawczy: odrębność dziedzin bytu i powinności.

Bardzo podobną rzecz można zauważyć w jego dualizmie teoriopoznawczym, dzielącym świat poznawalny na dwie dziedzi-

---

1 *Das Problem der Souveränität.* s. 317.

2 Tamże s. 316.

ny: bytu i powinności (Sein i Sollen). Teoretycznie uznaje Kelsen niedostateczność poglądu opartego na dualizmie [1], a więc tym samym uznaje dopuszczalność monizmu teoriopoznawczego obok dualizmu. Jednak faktycznie jest wyznawcą dualizmu teoriopoznawczego, który nawet stanowi kamień węgielny jego systemu i jest jednym z założeń metodologicznych, które odbiły się niezatartym piętnem na całej jego teorii prawa. Założeniami tymi, to rozróżnienie oraz przeprowadzenie rozdziału: 1. między dziedziną bytu i powinności; 2. między treścią i formą norm prawnych. Wyraźnie określa je, jako podstawowe założenia swej metody, już w r. 1911, w przedmowie do pierwszego wydania *Hauptprobleme*, przeprowadzając je następnie w swych pracach w sposób bardziej ścisły i bezwzględny niż ktokolwiek przed nim [2].

Dlaczego zaś jest wyznawcą dualizmu, mimo uznania niedostateczności tego poglądu? „Wytłumaczenia tego faktu, pisze, należy szukać nie w czym innym, jak w tym, że nię jestem monistą" [3]. Ta odpowiedź, która nic nie tłumaczy, staje się bardziej zrozumiała dopiero w zestawieniu z zapatrywaniem Kelsena na sprawę wyboru hipotez teoriopoznawczych i naukowych w ogóle. Jego zdaniem, wybór tej czy innej hipotezy teoriopoznawczej nie może być dokonywany na podstawie obiektywnych danych naukowych. Przy wyborze każdy powoduje się jakimiś nie dającymi się skontrolować motywami, związanymi z jego charakterem. Można tylko ustalić związek, wprawdzie nie logiczno-systematyczny, lecz faktyczny związek jaki zachodzi między poznaniem teoretycznym a praktycznym. Ten związek faktyczny istnieje dzięki jednolitości charakteru podmiotu poznającego: zwykle pewien określony pogląd teoriopoznawczy wiąże się z od-

---

1 *Hauptprobleme*. Przedmowa do I-go wyd.

2 Takie jest np. zdanie Alfa Rossa, który pisze „...das, was bei dem gennanten Werke zuerst in die Augen fällt, die rigoristische Konsequenz ist, mit der Kelsen — unter dem Motto „die reine Rechtslehre"—sich gegen sowohlnaturrechtlichen wie naturwissenschaftlichen (soziologischen) Methodensynkretismum in positiver Rechtswissenschaft wendet". *Theorie der Rechtsquellen*. s. 192.

3 *Hauptprobleme*. Przedmowa do I-go wyd. tłom. Przeorskiego. s. 12.

powiadającym mu poglądem etyczno-politycznym. Tak np. jednostka o nastawieniu egoistycznym wybierze subiektywistyczną teorię poznania, która jest teoriopoznawczym odpowiednikiem egocentryzmu. Podobnie teoriopoznawcza hipoteza prymatu prawa państwowego będzie pasowała do imperialistycznej polityki państwowego egoizmu [1]. Światopogląd pesymistyczny lub optymistyczny również zależą od charakteru [2]. Należy się domyślać, że wybór poglądu dualistycznego był również zdeterminowany przez charakter Kelsena. Oświadcza on zresztą wyraźnie, że podstawy czystej teorii prawa: oddzielenie *Sein* i *Sollen*, uznanie mocy obowiązującej prawa pozytywnego oraz jego suwerenność tj. samoistność, wszystko to są postulaty, tkwiące korzeniami w poglądach intuicyjnych nie dających się logicznie dowieść. Można jedynie dowieść ich pożyteczności: przyjęcie tych postulatów pozwala uniknąć całego mnóstwa nierozwiązalnych dotąd trudności [3].

Nie rozstrzygając problemu czy suwerenność prawa jest fikcją czy też rzeczywiście da się dowieść, należy ją uznać jako warunek istnienia pojęcia prawa samoistnego i samoistnej nauki prawa. Należy postępować tak jakby (als ob) normy etyki, względnie prawa, stanowiły system suwerenny, całkowicie samowystarczalny pod względem mocy obowiązującej, jakby powinność prawna była uzasadniona [4]. Wpływy pragmatyzmu są tu dość przejrzyste [5].

B. METAFIZYKA KELSENA.

Sam tytuł tego punktu wydaje się dziwny już nawet po tym, co mówiliśmy o jego pozytywizmie, a dla każdego, kto zna bliżej nastawienie pozytywistyczne Kelsena, jego walkę z prawem naturalnym, z etyką i metafizyką, brzmi on wprost paradoksalnie. A jednak tak: metafizyka Kelsena.

---

1 *Problem der Souveränität.* s. 317.
2 *Die phil. Grundlagen* s. 34.
3 *Rechtswissenschaft als Norm- oder Kulturwissenschaft.* s. 138.
4 Tamże. s. 139.
5 Por. niżej. § 2 e, f.

Już niektóre poglądy teoriopoznawcze miały charakter metafizyczny, co jest tym bardziej zrozumiałe, że teoria poznania ma u Kelsena zastąpić metafizykę. Jeśli grupujemy niektóre poglądy pod wyraźnym tytułem metafizyki, to tylko w tym celu, aby podkreślić to, co tak jasno wykazał Maritain, mianowicie, że nawet ludzie z pozoru bardzo daleko od tych zagadnień stojący mają swoją, najczęściej nieuświadomioną metafizykę [1].

I słusznie podnosi Erich Kaufmann [2], że Kelsen, jak każdy człowiek, ma również swoją metafizykę. Wprawdzie Kelsen głosi, że należy wyeliminować metafizykę tak z dziedziny nauk przyrodniczych, przez uwolnienie ich od teologii, jak i z dziedziny nauki prawa, przez uwolnienie jej od doktryn prawa naturalnego [3]; wprawdzie wydaje mu się, że naturalna dążność rozumu ludzkiego do poznania prowadzi do zastąpienia metafizycznego dualizmu Boga i świata przez monizm stapiający te pojęcia w jedno [4], ale nie zdaje sobie Kelsen sprawy, że jego monizm, który nazywa poglądem naukowo-krytycznym, jest równie metafizyczny jak odrzucony przezeń dualizm, i że podstawy czystej teorii prawa zawierają elementy metafizyczne [5].

---

1 Jacques Maritain, *Philosophie et science expérimentale*, in Cahiers de Philosophie de la nature. II. Mélanges I-re série. Paris, Vrin. 1929. s. 192. n. Bardzo ciekawe uwagi w tym względzie daje też Olgiati w *Droit naturel et pensée moderne*. Archives de philosophie du droit. 1933. n. 3—4. s. 253—254, gdzie wykazuje, że nawet pozytywizm prawniczy, odrzucający prawo naturalne i wyrzekający się filozofii, posiada swoją własną filozofię, którą jest filozoficzny fenomenalizm.

2 Erich Kaufmann, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*. Tübingen 1921. s. 27. n. Die metaphysischen Voraussetzungen Kelsens.

3 *Die philosophischen Grundlagen...* s. 44, 48.

4 Tamże. § 22.

5 Podobne myśli wypowiada cytowany już b. profesor uniwersytetu w Saragossie: „Denn man kann sagen, man lehne jede Metaphysik ab; was man aber nicht kann, ist, ohne sie auszukommen. Daher fehlt nicht in der Lehre Kelsens das Minimum an metaphysischen und ethischen Elementen, die zur Begründung der Theorie nötig wären, sondern sie besitzt ja ein relatives Maximum, wenn es auch unbewusst angenommen ist und daher seine

a. Krytyka dualizmu metafizycznego.

W człowieku istnieje, zdaniem Kelsena, dziwna tendencja do podwajania świata; podwajania poznawalnej rzeczywistości i podwajania uznawanych wartości.

W dziedzinie rzeczywistości wydaje się człowiekowi, że świat, dostępny zmysłom, a kontrolowany i podporządkowany przez rozum, jest tylko odbiciem, i to niedoskonałym, jakiegoś świata transcendentalnego, a stojącego poza tym światem zmysłów, będącego światem jakichś rzeczy w sobie, niezależnych od zmysłów i rozumu ludzkiego.

W dziedzinie wartości podobnie wydaje się człowiekowi, że te wartości, które są dane w jego doświadczeniu, które są przezeń ustanowione, muszą znajdować uzasadnienie w jakichś wartościach transcendentnych, tak więc każdorazowa moralność czy obyczaj społeczny ma być emanacją jakichś wiecznych boskich praw, każdorazowe prawo powinno znajdować uzasadnienie swej mocy obowiązującej w jakimś poza i ponad nim stojącym prawie naturalnym, w jakimś prawie w sobie—*Recht an sich*.

I w jednej i w drugiej dziedzinie ten dualizm metafizyczny rodzi jednakowe trudności: nieosiągalność swego wzoru i beznadziejność usiłowań, aby za pomocą niego wyjaśnić, względnie uzasadnić to co dane. I w jednej i w drugiej dziedzinie grozi możliwość sprzeczności między ideałem a rzeczywistością [1]. Kelsen odrzuca taki dualizm metafizyczny.

W *Staatsbegriff* przeprowadza Kelsen ścisłą paralelę między dualizmem państwa i prawa a dualizmem Boga i świata [2]. Państwo w dawnej nauce prawa pojmowane dokładnie na wzór

---

wahre Aufgabe nicht erfüllen kann, sondern vielmehr eine verwirrende Rolle einnimmt. In diesem Sinn bedarf die Reine Rechtslehre noch einer höheren Reinigung. Damit wollen wir nicht sagen, dass die ethischen und metaphysischen Elemente aus der Rechtwissenschaft ohne weiteres auszuscheiden seien... etc". L. Legaz y Lacambra *Die ontologische Grundlage der Reinen Rechtslehre*, Zeitsch für öff. Recht. 1932 s. 664—665.

1 *Die phil. Grundlagen.* s. 44.

2 *Staatsbegriff.* R. 11 i 12. Por. Duguit, *Traité de droit constitutionnel* 1927. t. I. s. 52. n.

Boga w religii chrześcijańskiej. Cytując teologów katolickich, protestanckich, Kelsen stara się wykazać, że wszystkie cechy, jakie oni przypisują Bogu, a więc transcendentność w stosunku do świata, wszechmoc, charakter absolutu i pierwszej przyczyny wszechrzeczy, charakter osobowości obdarzonej wolą, że wszystkie te cechy odnajdują się w starym pojęciu państwa. Państwo również jest transcendentne w stosunku do prawa, ono wreszcie jest również pojmowane jako osobowość obdarzona wolą.

Dalej, w jednakowy sposób są, zdaniem Kelsena, rozwiązywane trudności teologiczne i prawnicze. Z transcendentności Boga i państwa wypływa trudność połączenia ich w jeden system ze światem względnie prawem. Teologia w celu zwyciężenia tej trudności posługuje się nauką o wcieleniu Boga, a prawo — teorią o samozobowiązaniu się państwa. Z takiego rozwiązania problemu wypływają jednak dalsze trudności: w teologii problem połączenia natury boskiej i ludzkiej w Bogu wcielonym, a w prawie połączenie natury metaprawnej i prawnej zarazem w państwie. I tu i tam tworzy się teorię dwustronności (Zwei-Seiten-Theorie). W teologii będzie to nauka o dwu naturach Chrystusa: boskiej i ludzkiej, w prawie o dwu stronach państwa: socjologicznej i prawnej.

Zupełnie analogicznie przedstawiają się, zdaniem Kelsena, problem grzechu i zła w teologii oraz problem bezprawia w nauce prawa. Wszystko jest tworem Boga, ale zło nie może być przezeń stworzone; wszystko prawo pochodzi od państwa, ale bezprawie nie może być przypisywane państwu. Jeśli więc są tak zwane bezprawia państwa, to nie państwo je powoduje, gdyż ono jest uosobieniem porządku prawnego, lecz organ państwa, działający bez lub wbrew prawdziwej woli państwa. Podobnie jeśli istnieje zło, to nie jest ono stworzone przez Boga, lecz przez człowieka, którego się obdarza wolną wolą, właśnie w tym celu, aby móc jemu przypisać zło. Z tych wywodów wynikałoby, że nie ma bezprawia państwa, a tylko bezprawie jego organu. Kilka stronic dalej [1], Kelsen, zajęty przeprowadzeniem paraleli między teologią

1 *Staatsbegriff.* s. 245 n.

a nauką prawa, zdaje się o tym zapominać. Okazuje się bowiem, że istnieją cuda prawne (Rechtswunder) tak jak i cuda teologiczne. Jak w teologii Bóg-Stwórca praw natury jest od tych praw niezależny, może je zmienić i działać nawet wbrew nim, tak w prawie państwowym twórca praw może je zmieniać i działać nawet wbrew nim. Akt może być bezprawny, a mimo to być aktem państwa, wymaganym przez różne polityczne interesy [1].

Jak pochłonięcie nadprzyrodzonego pojęcia Boga przez pojęcie natury było warunkiem powstania prawdziwej, wolnej od wszelkiej metafizyki, nauki przyrody (Naturwissenschaft), tak też zredukowanie ponadprawnego pojęcia prawa stanowi niezbędny warunek dla rozwoju prawdziwej nauki prawa, nauki oczyszczonej od wszelkiego prawa naturalnego w postaci polityki czy socjologii.

Przekroczeniem granic metody teologicznej i ustaleniem jednolitego, wolnego od sprzeczności systemu, jest w teologii panteizm, znoszący dualizm Boga i świata, a w nauce prawa czysta teoria prawa znosząca dualizm państwa i prawa. Trudno byłoby ustalić stanowczo czy Kelsen jest panteistą czy ateistą, gdyż takie i tym podobne ustępy prac jego, mogą być interpretowane zarówno w duchu panteistycznym jak i ateistycznym i dlatego nie pozwalają one na kategoryczne zakwalifikowanie jego poglądów religijnych. W każdym razie te aluzje panteistyczne rzucają nam wiele światła.

b. Światopogląd naukowo-krytyczny.

Ten ukłon w stronę panteizmu tłumaczy nam wiele rzeczy. Tłumaczy dlaczego dla Kelsena jedyną rzeczywistością jest świat jako całość (Welt-Ich, Welt-Vernunft, Weltgeist) [2]. Tłumaczy dlaczego indywiduum jest dlań czystą złudą, dlaczego duch jednostki jest integralną częścią uniwersalnego ducha świata, a jej rozum tylko promieniowaniem najwyższego rozumu świata. Rozumiemy też lepiej, dlaczego osoba fizyczna czy prawna, jest tylko częścią obiektywnego porządku prawnego, uosobieniem tej części (Personifikation einer Teilordnung). Poznana uprzednio obiektywi-

1 Ibid. s. 247.

2 *Problem der Souveränität.* § 63.

styczna teoria poznania jest po prostu teoriopoznawczym wykładnikiem panteizmu, tak jak czysta teoria prawa jest jego wykładnikiem prawniczym. Nie bez słuszności Duguit nazwał doktrynę Kelsena panteizmem prawniczym [1].

Światopogląd swój nazywa Kelsen światopoglądem naukowo-krytycznym (die wissenschaftlich-kritische Weltanschauung) [2]. Odrzucając dualizm Boga i świata, oraz państwa i prawa, odrzuca on również podział rzeczywistości na świat dostępny doświadczeniu i na jakiś drugi świat leżący poza doświadczeniem. Człowiek, wyznający światopogląd naukowo-krytyczny, staje się świadomym swych sił poznawczych, a zarazem ich granic i możliwości. Naukowe poznanie ogranicza do tego, co jest dostępne doświadczeniu. Jednak wykluczając zeń wszelką metafizykę, nie twierdzi, że metafizyka jest nie uzasadniona. Przeciwnie, ta filozofia, oparta o naukowe doświadczenie, zdaje sobie sprawę z wiecznej tajemnicy, która otacza świat doświadczalny. Tylko ślepota lub zaślepienie mogłoby przeczyć istnieniu zagadki świata (Welträtsel), albo, co jest tym samym, twierdzić, że wszystko naukowo daje się wyjaśnić [3].

Do takiego języka wiek XIX nas przyzwyczaił i dlatego jesteśmy skłonni sądzić, że takie stanowisko da się utrzymać.

---

1 Duguit, *Traité de droit constitutionnel.* 1927. t. I. s. 51. Lande powiada, że przeprowadzenie paraleli między poglądami prawnymi i filozoficznymi nie zawsze jest u Kelsena szczęśliwe, że przenosi zagadnienie prawne na płaszczyznę obcą i wysoką. „Gdy Kelsen upatruje w wyborze takiej lub innej podstawy dogmatycznej dla systemu prawa analogię do stanowisk epistemologicznych (Souv. rozdz. IX) lub z całą powagą przeprowadza paralelę między poglądami na stosunek państwa do prawa, a teizmem, panteizmem itp. (Staatsbegriff, rozdz. XII) trąci to istną manią wielkości". *Norma, a zjawisko prawne.* s. 323 nota. Pitamič z okazji drugich wydań *Problem der Souveränität* i *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* w dłuższej recenzji ogłoszonej w Zeitschr. f. öff. Recht 1928. Bd. VII. s. 640. wykazuje błędy i nieścisłości w jego rozważaniach i pyta w jakim właściwie celu pragnie on odmawiać teologii charakteru naukowego. Tej ostatniej nic nie zaszkodzi, a tylko dyskredytuje swój system.

2 *Die phil. Grundlagen.* s. 60.

3 *Die phil. Grundlagen.* s. 61.

Jest to z pozoru jasny i konsekwentny agnostycyzm: naukowo możemy poznać tylko to, co jest dostępne doświadczeniu; nie przeczymy, że istnieje coś jeszcze poza doświadczeniem, ale o tym naukowo nic powiedzieć nie możemy.

Kelsen jest jednak zbyt przyzwyczajony do wyciągania wszystkich logicznych konsekwencyj z założeń, aby poprzestać na tym, pełnym niedomówień, stanowisku. Jeżeli świat nauki pokrywa się ze światem doświadczenia, to rzecz sama w sobie, jako jakaś transcendentna rzeczywistość, nie istnieje. Pojęcie rzeczy samej w sobie staje się jakby symbolem granicy, poza którą nieskończony proces doświadczenia posunąć się nie może. Jeżeli zaś poznanie naukowe jest to właściwie jedyne prawdziwe poznanie, to dla nas nie istnieje żaden świat transcendentny. My nie wiemy wprawdzie czy rzeczy tego świata i ich stosunki są rzeczywiście takimi, jak się naszym zmysłom i rozumowi przedstawiają, ale musimy odrzucić wszelkie spekulacje o ideach czy wzorach tych rzeczy, to znaczy o rzeczach samych w sobie, jako bezowocne i bezużyteczne. Świat taki, jaki jest dostępny naszemu doświadczeniu, jest jedynie rzeczywisty, gdyż dla nas żadnego innego nie ma i być nie może [1].

Tak na przestrzeni jednej stronicy Kelsen wikła się w wyciąganiu wniosków ze sprzecznych założeń, co oczywiście może tylko doprowadzić go do zmiany sprzeczności utajonych na jawne, które też wypowiada w odległości paru wierszy. Najpierw z siłą wierzącego piętnował ślepotę racjonalizmu uznającego tylko ten świat, który widzi „mędrca szkiełko i oko", by zaraz powiedzieć, że ten świat jest jedynym i jedynie rzeczywistym, gdyż „dla nas innego nie ma i być nie może". Z początku głosi, że istnieje granica poznania, poza którą doświadczenie posunąć się nie może (Ding an sich), by następnie mówić o nieskończonym procesie doświadczenia. Ów *Grenzpunkt des unendlichen Prozesses der Erfahrung* [2], przypomina coś w rodzaju końca nieskończoności. Zwykłe *contradictio in adiecto*.

---

1 *Die phil. Grundlagen.* s. 60.

2 Tamże.

Wspomniany Erich Kaufmann określa metafizykę Kelsena mianem metafizycznego racjonalizmu lub metafizycznego logicyzmu [1], który się objawia w następujących założeniach, tkwiących *implicite* w doktrynie Kelsena: Całe życie powinno być zracjonalizowane za pomocą abstrakcyjnych zdań prawnych. Będzie to możliwe dzięki prymatowi prawa narodów. Racjonalizacja życia może być dokonana, gdyż ona musi być dokonana. Odbędzie się to po zrewolucjonizowaniu naszej świadomości kulturalnej przez odrzucenie pojęcia suwerenności państwa. W tym kierunku działają potężne siły socjologiczne oraz moralne wysiłki ludzi. Między nimi istnieje harmonia. Rezultatem odrzucenia dogmatu suwerenności państwa i zastąpienia go ideałem prymatu prawa narodów będzie *Civitas maxima.*

„Metafizyka tego racjonalistycznego logicyzmu, kończy Kaufmann, jest tak groteskowa, że zawiera w sobie prawie coś wielkiego (etwas Grandioses)". Jest bowiem jasnym, że zaprzeczenie dogmatu suwerenności przez czystą teorię prawa nie zmieni nawet jednego atomu w socjologiczno-historycznej rzeczywistości [2].

C. HISTORIOZOFIA.

Historiozofię Kelsena znajdujemy w ostatnim rozdziale *Filozoficznych podstaw pozytywizmu* etc. [3]. Zawiera on nowe wydanie starego ewolucyjnego pozytywizmu wieku XIX-go. Nowa wersja znanej historiozofii Comte'ów, Spencerów i tysięcy ich naśladowców. Mamy więc oczywiście coś w rodzaju trzech stadiów rozwoju. Pierwsze stadium prymitywne, w którym świat rzeczywisty zostaje zapełniony przez wyobraźnię człowieka prymitywnego światem duchów. Te dwa światy nie są oddzielone, lecz pomieszane w jeden dziwaczny twór wyobraźni. Prawo po-

---

1 „Diese Einstellung ist ein schrankenloser, nicht etwas blosz erkenntnisstheoretischer, sondern metaphysischer Rationalismus". *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie.* s. 27.

2 Erich Kaufmann, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie.* s. 29.

3 *Die phil. Grundlagen.* r. IV.

zytywne jest uważane za naturalne i boskie zarazem. Jest to raj kapłanów i królów, którzy uważają się za wyrazicieli woli bóstwa. Drugie stadium to stan metafizyczno-religijnego dualizmu. Człowiek zaczyna odróżniać i oddzielać świat rzeczywisty od świata nadprzyrodzonego. Widząc zmienność i niedoskonałość prawa pozytywnego, zaczyna na nie patrzeć krytycznie i dochodzi do przekonania, że jest ono tworem ludzkim. Ale wierzy, że prócz tego istnieje inne prawo, prawo boskie, naturalne, naprawdę sprawiedliwe. Tutaj występują różne odmiany światopoglądu, zależnie od charakteru człowieka. I tak mamy dualizm pesymistyczny, którego reprezentantami są święci i asceci, odnoszący się pesymistycznie do obecnego życia, a pokładający całą nadzieję w świecie pozagrobowym. Następnie dualizm optymistyczny klas panujących, który uważa rzeczywistość za możliwą do poznania przez zmysły i rozum człowieka, a teraźniejszość za dobrą. W stosunkach społecznych przedstawiciele tego poglądu są konserwatystami.

Mamy również dualizm pośredni stanowiący kompromis między obu poprzednimi. Dualista tego typu wierzy w lepszy świat pozagrobowy, ale ze spokojną rezygnacją odnosi się do świata obecnego. Jest on mniej konserwatywny niż poprzedni. Jest przekonany, że obecny stan można ulepszyć. Wierząc w przeszły raj na ziemi, ma nadzieję, że jeszcze kiedyś da się go osiągnąć po raz drugi. Wierzy więc w ewolucję.

I mamy w końcu trzecie stadium rozwoju: światopogląd naukowo-krytyczny, z którym przed chwilą zapoznaliśmy się, wykładając metafizykę Kelsena. W każdym z przedstawionych kierunków Kelsen podkreśla, podobnie jak Comte, paralelizm między poglądami na życie człowieka, na społeczeństwo (Welt- und Lebensanschaung), między filozofią przyrody a filozofią społeczną. Związek ten jest ściśle logiczny i łatwo daje się spostrzegać w idealnych, typowych poglądach, które można teoretycznie przedstawić. W praktyce życiowej związek ten nie zawsze jest urzeczywistniony: między poglądami spekulatywnymi a praktycznymi człowieka może zachodzić rozdźwięk z różnych powodów, takich jak przynależność klasowa, stosunek do władzy

państwowej itp. [1], a więc z powodów ekstralogicznych. Często nawet te względy i interesy praktyczne mogą wpływać na stanowisko spekulatywne, zmieniając je tak, że w tym znaczeniu można mówić o prymacie rozumu praktycznego nad spekulatywnym [2]. Związku między filozofią spekulatywną a praktyczną może nie być jeszcze po prostu dlatego, że dany człowiek wyrobił sobie tylko pogląd na życie, albo tylko pogląd na świat, nie zajmując się drugą częścią filozofii.

§ 2. Źródła filozofii i teorii prawa Kelsena.

a. Wpływy prawników.

Rozpoczynając badanie wpływów doktrynalnych, którym ulegał twórca czystej teorii prawa, zaznaczyć należy, że jeżeli chodzi o wpływy prawników, to sam Kelsen mówi, iż wiele zawdzięcza pracom Karola Fryderyka von Gerbera, Pawła Labanda i Jerzego Jellinka, i uważa się za członka tego kierunku nauki prawa, który oni reprezentują, kierunku, który pragnie być teorią prawa pozytywnego w przeciwstawieniu do szkoły prawa natury wieku 18-go o państwie [3], bez żadnego zabarwienia politycznego. Kierunek ten, określony jako pozytywizm prawniczy, aczkolwiek sam stanowił w dziedzinie prawa odbicie prądów umysłowych swej epoki, wykluczał badanie związku między prawem a prądami życia umysłowego czy celami społecznymi, posługując się metodą logiczno-formalną. Rozważania historyczne, polityczne i filozoficzne uważane były za pozbawione wartości dla dogmatycznego badania konkretnego materiału prawnego [4].

Założenia metodologiczne tego kierunku opierały się, jak zresztą wielka część niemieckiej nauki prawa, na krytycyzmie

---

1 *Die phil. Grundlagen.* s. 38.

2 Tamże. s. 73.

3 *Allgemeine Staatslehre.* s. V. Leibholz nazywa Kelsena „l'exécutaire testamentaire de Laband". *Les tendences actuelles de ladoctrine du droit public en Allemagne.* Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique 1931. n. 1—2. s. 208.

4 Leibholtz, op. cit. s. 207

kantowskim. Zależność od Kanta nie była jednak pełna i w pełni świadoma, natomiast u Kelsena zależność od metodologicznych założeń królewieckiego filozofa staje się zupełnie świadoma. I Kelsen ma przede wszystkim to wspólne z wymienionymi reprezentantami nauki prawa, że pragnie, jak oni, oczyścić naukę prawa od wszelkich elementów historycznych, socjologicznych i politycznych. Poza tym, mimo pewnego wspólnego podłoża filozoficznego, tak w założeniach metodologicznych jak i w rezultacie dociekań zachodzą dość znaczne różnice [1].

Tak np. podana przed chwilą za Leibholtzem ogólna charakterystyka kierunku, nie może być uważana za całkowicie trafną w odniesieniu do Jellinka. Od Jellinka wywodzą się prawdopodobnie przede wszystkim kelsenowskie tendencje do zgłębiania zagadnień metodologicznych, ten bowiem często poruszał kwestie metodologiczne. Zdaniem Peretiakowicza, „ta właśnie dziedzina stanowiła najsilniejszą stronę całej twórczości Jellinka" [2]. Twórczość ta obejmowała jednak cały szereg problemów, które Kelsen pragnął rugować z granic czystej teorii prawa [3].

b. Wpływ Kanta.

Czysty rozum Kanta, rozum oczyszczający się od danych, zaczerpniętych z doświadczenia, operujący apriorycznymi i czysto formalnymi kategoriami zaciążył tak widocznie nad duchem czystej teorii prawa, że już choćby pobieżny rzut oka na doktrynę Kelsena pozwoli zauważyć jej pochodzenie kantowskie [4].

---

1 Por. np. Treves, *Il fondamento.* § 2. *La dottrina pura del diritto e la teoria giuridica del Laband.* s. 7—13.

2 *Studia prawnicze.* s. 190, por. s. 206 n.

3 Zob. Peretiatkowicz, *Jellinek jako filozof prawa. Studia prawnicze.* s. 183—207.

4 „Dieses Postulat (das Kantsche Grundpostulat, das Postulat der Methodenreinheit) als Richtpunkt seinen rechtstheoretischen Untersuchungen vorangestellt und niemals aus den Augen verloren zu haben ist das Verdienst Hans Kelsens. Felix Kaufmann, *Kant und die reine Rechtslehre.* Kantstudien 1924. s. 241.

Wpływ Kanta widać nawet w szczegółach terminologicznych, np. u Kelsena to samo co u Kanta, przeciwstawianie pojęcia transcendentalny do transcendentny. Powinność, jako idea transcendentna tj. jako idea roszcząca pretensje do wartości absolutnej, jest niedostępna badaniom doświadczalnym, gdyż wartości absolutne leżą poza dziedziną naukowego badania. Natomiast powinność, jako kategoria transcendentalna w sensie teorio-poznawczym, logicznie poprzedza i umożliwia wszelkie doświadczenie i jest warunkiem całej wiedzy prawnej [1]. Pomijając jednak te szczegóły terminologiczne, należy podkreślić, że podstawowe założenia czystej teorii prawa, mianowicie rozdzielenie *Sein* i *Sollen*, oraz rozdzielenie formy i treści, wywodzą się z krytyki czystego rozumu. Kant dał naukowe podstawy do rozdzielenia sfer bytu i powinności (Sein, Sollen). Rozdzielenie i uniezależnienie tych dwu dziedzin opiera się na samoistności rozumu praktycznego w stosunku do teoretycznego [2].

Nawiązując do interpretacji Kanta przez Windelbanda i Simmla, Kelsen rozróżnia i oddziela rzeczywistość i powinność. Ta ostatnia staje się dlań wyrazem samoistności prawa, będącego przedmiotem nauk prawnych, w odróżnieniu od dającej się badać socjologicznie rzeczywistości społecznej. Powinność jest wyrażana za pomocą norm, a rzeczywistość za pomocą praw natury. Pojęcie powinności zostaje całkowicie oddzielone od skuteczności, od urzeczywistnienia normy. Powinność istnieje nawet wtedy, gdy nie zostaje urzeczywistniona. Złodziej powinien zostać ukarany nawet wtedy, gdy kradzież nie zostanie odkryta, lub gdy ujdzie kary. Momenty dotyczące zrealizowania normy, a należące do dziedziny rzeczywistości nie mają wcale wpływu na istnienie powinności. Istotę normy tworzy nie skuteczność nakazu zawartego w normie, lecz sam nakaz, samo ustanowienie pewnej powinności [3].

---

1 *Reine Rechtslehre.* par. 11, a i b. s. 20—24.

2 Por. *Hauptprobleme.* s. VI.

3 *Hauptprobleme.* s. 13 i cały R. II.

Zdania prawne, stanowiące powinność, mówią nie o tym, co się rzeczywiście dzieje, nie o związkach przyczynowych między zdarzeniami, ale o specyficznym związku normatywnym — o zarachowaniu prawnym, niezależnym od tego czy między elementami zarachowania zachodzą rzeczywiście takie związki, które zachodzić powinny [1]. Powinność nie jest jakimś kwalifikowanym stanem rzeczywistości. Powinność i rzeczywistość są to dwie kategorie zupełnie niezależne od siebie i niesprowadzalne jedna do drugiej [2].

Z kantyzmu wywodzi się nie tylko całkowite rozdzielenie bytu i powinności, ale również i formalizm Kelsena: rozdział formy i treści prawa. Zbyt dobrze znana jest nauka Kanta o czystych czyli formalnych kategoriach poznania, transcendentalnych i apriorycznych tj. logicznie poprzedzających wszelkie doświadczenie, aby trzeba ją było tutaj szerzej rozwijać. Kategorie transcendentalne, są warunkiem możliwości poznania doświadczalnego. One przyjmują jakby w gotowe formy, cały materiał dostarczany przez doświadczenie. Rzeczywistość nie może być poznawana ani myślana inaczej jak w tych kategoriach. Dzięki nim pojęcia naukowe mają charakter powszechny i konieczny. Wzorem nauki jest matematyka, której pojęcia osiągają idealną powszechność i konieczność [3].

Kelsen również sądzi, że nauka musi być formalna, że pojęcia z istoty swej są formalne. Uznaje on w zasadzie możliwość naukowego badania treści prawa, ale zarazem utożsamia badanie treści prawa z polityką i uważa to za badanie nienaukowe, za czysto subiektywną ideologię bez żadnych obiektywnych podstaw [4].

---

1 *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff.* s. 96. Por. F. Kaufmann, *Kant und die reine Rechtslehre.* s. 232 n.

2 *Hauptprobleme.* s. VI i s. 8.

3 Por. Jöckel. *Hans Kelsens Rechtstheoretische Methode.* Tübingen 1930. s. 41, 53; 158 n.

4 *Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre.* Sonderdruck aus Heft 23 der Juristischen Wochenschrift. Leipzig 1929. s. 4—10.

Czysta teoria prawa ma być geometrią zjawiska prawnego [1], uniwersalistyczną nauką prawną obejmującą w zasadzie całość prawa [2], operującą apriorycznymi, czysto formalnymi pojęciami [3]. Leitmotywem filozofii Kanta jest motyw czystości. Oczyszczenie rozumu z danych empirycznych, dojście do poznania i krytyki takiego czystego rozumu, to podstawowy motyw krytycyzmu kantowskiego. Ten motyw jest również centralnym tematem doktryny Kelsena: jego zadaniem oczyścić naukę prawa od obcych naleciałości, jego teoria ma być czystą teorią prawa. I u Kanta i (u Kelsena to samo pomniejszenie treściowych elementów poznania, kosztem elementów formalnych; to samo niedocenianie czynników empirycznych, ten sam formalizm czystego rozumu.

Jak Kant przyjmuje jako postulat, że można oczyścić „rozum ze wszelkiej treści pochodzącej z doświadczenia i że można przeprowadzić krytykę takiego czystego rozumu, badając tylko formę poznania po oddzieleniu jej od materii [4], podobnie Kelsen przyjmuje *a priori* jako założenie, że powinność prawną, i w ogóle wszystkie pojęcia prawne, można tak oczyścić, aby badać je z punktu widzenia czysto formalnego, niezależnie od jakiejkolwiek treści, i postuluje, że istnieją transcendentalne kategorie prawne, aprioryczne, niezależne od wszelkiego doświadczenia, będące warunkiem prawa. Wszystkie pojęcia czystej teorii prawa mają być właśnie takimi czystymi, transcendentalnymi kategoriami prawnymi, stanowiącymi warunek możliwości badań prawnych nad konkretnymi systemami prawnymi.

Czystość teorii prawa Kelsena jest więc równoznaczna z jej formalizmem, polega ona bowiem na oczyszczeniu nauki prawa

---

1 *Hauptprobleme.* s. 93.

2 *Reine Rechtslehre.* par. 26: „der universalistische Charakter der Reinen Rechtslehre".

3 „W gruncie rzeczy metoda Kelsena, dążąca do poznania samych form prawa ac si de lineis et figuris questio esset, stoi pod hypnozą teorii Kanta o formach myślenia". Druks, *Z zagadnień filozofii prawa. Kelsen i jego szkoła.* Przegląd współczesny. sierpień 1924. s. 283.

4 Por. A. Jakubisiak, *Od zakresu do treści.* Warszawa 1936 s. 33.

ze wszelkich elementów socjologicznych i etyczno-politycznych, a więc elementów treściowych. Czystość wymaga całkowitego sformalizowania nauki prawa [1]. W dziełach swoich Kelsen buduje taką czystą teorię prawa, teorię czysto formalną, pragnącą poznać i określić podstawowe pojęcia prawne tj. transcendentalne kategorie prawne, które są warunkiem poznania prawa w ogóle, i mają zastosowanie do wszelkiej treści prawnej w każdym systemie prawnym. *Allgemeine Staatslehre* i *Reine Rechtslehre* są ogólne i czyste w tym właśnie znaczeniu. Z założenia pozostawiają na boku wszystkie problemy dotyczące treści prawa. Kelsena określono jako mistrza formalizmu prawnego [2].

c. Odchylenia od doktryny kantowskiej. Polemika z Sanderem.

Kant był wprawdzie geniuszem filozoficznym i jego filozofia teoretyczna, jest jakby specjalnie wskazana na podstawę pozytywistycznej nauki prawa i państwa, jednak w walce, którą prowadził przeciw metafizyce nie poszedł on, zdaniem Kelsena, do końca. Kelsen zarzuca mu, że w nauce o rzeczy w sobie pozostawił jeszcze resztki metafizyki. Nie mógł się on z niej całkowicie oswobodzić, gdyż silnie tkwił swą osobowością w chrześcijaństwie. Najwyraźniej ma być to widoczne w jego filozofii praktycznej, w której porzuca swoją motodę transcendentalną wpadając w metafizyczny dualizm nauki prawa naturalnego, a zarazem w sprzeczność z częścią teoretyczną swej filozofii [3]. Toteż Kelsen nie we wszystkim jest wierny staremu filozofowi z Kró

---

1 Por. Jöckel, *Hans Kelsens Rechtstheoretische Methode.* s. 3.

2 Petraschek, widzi w Kelsenie i wiedeńskiej szkole prawa, kulminacyjny punkt (Gipfelpunkt) racjonalistycznego procesu opróżniania rzeczywistości. *System der Rechtsphilosophie*, wyd. Herder. 1932. s. 397. Erich Kaufmann zaś mówi: „Er (Kelsen) ist der Meister des Rechtsformalismus der die anderen „meistert". *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie* s. 79.

3 „Allerdings musz zugegeben werden, dasz die Kantsche Ethik und Rechtsphilosophie durchaus in metaphysisch-naturrechtlichen Bahnen verläuft, Nicht auf sie, nur auf die Kantsche Erkenntnistheorie stützt sich die Reine Rechtslehre". *Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung.* s. 463 nota. Por. *Die philosophischen Grundlagen.* s. 75 n.

lewca. Mimo całego uznania dla jego zasług, nie transponuje do dziedziny prawa metody stosowanej w *Krytyce czystego rozumu*, tak jak to przed nim czynił Stammler, a po nim Sander. Polemika z tym ostatnim [1] wywołana przez gwałtowny jego atak na teorię Kelsena, uwypukla różnice doktrynalne dzielące Kelsena od Kanta. Sander, pragnąc wprowadzić do nauki prawa metodę krytyczną, stosowaną przez Kanta do nauk przyrodniczych, wytyka Kelsenowi cały szereg jego odchyleń od ortodoksyjnej doktryny Kanta, jako popełnione przezeń błędy. Wychodząc z kantowskiego pojęcia poznania jako, syntezy materiału doświadczalnego i apriorycznych kategoryj rozumu, oraz uważając prawo za zespół sądów syntetycznych, za ciągłą syntezę pojęć i faktów, Sander zarzuca Kelsenowi, że zupełnie zaniedbuje empiryczne dane prawne, że redukuje całą rzeczywistość prawną do prostej formy pojęciowej, zapominając o nierozłącznej współzależności, jaka istnieje między formą i treścią oraz między pozytywnością a faktycznością, zarzuca mu dalej, że wprowadzając do swego systemu kryteria transcendentalne, np. postulat systematycznej jedności porządku prawnego, czyni zeń coś w rodzaju logicznego prawa naturalnego [2].

Replikując na te zarzuty, Kelsen oświadcza, że odchylenia od ortodoksyjnego kantyzmu nie są wynikiem niezrozumienia przezeń doktryny Kanta, lecz rezultatem świadomej postawy.

U Kanta, mimo całego formalizmu i aprioryzmu, który akcentuje on w pierwszej części *Krytyki czytego rozumu*, w *Logice transcendentalnej*, poznanie jest syntezą apriorycznych kategoryj i materii dostarczanej przez doświadczenie. Dominującą jest więc u Kanta zasada syntezy, którą rozwija w dalszych częściach *Krytyki*, w *Estetyce* i *Dialektyce transcendentalnej*.

---

1 *Rechtswissenschaft und Recht.* Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der „Rechtsdogmatik" Zeitschr. für öff. Recht Band III. Heft 1—2. *Hauptprobleme.* s. XXI- XXII.

2 Fritz Sander, *Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung.* Kritische Studien zur Rechtslehre Hans Kelsens. Zeitschr. f. öff. Recht 1921, Band II. s. 511 n.; *Kelsens Rechtslehre*, Kampfschrift wider die normative Jurisprudenz, Tübingen 1925. s. 51 n.; por. E. Kaufmann, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie.*

Kelsen porzuca tę zasadę i dalej idąc w aprioryzmie niż Kant, wyklucza z poznania prawnego wszelkie elementy *a posteriori* wszelki materiał doświadczalny. Będąc zdania, że metoda krytyczna, którą Kant stosował do nauk przyrodniczych, nie może mieć zastosowania do prawa, które leży zupełnie w innej dziedzinie niż przedmiot tamtych nauk: w dziedzinie powinności, odrębnej od dziedziny bytu [1], Kelsen ogranicza się do przejęcia od Kanta nauki o formalnych i apriorycznych kategoriach, wyłożonej w *Logice transcendentalnej.*

Dla Kelsena, nauka prawa staje się systemem czysto formalnych pojęć i zdań, nauką normatywną, pozbawioną związku z dziedziną rzeczywistości, jedynym bowiem jej materiałem są zdania prawne, niezależne od danych zmysłowych, od faktyczności (Faktizität) [2] norm. Prawo nie jest już, jak dla Sandera, stałą syntezą pojęć i faktów, dostarczonych przez doświadczenie, lecz zespołem pojęć będących wyłącznie produktem pracy intelektu [3].

Kelsen podkreśla twórczy charakter nauki prawa. Porządek prawny, konstytucja, ustawy, jako takie, należą do sfery alogicznej. Dopiero nauka prawa tworzy z nich zadania prawne, a przez to czyni je przedmiotem poznania prawnego. Cóż jest bowiem dane w doświadczeniu? Nie prawo gotowe, lecz surowy materiał w postaci aktów woli i działań. Ten materiał uzyskuje prawne znaczenie dopiero dzięki podporządkowaniu go jakiejś normie prawnej, a w ostatecznej analizie, dzięki możliwości sprowadzenia go do normy podstawowej. Normę podstawową zaś, jak i pozostałe normy, tworzy nauka prawa. A więc nauka prawa, nadająca aktom znaczenie obowiązującego porządku, tworzy prawo. W ten sposób nauka prawa staje się w gruncie rzeczy ostatecznym źródłem prawa [4].

---

1 T r e v e s, *Il fondamento.* s. 13—18.

2 *Rechtswissenschaft und Recht.*

3 Por. B i n d e r, *Philosophie des Rechts.* Berlin 1935. s. 169; T r e v e s, *Il fondamento.* s. 23; M a r c k, *Substanz- und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie.* s. 54.

4 *Rechtswissenschaft und Recht. Reine Rechtslehre,* s. 6. Por. T r e-

Na takie poglądy złożył się wpływ różnych prądów filozofii współczesnej, które rozwijały i uzupełniały starą doktrynę krytycyzmu kantowskiego. W filozofii współczesnej daje się zauważyć pewien ogólny kierunek, zdążający do zastąpienia pojęcia substancji pojęciem relacji, pojęciem stosunku. Charakterystyczne są słowa Höffdinga: „substancja", pisze on, „jest przykładem zanikającej, jeśli już niezamarłej kategorii"; Kanta rzecz w sobie była jedną z jej ostatnich form" [1]. Kierunek ten rozpada się na cały szereg prądów o różnej mocy i nasileniu. Zaliczyć tu należy przede wszystkim neokantyzm obydwu szkół: południowo-niemieckiej (Windelband, Rickert) oraz jeszcze w większym stopniu szkoły marburskiej (Cohen, Natorp, Cassirer), dalej w pewnym stopniu fikcjonalizm Vaihingera.

Poszczególne te szkoły, często przeciwstawiające się sobie zgadzają się w negatywnym ustosunkowaniu do pojęcia substancji.

Substancja, „rzecz" znika, rozpływa się w szeregu myślowych stosunków. Przedmiot poznania jest wytwarzany w całym szeregu myślowych operacyj; nie przedstawia czegoś stałego, danego. Jest to po prostu każdorazowy punkt postoju w nieskończonym postępie wiedzy. Ostateczne określenie przedmiotu jest nigdy niekończącym się, więc właściwie nieosiągalnym zadaniem [2]. Reprezentanci tego kierunku w nauce prawa są, każdy na swój sposób, Stammler, Kelsen, Binder.

Kelsen wyławia wspólne tony dźwięczące w różnych kierunkach filozofii współczesnej, zbiera je z różnych stron, aby włączyć do swego systemu i w tym właśnie widać wspomniany wysiłek, aby oddaloną prowincję prawoznawstwa wciągnąć w

---

ves, *Il fondamento*. s. 19. Sander, *Kelsens Rechtslehre*. s. 27 n., 74, 76; Legaz y Lacambra, *Die ontologische Grundlage der reinen Rechtslehre* in Zeitschr. f. öff. Recht. 1923. Bd. XII. s. 646.

1 „Die Substanz ist ein Beispiel einer abstrebenden, wenn nicht schon abgestorbenen, Kategorie; Kants, Ding an sich war eine ihrer letzten Formen. Höffding *Der menschlihe Gedanke*. Leipzig 1911. s. 238. cyt. Treves, *Il diritto come relazione*. s. 7.

2 Por. Marck, *Substanz- und Funkionsbegriff*. s. 1 n.

centrum prądów filozofii współczesnej [1]. Staje on zdecydowanie pod sztandarami funkcjonalizmu przeciw ontologizmowi. W pojęciach czystej teorii prawa nie ma poszukiwania istoty rzeczy, zarzucony jest wszelki ontologizm czy substancjalizm, a zastąpiony przez funkcjonalizm i relatywność (Relationsbegriff). Widać to jasno w pojęciach państwa, przedmiotu prawa, osoby prawnej, w podziale prawa na publiczne i prywatne, a więc w tych wszystkich pojęciach, które koncentrują się koło problemu osobowości. Wszędzie następuje zmiana pojęć substancjalistycznych na funkcjonalistyczne [2]. R. Treves charakteryzuje doktrynę Kelsena jako zastosowanie do dziedziny prawa teoretycznej zasady przemiany substancji w relację oraz zredukowanie całej filozofii do logiki prawa [3], a Sander powiada, że w całej doktrynie Kelsena przewija się jak czerwona nić fatalny błąd, który popełnia Cohen, błąd polegający na uważaniu prawa za jakiś noetyczny funkcjonalny związek, niemający żadnego odpowiednika podmiotowego [4].

d. Wpływ Hermana Cohena.

Herman Cohen, twórca szkoły marburskiej w neokantyzmie [5], rozwija wyłącznie logikę transcendentalną Kanta, z pomi-

---

1 „Czym jest kelsenizm w nauce prawa? Jest on na terenie tej wiedzy tym, czym kantyzm, a później neokantyzm i szkoła marburska, a również w pewnej mierze vaihingerowska nauka fikcji, stały się dla współczesnej nam filozofii". A. Mycielski, *Prosty rozum, a współczesna ogólna nauka o prawie.* Ogólna nauka o prawie. Studia pod redakcją prof. B. Wróblewskiego. t. I. s. 127 (3).

2 Np. *Reine Rechtslehre*, s. 23: „Es handelt sich in beiden Fällen nur um den Ausdruck des für das jeweilige System — hier die Natur, dort das Recht — spezifischen funktionellen Zusammenhangs der Elemente".

3 *Il diritto come relazione.* s. 125.

4 „Aber Cohen verfällt hier in neuen verhangnisvollen Irrtum, der auch Kelsens Rechtslehre wie ein roter Faden durchzieht: dasz namlich „Recht" ein lediglich „noetischer", „funktioneller" Zusammenhang ohne „noematisches", ohne Gegenstandskorrelat sei". *Kelsens Rechtslehre.* s. 130.

5 Najważniejsze prace: *Logik der reinen Erkenntnis* 1902. *Ethik des reinen Willens* 1904, *Aesthetik des reinen Gefühls* 1912. Razem składają się na *System der Philosophie.*

nięciem estetyki i dialektyki transcendentalnej. W teorii poznania kantowską zasadę syntezy zastępuje zasadą tworzenia. Poznanie przestaje być syntezą apriorycznych elementów z materiałem dostarczonym przez doświadczenie, a staje się po prostu wytworem umysłu. Rozum staje się suwerenny w tworzeniu pojęć, niezależny od rzeczywistości. Nauka zamiast poznawać swój przedmiot wytwarza go w procesie poznania. Granice między bytem realnym a idealnym zacierają się. Nie metoda poznania stosuje się do przedmiotu poznania, lecz przedmiot staje się produktem metody. Człowiek poznaje tylko zawartość swej świadomości, rzeczywistość jest wytworem jego myślenia. Na tym polega kopernikańskie odkrycie szkoły marburskiej, odkrycie o wiele dalej idące, niż to, którym szczycił się Kant: rzecz, nie tylko, jak u Kanta, stosuje się do transcendentalnych warunków poznania, lecz staje się już ona całkowicie wytworem poznania. W taki sposób ten odłam neokantyzmu odrzuca z filozofii Kanta wszelką psychologię i metafizykę, redukując całą filozofię do czystej logiki. Rzeczywistość dla tej szkoły, to tylko rzeczywistość pomyślana. Myślenie pojęte jako przedmiot myślenia, czyli jako wartość logiczna, stanowi prawdziwą rzeczywistość. Cała etyka zostaje sprowadzona do logiki powinności, a raczej nawet logika prawa podniesiona do godności etyki [1].

Dualizm teoriopoznawczy, który Kelsen od początku wyznawał, stanowił grunt podatny do przyjęcia tych poglądów Cohena. Dualizm bytu i powinności przygotował monizm albo, jak trafnie określił Duguit, panteizm prawniczy [2].

Pod wpływem Cohena, którego prace poznał dopiero w 1912 r., a więc już po ogłoszeniu *Hauptprobleme*, Kelsen w pełni zrozumiał, jak sam pisze w przedmowie do drugiego wydania tej pracy, konsekwencje dualizmu teoriopoznawczego. Zrozumiał mianowicie, że przedmiot poznania jest całkowicie za-

---

1 Por. Treves, *Il fondamento*. s. 21--28; *Il diritto*. s. 35—40.

2 Duguit, *Traité de droit constitutionnel*. s. 51. Wyd. 3-cie.

leżny od kierunku poznania [1]. Przy czym to zrozumienie poszło tak daleko, że w r. 1916 dochodzi do zupełnie otwartego utożsamienia przedmiotu i metody: „nie są to, powiada, dwa różne pojęcia, lecz tylko dwie strony jednej i tej samej funkcji poznania" [2].

Wpływ szkoły marburskiej sprawił, że Kelsen nie widzi, lub przynajmniej nie docenia, rozróżnienia między bytem idealnym i realnym. Ten sam wpływ szkoły marburskiej sprawia, że, zdaniem Kelsena, prawnik ujmuje wszystko jako prawo, podobnie jak, według tej szkoły, człowiek poznaje tylko zawartość swej świadomości [3]. Jak legendarny król Midas przez swoje dotknięcie wszystko zmieniał w złoto, tak też prawnik wszystko czego się dotknie zmienia w normy prawne. W swoim dążeniu do metodycznej czystości Kelsen idzie tak daleko, że nie tylko wzbrania się uznać bytu za podstawę powinności, głosząc, że powinność można wyprowadzić tylko z innej uprzedniej powinności, ale nawet podmiot powinności „oczyszcza" ze wszelkich elementów rzeczywistości: państwo staje się normą, prawo subiektywne—normą, obowiązek—normą, człowiek nawet—normą. Wszystko to są twory formalno-logiczne należące do dziedziny czystej powinności i przedstawiające bądź cały system norm (państwo), bądź pewną jego część (osoby prawne i tzw. osoby fizyczne jako podmioty prawne). Prawnik obraca się w swoim odrębnym świecie, w obrębie którego nie ma nic prócz prawa, tak że nawet nie można stawiać pytania czym się różni norma prawna od in-

---

1 „die Erkenntnisrichtung den Erkenntnisgegenstand bestimmt, der Erkenntnisgegenstand aus einem Ursprung logisch erzeugt wird". *Hauptprobleme.* s. XVII.

2 „...weil mit „Gegenstand" und „Methode" gar nicht zwei verschiedene Begriffe, sondern nur zwei Seiten derselben Erkenntnisfunktion bezeichnet werden". *Rechtswissenschaft als Norm- oder Kulturerscheinung.* s. 152.

3 „juristisch erkennen oder rechtlich begreifen nichts anderes bedeutet, als etwas als Recht begreifen". *Hauptprobleme.* s. XVII. „Etwas rechtlich begreifen kann nichts anderes heiszen, als: etwas als Recht begreifen". *Reine Rechtslehre.* s. 6. por. Hold-Ferneck, *Staat als Übermensch.* s. 26.

nych norm, bo innych norm, w świecie prawnika nie ma [1]. Jest to tak zwana zasada immanencji.

Prostą konsekwencją takich poglądów było zupełnie wyraźne uznanie tożsamości państwa i prawa. Stara doktryna upatrywała w państwie organizację siły, władzę itp. i próbowała rozwiązać nierozwiązalny, zdaniem Kelsena, problem stosunku prawa do państwa. Kelsen, jak mówiliśmy (s. 20—21), rozwiązuje ten problem w ten sposób, że znosi po prostu jeden z członów zagadnienia. Organizacja siły, władza itp. to pojęcia socjologiczne, polityczne, pojęcia z dziedziny bytu. W dziedzinie prawa, w dziedzinie normatywnej nie ma na nie miejsca. Skoro „poznać coś prawnie lub prawnie określić nie oznacza nic innego, jak określić coś jako prawo", to państwo jako przedmiot poznania prawnego, nie może być niczym innym jak prawem. Jeżeli zaś państwo jest tym samym co prawo, to wszelka nauka o państwie może być tylko nauką o prawie. Nie może być nauki socjologicznej o państwie, jako o naturalnej społecznej rzeczywistości, obok nauki prawnej o państwie, jako o istocie prawnej, leżącej w dziedzinie powinności. Tak zwana teoria o dwu stronach państwa (Zwei-Seiten Theorie) musi być odrzucona. Jeden i ten sam przedmiot poznania nie może być określony przez dwa odmienne kierunki badania, przez kierunek przyczynowy i normatywny.

W stosowaniu zasad logiki czystego poznania do prawa jest Kelsen początkowo bardziej rygorystyczny niż sam Cohen, który w swej *Etyce czystej woli* nie śmiał wyciągnąć wszystkich konsekwencyj z zasad ustalonych w *Logice*, i jest oskarżany przez niektórych [2], o naturalizm, o porzucenie metody transcendentalnej i wmieszanie metafizyki do etyki, w tym punkcie, w którym określa pojęcie osoby jako syntezę całości (Allheit) i indywidual-

---

1 „Juristische Erkenntnis aber setz das Recht als ausschlieszliches, 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, alles ist Recht". *Das Problem der Souveränität*... s. 14 nota.

2 Np. T r e v e s, *Il fondamento*... s. 25; *Il diritto*... s. 39-49.

ności [1]. Natomiast Kelsen jedyny z pośród przedstawicieli neokantyzmu ma stosować metodę logiki czystego poznania do dziedziny prawa bez tych domieszek metafizycznych [2]. Poglądy te w *Reine Rechtslehre* doznały pewnych zmian, o czem wyżej była mowa [3].

e. Wpływ fikcjonalizmu Hansa Vaihingera.

Vaihinger, który rozwijał w swoisty sposób system Langego, badał specjalnie rolę fikcyj w nauce [4]. Jego zdaniem rzeczywistość jest niepoznawalna. Poznanie jest łańcuchem fikcyj stale zmieniających się zależnie od faktycznych potrzeb. Pojęcia matematyczne: punkt, linia, płaszczyzna, przestrzeń itp.; pojęcia nauk fizycznych: materia, atom; pojęcia metafizyczne, jak byt sam w sobie, substancja, przyczyna; pojęcia religijne: Bóg, nieśmiertelność, Opatrzność — wszystko to są fikcje. Fikcje te, chociaż niezgodne z rzeczywistością i często sprzeczne ze sobą, są pożytecznym środkiem dla ułatwienia działania. Należy tak żyć i postępować jakby (als-ob) Bóg istniał, jakby istniał obowiązek moralny, nagrody i kary za czyn jakby człowiek był wolny, nieśmiertelny itp. Celem poznania nie jest prawda, lecz korzyść

---

1 „Das ethische Subjekt musz also zugleich Allheit und Individuum sein". *Ethik..*, s. 77. cyt. in *Il diritto...* s. 39.

2 Alf Ross mówi o rygorystycznej konsekwencji (rigoristische Konsequenz), z jaką Kelsen walczy zarówno przeciw prawno naturalnemu jak i przyrodniczemu (tj. socjogicznemu) synkretyzmowi metodycznemu w nauce prawa. *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen.* wyd. Deuticke 1929. s. 192. Zdaniem Trevesa „uno solo degli indirizzi neo- kantiani, e, precisamente, quello della scuola del Kelsen, ha applicato infatti integralmente e conscientemente al campo giuridico il principio da noi spiegato (il principio della risoluzione della sostanza in relazione)", *Il diritto...* s. 19.

3 Zob. R. I.

4 *Philosophie des Als-ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menscheit auf Grund eines idealistischen Positivismus.* Berlin. 1-e wyd. 1911. *Hauptprobleme...* s. XVII. Kelsen poświęcił Vaihingerowi specjalną rozprawę *Zur Theorie der Juristischen Fikionen mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob.* in Annalen der Philosophie. t. 1, 1919. s. 630-658.

dla życia, pokierowanie działaniem i umożliwienie lepszego rozwoju biologicznego. Prawda jest tylko najwyższą korzyścią wyciągniętą z błędu, jest „najbardziej celowym błędem czyli takim wyobrażeniem, które najszybciej, najpewniej, przy najmniejszym obciążeniu pierwiastkami racjonalnymi umożliwia nam obliczenie i wykonanie czynu". Filozofię Vaihingera nazwano najgłębszym przejawem niemieckiego pragmatyzmu, stanowiącym odpowiednik do pragmatyzmu amerykańsko-angielskiego [1].

W nauce prawa pokutuje również, zdaniem Kelsena, cały szereg fikcyj uosabiających. Pod tym względem stoi ona całkowicie na stopniu mitologii, która poza drzewem czy źródłem doszukiwała się jakiegoś bożka, poza słońcem — Apollina, podwajając w ten sposób jednocześnie i naturę i przedmiot poznania [2]. Przykładami fikcyj prawnych są dla Kelsena pojęcia podmiotu prawa, prawa podmiotowego, a przede wszystkim samo pojęcie państwa, które jest klasycznym przykładem tzw. fikcyj uosabiających [3]. Pojęcie państwa zostaje uosobione w tym celu, aby uprościć i ułatwić zrozumienie i wyrażenie wielości stosunków prawnych zachodzących między ludźmi. Pojęcie to gra w nauce prawa taką samą rolę jak pojęcie siły w fizyce, pojęcie duszy w psychologii i w ogóle pojęcie substancji w naukach przyrodniczych. W szeroko zakrojonej paraleli między pojęciem substancji w naukach przyrodniczych, a pojęciem państwa w naukach prawnych Kelsen stara się wykazać niedopuszczalne, zdaniem jego, personifikowanie pewnych zjawisk. Substancja jest czymś

---

1 „die tiefere deutsche Parallelerscheinung zum amerikanisch-englischen Pragmatismus", Überweg *Grundriss der Geschichte der Philosophie.* IV wyd. 12, 1923. s. 411. Por. Treves, *Il fondamento* .. s. 34, 38. Jöckel, *Kelsens Rechtstheoretische Methode.* s. 76 n.; Castiglia, *La filosofia dell Als ob nel diritto* in Riv. Int. di Fil. del Diritto. 1926. s 98 n. J. Pastuszka, *Filozofia współczesna.* Warszawa 1934. t. 1. s. 111 n. Obszerniejszy wykład i krytykę teorii Vaihingera daje A. Mycielski, *Fikcjonalizm w prawie i nauce prawa.* Wilno 1938.

2 *Das Problem der Souveranität.* s. 18.

3 „ein klassisches Beispiel der sogennanten personifikativen Fiktionen", *Staatsbegriff.* s. 205.

trwałym, czymś niezmiennym, co znajduje się u podstawy wszystkich zmian, którym podlega rzecz. Jako coś trwałego ma ona w pojęciach ludzkich wartość większą od zmieniających się fenomenów. Podobnie państwo jest czymś trwałym, czymś co znajduje się u podstawy wszystkich zmian prawnych.

Wszędzie umysł ludzki ma tendencję do personifikowania pojęć, do przemiany środków poznania na przedmioty poznania. W ten sposób przedmiot poznania zostaje podwojony i powstaje cały szereg pozornych problemów dotyczących stosunków między elementami tak podwojonego przedmiotu poznania. Za przykład może służyć problem stosunków prawa do państwa. Problemy te można rozstrzygnąć tylko w jeden sposób, a mianowicie sprowadzając pozorną dwoistość przedmiotu do jego pierwotnej jedności, a więc sprowadzając państwo do prawa, względnie rzecz do stosunków, czy substancję do funkcyj.

Śledząc krok za krokiem krytykę substancji, czy to ze strony pozytywizmu (Avenarius, Petzoldt), czy też ze strony krytycznego idealizmu (Cassirer, Sander), Kelsen stara się wykazać, że cała krytyka, którą uczyniono w naukach przyrodniczych w stosunku do pojęcia substancji, da się prawie dosłownie zastosować do pojęcia państwa [1].

Należy wyeliminować z nauki prawa pojęcie państwa, jako czegoś odrębnego od porządku prawnego, podobnie jak wyeliminowano ze współczesnej fizyki pojęcie siły, a z psychologii pojęcie duszy odrębnej od aktów psychicznych. I można będzie odtąd mówić o istnieniu nauki o państwie bez pojęcia państwa, w tym znaczeniu jak dziś, po krytyce pojęcia substancji przez takich myślicieli jak Locke, Hume, Kant, Mach, Avenarius, mówi się o psychologii czyli o nauce o duszy bez duszy i o fizyce czyli nauce o siłach bez pojęcia siły. Taka nauka o państwie będzie to nauka o prawie. Dla wyrażenia jedności porządku można zachować określenie państwo lub osobowość państwa, ale

---

[1] *Allgemeine Staatslehre. par. 16. Staatsbegriff.* Rozdziały 10, 11, 12. *Reine Rechtslehre.* s. 126 n.

będzie się już unikało tego wszystkiego, co prowadzi do uosobienia, do hypostazowania tego pojęcia. W tym wszystkim wyraźnie przebija wpływ filozofii fikcji Vaihingera.

f. Wpływ Ernesta Macha.

Na Kelsena wywarł też wpływ Ernest Mach, który obok Avenariusa reprezentuje niemiecki empiriokrytycyzm, zbliżający się w niektórych tezach do pragmatyzmu. Mach podziela antymetafizyczne nastawienie drugiej połowy XIX w., ale zarazem jest przeciwnikiem kantowskiego krytycyzmu. Jest on czystym empirykiem i odrzuca wszelkie aprioryczne elementy poznania. Redukując całą rzeczywistość do czuć głosi rodzaj pansensualizmu. Ciało jest niczym innym jak sumą czuć dotykowych i świetlnych. Poza swoje czucia wyjść nie możemy. Taki świat, jaki się przedstawia naszym zmysłom, musimy uważać za prawdziwy. Innymi słowy, w teorii poznania musimy się zadowolić naiwnym realizmem, starając się tylko wyzyskać naszą wiedzę praktycznie. Mach odrzuca również pojęcie substancji i pojęcie przyczyny, zastępując je matematycznym pojęciem funkcji. Obok pansensualizmu najważniejszym punktem jego nauki jest głoszona przezeń zasada ekonomii myślenia. Jego zdaniem, akt poznania tak jak każdy akt biologiczny, ma na celu coraz lepsze przystosowanie się do warunków zewnętrznych i to kosztem możliwie najmniejszego wysiłku. Cała nasza wiedza ma cel utylitarny: utrzymanie się przy życiu. Nauki są rodzajem zespołu narzędzi dla myślenia i działania, mającym nam ułatwić przejście przez świat. Każda nauka ma zastąpić i oszczędzić doświadczeń, przekładając fakty na pojęcia, pojęciami łatwiej bowiem posługiwać się i operować niż faktami. Zasada ekonomii myślenia (denkökonomisches Prinzip) prowadzi do zbierania wielu wrażeń w jedno pojęcie, a następnie do ujęcia największej ilości faktów w możliwie prostą formułę, w jedno prawo. W ten sposób nauka pozwala zrozumieć i opanować świat przy najmniejszym wysiłku [1].

---

[1] Überweg, *Grundriss der Geschichte der Philosophie.* IV Teil. Klimke, *Historia filozofii.* t. II. s. 213. Tatarkiewicz, *Historia filo-*

Prawo ekonomii myślenia było zastosowane przez Macha do dziedziny eksplikatywnej. Kelsen rozciągnął je na dziedzinę normatywną tworząc analogiczne doń prawo ekonomii wartości. Stosownie do tego prawa dla powinności należy wybierać taką podstawę, aby treść powinności pokrywała się możliwie najbardziej z treścią rzeczywistości, to znaczy, aby możliwie największa ilość faktów z dziedziny bytu odpowiadała wymaganiom powinności. Wpływ ekonomicznej zasady myślenia Macha staje się specjalnie widoczny w teorii normy podstawowej. Kelsen wysuwa zasadę, że normę podstawową, o której skądinąd wiadomo, że jest hipotetyczna i względna, należy wybierać tak, aby była ona możliwie najbardziej skuteczna, t. zn. aby jak najwięcej rzeczywistych działań ludzkich było z nią uzgodnionych. Innymi słowy, Kelsen wysuwa postulat, aby treść powinności odbiegała jak najmniej od treści rzeczywistości [1]. Wpływów Macha można się dopatrzeć również w poglądach Kelsena na problem prawa sprawiedliwego. Ten problem dla Kelsena nie istnieje. Z założenia wykreśla on go z granic swych dociekań. Pragnie on tylko systematycznie rozwinąć możliwe hipotezy i przemyśleć wszystkie wypływające z nich konsekwencje. Podobnie u Macha nie chodzi o odkrycie prawdy, lecz tylko o takie ujęcie rzeczywistości, któreby najbardziej ułatwiało działanie [2].

g. Wpływ Husserla.

Wpływ fenomenologii Husserla na doktrynę Kelsena jest niezmiernie trudny do ustalenia, autor czystej teorii prawa wyła-

---

zofii. t. II. s. 259. Straszewski, *Obecny przełom w teorii poznania.* Przegl. fil. 1902. s. 261 n. Z *Denkönomisches Prinzip* Macha rzecz ma się podobnie jak z pojęciem *homo oeconomicus.* Są to koncepcje czysto teoretyczne mówiące jakby, logicznie sądząc, wypadki zachodzić powinny, ale nie jak rzeczywiście zachodzą. Por. Verdrosz, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes.* s. 79 n.

[1] *Das Problem der Souveränität...* s. 99. Por. Jöckel, *Kelsens Rechtstheoretische Methode.* s. 5, 70.

[2] *Das Problem der Souveränität...* s. 103. Por. Jöckel, *op. cit.* s. 71, 183; Treves, *Il fondamento...* s. 33-34.

wia bowiem z filozofii współczesnej nuty wspólne różnym systemom, tak, że w konkretnej kwestii trudno nieraz ustalić, który z nich był decydujący. Trudności te tłumaczyć mogą dlaczego np. Treves, badając w cytowanej niejednokrotnie pracy *Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto di Hans Kelsen* różne wpływy, którym ulegał Kelsen, wpływu Husserla nie analizuje. Jednak, mimo rzeczywistych trudności jakie nasuwa zbadanie tego wpływu, nie można go pominąć, choćby dlatego, że w tej kwestii mamy wyraźne oświadczenie Kelsena: w przedmowie do drugiego wydania *Hauptprobleme* Kelsen mówi o wpływie jaki nań wywarł Husserl (s. IX). Prawdziwości tego oświadczenia nie można poddawać w wątpliwość, chyba, że się przypuści, iż Kelsen chciał umyślnie wprowadzić w błąd swoich czytelników.

Zdaje się, że wiele trudności mogłoby wyjaśnić wzięcie pod uwagę dwu rzeczy: przedewszystkiem ewolucji jaką przeszła fenomenologia Husserla między *Logische Untersuchungen*, a *Méditations cartésiennes*, a następnie rozróżnienia metody fenomenologicznej od systemu fenomenologicznego. Nie pragnę tutaj rozstrzygać problemu dopuszczalności oddzielenia metody fenomenologicznej od filozofii fenomenologicznej, i nie chcę zabierać stanowiska ani *pro* ani *contra*, gdyż problem ten nie interesuje nas tutaj [1]. Jednak, badając doktrynę Kelsena, muszę skonstatować, że faktycznie rózróżnienie to w jego myślach odgrywało pewną rolę, gdyż Kelsen, stosując fragmenty metody fenomenologicznej, omija to co jest najbardziej cennego w filozofii fenomenologicznej, mianowicie ontologiczne akcenty husserlizmu.

Husserl zrywa z dotychczas nazbyt wyłącznie panującymi w filozofii tendencjami psychologistycznymi i przeciwstawia się im uznając istnienie sądów, które narzucają się naszemu umysłowi przez swoją oczywistość, oraz prawd, które są niezależne od działalności psychologicznej. Zwalczając psychologizm, Husserl

---

[1] Np. A. de Waelhens jest zdania, że różne aspekty husserlizmu oddzielić się nie dadzą, *Phénoménologie et réalisme*. Revue néoscolastique de philosophie 1936. s. 508.

zdawał sobie sprawę, że ten również posiada, aczkolwiek nieuświadomione, podstawy ontologiczne. Jednak taki podświadomy ontologizm psychologizmu nie zadawala Husserla i pragnie on go pogłębić [1].

Wprawdzie badania fenomenologiczne są skierowane przede wszystkim na badanie istoty czystych, transcedentalnych przeżyć, gdyż one są naszą bramą wypadową dla poznania przedmiotu, ale nie ograniczają się one do poznawania ich strony czysto przedmiotowej, lecz dążą do poznania rzeczywistości, świata przedmiotowego, niezależnego od naszej świadomości [2].

Te poglądy Husserla, które możnaby zaliczyć do filozofii fenomenologicznej, zresztą jeszcze nie całkowicie rozbudowanej, Kelsen pomija, idąc za tezą Cohena, stosownie do której przedmiot poznania jest produktem metody poznania. Toteż z pewną dozą słuszności można twierdzić, że Kelsen nie zastosował fenomenologii do dziedziny prawa. Nawiasem trzeba zaznaczyć, że logicyzm i fenomenologizm Kelsena nie zadawala ortodoksyjnych zwolenników husserlizmu. Uznają oni, że wprawdzie Kelsen dokonał w nauce prawa kopernikańskiego zwrotu, zapoczątkowując właściwie, ich zdaniem, dociekania nad prawem, jednak zwrot ten nie wydaje się im zupełnie wystarczający. Dopiero tacy następcy Kelsena, jak A. Reinach, Fritz Schreier, Felix Kaufmann idą w tym kierunku jeszcze dalej niż ich mistrz [3].

Nie można jednak całkowicie kwestionować wyraźnego oświadczenia Kelsena. Z prac Husserla zaczerpnął on ułamki jego metody poznawczej, tak jak one były wyłożone w pierwszym tomie *Logische Untersuchungen*. Zwłaszcza uznać trzeba wpływ husserlowskiego przeciwstawienia logicznego i psychologicznego punktu widzenia na głoszone przez Kelsena przeciwstawienie czystej teorii prawa i badań socjologiczno-psychologicznych.

---

1 Levinas mówi nawet o ontologii Husserla. *La Théorie de l'intuition dans la phénoménologie de Husserl.* s. 13 zob. R. II, III i VII.

2 Pastuszka J., *Filozofia współczesna.* t. II. s. 91 nn. Überweg, *Geschichte der Philosophie.*

3 Bautro, *Husserlizm w teorii prawa.* s. 255.

Husserl starał się wyprowadzić wszystkie konsekwencje z założeń psychologizmu i wykazać, że doprowadzają one w dziedzinie logiki do twierdzeń wręcz absurdalnych. Oparcie logiki na zasadach psychologicznych, ustalanie praw logicznych metodą indukcyjną czyni z nich rodzaj reguł prawdopodobieństwa, przez co zatracają one charakter konieczności i bezwzględnej pewności, który im jest w rzeczywistości właściwy. Tak np. logiczna zasada niesprzeczności jest konieczna, jest bezwzględnie pewna i niezależna od zjawiskowej strony rzeczywistości, a tymczasem w interpretacji psychologicznej jej charakter zmienia się gruntownie. Gdy się bowiem głosi, że dwa przeciwstawiające się zdania nie są uważane za prawdziwe w jednym czasie w świadomości człowieka, to takie zdanie ma co najwyżej wartość czysto empiryczną, podczas gdy logiczna zasada niesprzeczności ma wartość absolutną. Prawa logiczne są prawdziwe niezależnie od istnienia rzeczy czy ludzi, tak więc np. zasada niesprzeczności byłaby prawdziwa, nawet gdyby ludzie nie istnieli. Logika jest dziedziną konieczności normatywnej, bezwzględnej, niezależnej od występowania zjawisk, a psychologia jest nauką doświadczalną, badającą konieczności przyczynowe i względne, gdyż zależne od występowania zjawisk. Zadaniem logiki jest przede wszystkim ustalić pojęcia, które umożliwiają istnienie nauki w ogóle np. pojęcie przedmiotu, stosunku, jedności i wielości, pojęcie i rodzaje związków między zdaniami itp. Pojęcia te są niezależne od jakiejkolwiek materii doświadczalnej i mogą być zastosowane do jakichkolwiek zdań przedmiotów czy stosunków.

Zupełnie podobne zadania stawia Kelsen teorii prawa. Jak tam czysta logika, tak tu czysta teoria prawa ma wypracować pojęcia umożliwiające istnienie nauki prawa w ogóle. Pojęcia te mają być niezależne od szczególnych właściwości każdego prawodawstwa i dać się stosować do każdego prawa. Podobnie jak logicyzm Husserla, czysta teoria prawa pragnie wyłącznie tylko poznawać a nie chcieć, pragnie być wiedzą a nie polityką [1]. Po-

[1] *Reine Rechtslehre*. s. 1; por. E. Bautro, *Husserlizm w teorii prawa*. Treves, *Il diritto*... s. 43. nota.

dobne jest dalej odżegnywanie się tej teorii od wszelkich pojęć, w których można się dopatrzeć śladów psychologizmu np. pojęcie imperatywu. Z pojęcia obowiązku prawnego wyklucza wszelkie elementy natury psychologicznej jak świadomość obowiązku czy chęć lub niechęć spełnienia go. Znika związek psychiczny między podmiotem obowiązku i podmiotem uprawnienia, pozostaje czysta norma. Obowiązek prawny staje się całkowicie niezależny od woli psychologicznej zobowiązanego [1]. Prawo podmiotowe rozpływa się niejako w prawie przedmiotowym, staje się tylko jego skonkretyzowaniem. Teorie woli i teorie interesu, które biorą za podstawę psychiczny stan podmiotu prawa zostają odrzucone jako grzeszące psychologizmem. Nawet powinność, która, zdawałoby się, jest jakimś nakazem, zostaje wyrażona w postaci sądu hipotetycznego: jeżeli jest *a*, to powinno być *b* [2], dlatego, że sąd hipoteczny jest sądem czysto poznawczym, oczyszczonym od wszelkich elementów natury psychologicznej, a zarazem sądem czysto formalnym. Kelsen odróżnia powinność prawną, nazwaną przypisaniem prawnym, jako specyficzną, czysto formalną zawartość myślową normy (spezifischer Sinngehalt) od woli zawartej w psychicznym akcie, a w szczególności od woli zawartej w normie prawnej [3]. To, co w prawie nazywa się wolą, jest specyficznym powiązaniem normatywnym nie mającym nic wspólnego z wolą psychologiczną. Istota prawa polega na tej specyficznej zawartości myślowej normy, a nie na psychicznym procesie myśli czy woli ani też na przebiegu zachowania się człowieka pod wpływem tych psychicznych procesów. Procesy duchowe i zdarzenia w świecie fizycznym nie są przedmiotem badań czystej teorii prawa. O ile się o nich mówi jako o zdarzeniach prawnych, to właściwie stwierdza się tylko moc obowiązującą pewnych norm, których treść ma oznaczony związek z treścią

---

1 *Hauptprobleme*. s. 11. *Allgemeine Staatslehre*. s. 61. Por. Jöckel, *op. cit.* s. 11.

2 *Reine Rechtslehre*, s. 23.

3 *Hauptprobleme*. s. IX. Por. Jöckel, *op. cit.* s. 10-12.

danych wydarzeń świata fizycznego czy też z treścią procesów psychicznych [1].

h. Wpływy L. Feuerbacha.

I wreszcie na zakończenie tej „wpływologii" zaznaczymy tylko krótko, że genezy poglądów Kelsena na istotę i znaczenie religii należy szukać aż u Ludwika Feuerbacha, którego *Vorlesungen über das Wesen der Religion* są cytowane w *Staatsbegriff* s. 237 n.. Za Feuerbachem przyjmuje Kelsen, że Bóg i religia są wytworami fantazji ludzkiej, pragnącej znaleźć zaspokojenie swych życzeń. Człowiek, poddany działaniom praw natury, nie może ich zaspokoić, może je zaspokoić Bóg panujący nad prawami natury i mogący działać cuda [2], to też człowiek stwarza sobie Boga i trzeba olbrzymiego wysiłku, aby go przekonać, że Bóg jest poprostu uosobieniem natury pojętej jako system praw [3].

§ 3. Problem jednolitości systemu.

a. Chronologiczny stosunek poglądów filozoficznych i prawniczych.

Poznanie filozoficznych podstaw kelsenizmu nasuwa cały szereg problemów. Przede wszystkim problem chronologicznego stosunku poglądów prawniczych i filozoficznych. Powstaje pytanie: czy Kelsen najpierw stworzył teorię prawa, a potem spostrzegł pokrewieństwo i związek swej teorii z pewnymi systemami filozoficznymi, czy też odwrotnie: najpierw jest zwolennikiem pewnego systemu filozoficznego, a dopiero po tym buduje zgodną z nim teorię prawa.

W przedmowie do drugiego wydania *Hauptprobleme* (początek) Kelsen powiada, że aczkolwiek jego kierunek poznawczy

---

1 *Hauptprobleme.* s. 10. *Staatsbegriff.* s. 101 nota, *Reine Rechtslehre.* § 5.

2 *Staatsbegriff.* s. 251 n.

3 „Il a fallu une peine infinie pour convainre l'homme que Dieu n'est que la personnification de la nature, conçue comme un système de lois. Ce problème du rapport entre Dieu et le monde ressemble dans tous les traits essentiels, au problème du rapport entre l'État et le droit". *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public.* s. 17.

pozostał zawsze ten sam, że aczkolwiek podstawy jego teorii zostały zachowane, to jednak jego poglądy uległy stopniowemu przekształceniu i doznały istotnych zmian w pewnych ważnych kwestiach szczegółowych (in wichtigen Einzelfragen). Zdaje się więc, że sytuacja jest złożona: na podstawie tego co mówiliśmy już o różnych wpływach, można wysunąć twierdzenie, że Kelsen buduje główne zręby swej teorii prawa na podstawach kantyzmu, ale wykańcza ją i uzupełnia dostrzegając pewne pokrewieństwo swej teorii z innymi poglądami filozoficznymi. Dotyczy to specjalnie wpływów Cohena. Podobieństwo swoich poglądów z jego filozofią dostrzegł Kelsen dopiero w r. 1912, a więc po ogłoszeniu pierwszego wydania *Hauptprobleme* [1]. To samo można powiedzieć o wpływach Vaihingera i Macha.

b. Rozbieżność zdań co do problemu jednolitości.

Ponieważ wpływy filozoficzne są tak różnorodne, nasuwa się więc drugi z kolei problem: problem wewnętrznej jednolitości systemu. Powstaje bowiem uzasadnione pytanie, czy między różnymi częściami filozoficznych podstaw czystej teorii prawa niema sprzeczności, czy Kelsen zdołał stopić w jednolitą, wolną od wewnętrznych rozdźwięków całość, elementy czerpane z różnych, co więcej, tak z pozoru rozbieżnych systemów filozoficznych, jak kantyzm i pragmatyzm. Budzi się wątpliwość, czy da się utrzymać twierdzenie Kelsena, że jego kierunek poznawczy i podstawy filozoficzne jego teorii pozostają te same od początku do końca. Krytyka już niejednokrotnie wytykała Kelsenowi, że połączenie krytycyzmu kantowskiego z pragmatyzmem Vaihingera i Macha jest eklektycznym wiązaniem doktryn, które się nawzajem wykluczają, albowiem Kant i jego szkoła wysuwa ideał czystego, apriorycznego poznania, pretendującego do powszechności i konieczności swych ustaleń, natomiast według Macha, człowiekowi dostępne jest jedynie poznanie oparte ne zasadzie ekonomii myślenia, nie pretendujące do prawdziwości, lecz bę-

---

1 *Hauptprobleme*. s. XVII.

dące rezultatem dowolnego wyboru jednej z pośród równouprawnionych hipotez, a według Vaihingera celem poznania jest nie prawda, lecz korzyść dla życia.

Nic dziwnego, że budzą się wątpliwości czy takie pragmatyczno-sceptyczne doktryny dadzą się wciągnąć do jednego systemu z kantowskim krytycyzmem, dążącym do poznania, mającego wprawdzie charakter aprioryczny, ale zarazem do poznania koniecznego i powszechnego, które ma być poznaniem prawdziwym.

Takie wątpliwości wysunął cały szereg autorów twierdząc, że włączenie do jednego systemu niepołączalnych elementów wprowadza doń rozdźwięk i sprzeczności, które rozbijają jego wewnętrzną jednolitość i logiczną zwartość.

I tak, Castiglia[1] twierdzi, że Kelsen chętnie szukał potwierdzenia swych tez w różnych teoriach filozoficznych, nie troszcząc się zbytnio o jednolitość swych filozoficznych koncepcyj. Podobnie Jöckel mówi o rozbieżności filozoficznych podstaw Kelsenizmu [2], a Erich Kaufmann zauważa, że gdy „neokantysta" Kelsen opierać zaczyna cały swój system na teorii Macha, to znajduje się już bardzo daleko od Kanta, i fakt ten, jego zdaniem, nie jest pozbawiony pikanterii [3].

Innego zdania niż wspomniani autorowie jest Renato Treves. Według niego różne elementy, składające się na podłoże filozoficzne teorii Kelsena, aczkolwiek pochodzące z różnych systemów często przeciwstawiających się, mogą być wprowadzone do jednolitego jądra zasadniczego, do jednego systemu, który zapewnia czystej teorii prawa jednolitość i harmonię [4]. Rolę podstawowego jądra filozoficznego ma grać system filozofii neokantysty H. Cohena, a specjalnie jego logika czystego poznania, a te elementy doktrynalne, które zaczerpnął Kelsen z innych sy-

---

1 Castiglia, *Stato e diritto in Hans Kelsen.* Sassari 1932, s. 47—48.

2 Jöckel H., *H. Kelsens rechtstheoretische Methode.* s. 6, 89, 188.

3 Erich Kaufmann, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie.* s. 26.

4 Treves, *Il fondamento..* s. 6 n.

stemów uległy, zdaniem Trevesa, takiemu przekształceniu, że nie rozbijają systemu, lecz stanowią jego logiczne uzupełnienie. Dla wstępnej ilustracji tej tezy posługuje się Treves przykładem pewnych zasad zaczerpniętych ze szkoły południowo-niemieckiej, które po włączeniu do systemu Kelsena nabrały zupełnie swoistego i odrębnego znaczenia. Chodzi o podstawowe rozróżnienie między bytem i powinnością. Rozróżnienie to, zapoczątkowane przez Kanta, przyjął Kelsen od Windelbanda i Simmla [1].

U tych ostatnich było to jednak rozróżnienie dwu metod badania, które można stosować do jednego przedmiotu badania, u Kelsena natomiast zostaje ono przekształcone na rozróżnienie dwu odrębnych przedmiotów badania: *Sein* i *Sollen* przestają być dwoma punktami widzenia, z których może być badana jedna i ta sama rzeczywistość, a stają się dwoma odrębnymi światami. Tak więc elementy zaczerpnięte z jednego systemu zostają przy włączeniu do teorii Kelsena zupełnie przekształcone [2].

Podobnie ma się przedstawiać sprawa z zasadami zaczerpniętymi od Vaihingera i Macha. Już Pitamič wykazywał, że Kelsen transponując zasadę ekonomii myślenia Macha z dziedziny nauk przyrodniczych do dziedziny prawa, dokonał całkowitej przemiany metodologicznej, używając metody dedukcyjnej zamiast indukcyjnej [3]. Treves powiada, że jeśli bliżej zbadać teorię normy podstawowej, to transformacja jakiej doznała filozofia Macha w systemie Kelsena stanie się jeszcze wyraźniejsza. Jeśli bowiem rozważać normę podstawową nie w jej takim czy innym skonkretyzowaniu historycznym, które zawsze jest zmienne i prowi-

---

1 *Hauptprobleme.* s. VI; por. Druks, *Z zagadnień filozofii prawa.* Przegl. Współcz. 1924 s. 281.

2 *Il fondamento...* s. 30—32. Należy zauważyć, że, jak wyznaje sam Treves (tamże), są to tezy szkoły marburskiej Po cóż więc mówić o zapożyczeniu od szkoły południowo-niemieckiej i przekształceniu? Prostszym zdaje się jest stwierdzenie, że jeśli nawet pierwszy impuls wyszedł od Windelbanda, to jednak rozwinięcie i zastosowanie tych tez zostało przyjęte według interpretacji Cohena.

3 Pitamič, *Denkökonomische Voraussetzungen der Rechtswissenschaft.* Österreichische Zeitschr. f. öff. Recht. 1917—17. s. 340.

zoryczne, lecz w ogólności, jako warunek jedności systemu i mocy obowiązującej norm prawnych, to wtedy przestaje być ona tylko hipotetyczną zasadą analogiczną do zasady ekonomii myślenia Macha, a staje się aprioryczną kategorią kantowską, stanowiącą transcendentalny warunek istnienia prawa, kategorią umożliwiającą odpowiedź na czysto kantowskie pytanie: jak w ogóle możliwe jest czyste prawo pozytywne [1].

Co się tyczy Vaihingera, to wprawdzie w rozprawie dotyczącej filozofii fikcji, Kelsen powiada, że główne zdobycze jego filozofii należy uznać bez zastrzeżeń [2], Treves jednak dowodzi że filozofia ta doznała również w systemie Kelsena istotnej przemiany.

Dla Kelsena rzeczywistość nie jest niepoznawalna, jak dla Vaihingera, lecz jest, jak dla Cohena, wytworem myśli. Dalej Kelsen uznaje, że w nauce prawa istnieje cały szereg szkodliwych fikcyj, które należy usunąć, ale samo prawo nie jest dlań fikcją tak jak dla Vaihingera. O ile ten ostatni pragnie uzasadnić i dowieść pożyteczności, a nawet konieczności fikcyj w nauce, to Kelsen jest przeciwnikiem używania ich w nauce prawa i stara się je wykryć i wyrugować, dlatego, że fikcje będące specyficznym środkiem do poznawania rzeczywistości, nie powinny, jego zdaniem, mieć wstępu do dziedziny powinności, w której obraca się nauka prawa. Istota fikcji polega, według Vaihingera, na jej sprzeczności z rzeczywistością (Widerspruch zur Wirklichkeit), a pojęcie normatywne nie jest skierowane ku ujęciu rzeczywistości.

Dla ilustracji weźmy jedną z tak zwanych fikcyj prawodawcy (Fiktionem des Gesetzgebers). W prawie rzymskim istniała *fictio legis Corneliae* (Paul. III, 4 a § 8), według której obywatel rzymski wzięty do niewoli uważany był w prawie za zmarłego w chwili wzięcia do niewoli. Przepis ten nie miał jednak na celu twierdzenia, że taki obywatel rzeczywiście umarł w tamtej chwili, lecz, że w stosunku do obywatela wziętego do niewoli na-

---

1 *Il fondamento.* s. 37-n.

2 Por. J ö c k e l, *Kelsens rechtstheoretische Methode.* s. 75.

leży zastosować wszystkie przepisy prawa spadkowego dotyczące wolnych obywateli rzymskich. Przepis ten nie jest więc fikcją w sensie vaihingerowskim, gdyż nie twierdzi nic w stosunku do rzeczywistości. Jego celem jest nie ujęcie rzeczywistości, lecz jedynie ustanowienie pewnej powinności [1].

W ogóle powinność nie może stanąć w sprzeczności z rzeczywistością. Przeciwieństwem normy może być tylko jakaś inna norma, a nigdy jakiś byt. Jest to konsekwencja podstawowego założenia o rozdziale *Sein* i *Sollen* [2]. Prócz tych różnic zauważonych przez Trevesa istnieją jeszcze inne, np. Vaihinger uważa za fikcję oddzielenie prawa i etyki. Uznaje on, że rozdział ten ma duże znaczenie dla prawodawcy i w ogóle dla prawniczego punktu widzenia, tym nie mniej podkreśla on jego charakter fikcyjny [3]. Dla Kelsena zaś rozdział prawa i etyki jest jednym z kamieni węgielnych jego systemu [4].

Te i inne różnice pozostawiamy jednak, wraz z Trevesem, na boku. Najważniejszym dla Trevesa jest stwierdzenie przekształceń jakich filozofia fikcji doznała w systemie Kelsena, fakt ten bowiem ma świadczyć, że Kelsen zaczerpnął z niej tylko tyle, ile mu było potrzebne do walki z dawną nauką prawa, nie rozbijając wewnętrznej jednolitości filozoficznych podstaw swej teorii.

c. Wykraczanie poza normę podstawową.

W następnym rozdziale w paragrafie zatytułowanym: Teoria normy podstawowej negacją rozdziału powinności i rzeczywistości, poddając krytyce wewnętrznej teorię Kelsena, będziemy się starali zbadać dokładnie problem jednolitości jego systemu i wykazać, że nie zdołał on stopić w jednolitą całość idealizmu Cohena i pragmatyzmu Macha. Tutaj ograniczymy się do paru na-

---

1 Jöckel, *op. cit.* s. 79.

2 Treves, *op. cit.* s. 39; Jöckel, *op. cit.* 80.

3 Jöckel, *op. cit.* s. 81.

4 *Die philosophischen Grundlagen...* r. III. *Reine Rechtslehre.* II. *Recht und Moral,*

stępujących uwag: Dla rozstrzygnięcia problemu jednolitości systemu bardziej chyba wskazane jest użycie innej metody niż ta, której używał Treves.

Zamiast badać przekształcenia, jakich ta czy inna filozofia doznała w systemie Kelsena, lepiej jest zestawić tezy teorii prawa z tezami filozoficznych założeń. Wtedy łatwo będzie ocenić, czy system jest dobrze zbudowany, czy też między fundamentem, a wiązaniem brak spójni.

Wiemy już, że podstawowym założeniem metodologiczno-filozoficznym Kelsena jest rozdział *Sein* i *Sollen*. Stosownie do tego założenia Kelsen utrzymuje, że powinność prawna, że moc obowiązująca prawa nie zależy od jego skuteczności.

Wiemy z drugiej strony, że ukoronowaniem czystej teorii prawa jest norma podstawowa. Na niej opiera się moc obowiązująca wszystkich norm prawnych, ona czyni z nich jednolity system, ona sprawia, że system ten ma moc obowiązującą, ona zarazem jest granicą dociekań prawnika. Nie można pytać prawnie o podstawę mocy obowiązującej normy podstawowej. Chcieć prawniczo określić prawny punkt wyjścia byłoby równoznaczne z chęcią wdrapania się na swe własne ramiona. Dopóki badanie nie wychodzi poza normę podstawową, to pozostaje w granicach dziedziny powinności i jest czyste [1].

Otóż te dwie tezy: rozdział *Sein* i *Sollen* z jednej, a koncepcja normy podstawowej, jako granicy dociekań prawnika, z drugiej strony, razem utrzymać się nie dadzą. Jeśli bowiem norma podstawowa ma charakter punktu wyjścia, jeżeli poza nią prawnik wychylać się nie może — to prawnik nie ma prawa twierdzić, że między powinnością a rzeczywistością nie może być w ogóle związku, gdyż takie twierdzenie przesądza pewne problemy leżące poza, i to daleko, poza granicami normy podstawowej. Jeśli się chce utrzymać tezę, że norma podstawowa jest granicą dociekań prawnika, to w granicach nauki prawa trzeba konsekwentnie być agnostykiem wobec tego wszystkiego, co się poza nią znajduje.

---

1 *Das Problem der Souveränität.* s. 96; *Staatsbegriff.* s. 103.

Jeśli dana jest np. norma podstawowa: należy słuchać rozkazów monarchy, to prawnik nie może *a priori* wiedzieć, czy treść tej normy dlatego stanowi powinność, że jest zgodna z rzeczywistością, czy też jej charakter normatywny od tej zgodności nie zależy, a tym bardziej nie może wysuwać ogólnej tezy o rozdziale bytu i powinności. O ile czysta teoria prawa ma być teorią o prawidłowej konstrukcji logicznej, to w jej granicach na tezę taką miejsca nie ma.

Takie wykraczanie poza granicę czystej teorii prawa zdarza się Kelsenowi niejednokrotnie. Jakim prawem, naprzykład, ze stanowiska czystej teorii prawa można „bronić, by nauka prawa ujmowała prawo pozytywne jako jakiś wyższy porządek, lub też by z takiego porządku było czerpane uzasadnienie prawa" [1].

Z chwilą, gdy czysta teoria prawa tego broni, to wykracza w sposób oczywisty poza granice, które sama sobie nakreśliła, i zabiera głos w kwestii , którą w poprzednim zdaniu określiła jako stojącą poza dyskusją. Nie można bowiem twierdzić, że „czysta teoria prawa ogranicza się do prawa pozytywnego", a zarazem mówić, że przez to nie pozwala ona, aby „uzasadnienie prawa było czerpane z wyższego porządku", gdyż co do tej ostatniej kwestii, to czysta teoria prawa może tylko powiedzieć: *ignoramus et ignorabimus*, to znaczy musi wyznać, że tych kwestyj, jako leżących poza jej granicami, ona rozstrzygnąć nie może, i w żadnym razie nie może czynić tego, co uczynił Kelsen, to jest dawać odpowiedzi negatywnej. Podobnie rzecz ma się, gdy chodzi o stosunek prawa pozytywnego do naturalnego. Zdaniem Kelsena, nie można przyjąć, że system prawa pozytywnego i system etyki mają jednocześnie moc obowiązującą, gdyż powstanie cały szereg konfliktów nie do roztrzygnięcia. Moc obowiązująca prawa nie zależy od etyki. Na tym polega suwe-

---

1 „Die Möglichkeit der Geltung einer über dem positiven Recht stehenden Ordnung bleibt für sie (Reine Rechtslshre) auszer Diskussion. Sie beschränkt sich auf das positive Recht und verhindert so, dasz die Rechtswissenschaft es fur eine höhere Ordnung ausgebe oder aus einer solchen die Rechtfertigung des Rechts hole..." *Reine Rechtslehre*. s. 38.

renność państwa. W pewnym sensie jest ona tym samym co pozytywność prawa. Na pozytywności lub suwerenności prawa opiera się możliwość istnienia nauki prawa, niezależnej od etyki i dogmatyki religii [1]. Jest to oczywiste przekroczenie granic czystej teorii prawa.

Innym typowym przykładem przeskoku poza nakreślone granice i zarazem przykładem fanatycznego wprost doktrynerstwa metodologicznego było twierdzenie, że państwo może być uważane tylko za pojęcie prawne, że nie może być ono przedmiotem badania socjologicznego, opartego na prawie przyczynowości. Państwo można uważać za uosobienie wszystkich norm prawnych i tak rozumiane badać metodą normatywną, jako przedmiot z dziedziny powinności. Jednak naukowo nie można przeczyć, że państwo jest poza tym naturalną rzeczywistością społeczną, istniejącą w opartym na prawie przyczynowości świecie rzeczywistości [2]. Takie przeczenie w granicach czystej teorii prawa jest nienaukowe, bo odnosi się do tego, co z założenia leży poza jej obrębem.

Rozumując tak jak Kelsen trzeba by powiedzieć, że ponieważ dla czystej teorii prawa osoba nie jest niczym innym jak uosobieniem kompleksu norm obowiązujących pewnego człowieka, przeto człowiek jako zjawisko świata bytu, opartego na prawie przyczynowości, nie istnieje. Analogiczne rozumowanie przeprowadzić można w odniesieniu do terytorium państwa i w ogóle do jakiejkolwiek cząstki rzeczywistości [3].

---

1 *Staatsbegriff.* s. 87. S a n d e r podnosi, że to założenie, na którym Kelsen opiera pozytywność prawa, jest po prostu etyczno-politycznym postulatem liberalizmu, dążącego do wyrównania przeciwieństw klasowych i konfliktów norm; postulatem, który głosi, że państwo praworządne powinno stać ponad konfliktami społecznymi. Ten postulat etyczno-polityczny nie będzie uważany za założenie w innym światopoglądzie niż liberalny, np. w światopoglądzie katolickim, w którym założeniem jest nie suwerenność norm prawa pozytywnego, ale suwerenność norm etycznych czy religijnych. Tak więc, konkluduje S a n d e r, Kelsen roztrzyga problem pozytywności prawa, opierając się na subiektywnym postulacie, a nie w sposób naukowy. S a n d e r. *Kelsens Rechtslehre* s. 57.

2 *Hauptprobleme* .. s XIX n.

3 Podobną krytykę tych poglądów patrz Al. H o l d - F e r n e c k, *Der*

Sformułowanie tego zagadnienia w *Reine Rechtslehre* odbiega już od pierwotnego: teza o tożsamości państwa i prawa doznała tu znacznego osłabienia i ścieśnienia [1].

Z tych paru przykładów widać, że tak chwalona rygorystyczna konsekwencja Kelsena [2], doprowadziła go do wcale nierygorystycznego przekraczania zasięgu własnych założeń. Głoszenie rozdziału między sferami bytu i powinności, głoszenie suwerenności prawa, rozumianej jako jego samoistność i niezależność od porządku moralnego, twierdzenie o wyłącznie jurydycznym charakterze państwa, wszystko to przekracza zakreślone granice, przesądzając sprawę w stosunku do problemów, znajdujących się poza nimi.

O ile teoria normy podstawowej miałaby służyć tylko do metodycznego zakreślenia granicy, poza którą nie chce się wykraczać, to nie można by jej nic zarzucić. Ograniczanie dziedziny badań jest możliwe, dopuszczalne, a nawet metodycznie wskazane. Każda nauka zakreśla sobie pewne granice badań, poza które nie wychodzi. Jednak wyniki badań mają charakter naukowy o tyle tylko, o ile twierdzenia i wnioski nie wykraczają poza te granice. Z chwilą ich przekroczenia tracą swój charakter naukowy, nabierając cech, tak wzgardliwie przez Kelsena traktowanej ideologii [3].

Staat als Übermensch. Zugleich eine Auseinandersetzung mit der Rechtslehre Kelsen. s. 15—20. Wyd. Fischer Jena 1926; B i n d e r, *Philosophie des Rechts.* s. 522.

1 *Reine Rechtslehre.* s. 48.

2 R o s s, *Théorie der Rechtsquellen.* s. 192.

3 Bardzo ciekawe wywody o wpływie woli na inteligencję, wpływie nie zawsze świadczącym o złej woli, lecz często o ludzkiej słabości, przedstawia J. d e T o n q u é d e c, *La critique de la connaissance.* Paris, Beauchesne 1929. s. 210—218, z których dla ilustracji naszej krytyki podajemy dwie następujące cytaty: „Et il peut arriver aux esprits les plus perspicaces aux plus grands génies, d'oublier quelque chose. A un certain endroit de leurs recherches s'ouvre une lacune, pardessus laquelle ils ont sauté sans la voir. Ilo se figurent qu'ils ont épuisé la question, et ils la concluent de façon décidée. La conclusion manque de rigueur, elle ne s'adapte pas justement et

d. Krytyka tezy Trevesa.

Nie podzielamy więc zdania Trevesa o jednolitości i harmonii systemu Kelsena. Przypominam, że pragnie on zapewnić jednolitość systemowi Kelsena, opierając go całkowicie na filozofii szkoły marburskiej.

Nawiasem mówiąc, wywody jego o przekształceniu filozofii Macha w systemie Kelsena są typowym sofizmatem, z pewnością mimowolnym, zwanym *ignoratio elenchii*. Zastanawiając się nad tym, co decyduje o wyborze konkretnej normy Treves powiada: norma podstawowa jest warunkiem istnienia prawa w ogóle, teoria normy podstawowej odpowiada na typowo kantowskie pytanie: jak jest możliwe prawo pozytywne. To twierdzenie jest słuszne. Norma podstawowa w ogóle jest warunkiem istnienia mocy obowiązującej prawa i w pewnym znaczeniu może być uważana za kantowską kategorię aprioryczną [1], ale tu nie o to chodzi. Nie w tym przejawia się wpływ Macha, że Kelsen ucieka się w ogóle do konstrukcji normy podstawowej, lecz w wyborze konkretnej normy podstawowej. Innymi słowy: Kelsen nie ucieka się do zasady ekonomii poznania, aby uznać konieczność normy podstawowej w ogóle, lecz aby uzasadnić wybór takiej, a nie innej normy podstawowej.

Ale nawet jeśli tę kwestię pozostawić na boku, to musimy skonstatować, że nawet Treves musiał uznać istnienie pewnych rozdźwięków w jednolitości systemu Kelsena. Stara się je uspra-

---

nécessairement,—comme il faudrait—aux données présentes; elle repose en partie sur le vide; et par conséquent, ce qui la déclanche sous sa forme absolue, ce ne peut être, en denière, analyse, qu' un abus de pouvoir plus ou moins accentué et manifeste", un „coup de pouce" plus ou moins conscient de la volonte". s. 216; „Pour séduire l'intelligence, qui n'adhère au faux que sub specie veri. elle (la volonté) mettra en jeu des vraisemblances, des apparences spécieuses; elle fera adopter tel point de vue; elle dirigera le regard vers tel aspect réel, mais incomplet de la question. Et donc le verdict dépassera les considérants. L'esprit jugera d'un objet quil ne tiendra pas actuellement sous les prises, c'est à dire, qu' il jugera dans la nuit, dans l'ignorance. Sans voir une conclusion, sans posséder une évidence, il pensera: ce doit être ainsi. Et par là. son acte, dépourvu de toute ressemblance avec l'intuition ou la démonstration, et cependant d'allure décidée et péremptoire, sera quelque chose comme une foi fausse, illégitime..." s. 213.

1 Por. *Die phil. Grundlagen...* s. 64.

wiedliwić przypominając, iż nie tylko autor czystej teorii prawa opuścił kantyzm, lecz że neokantyzm w ogóle ciąży ku pozytywizmowi [1]. Przyznaje on, że rozdział *Sein* i *Sollen* nawet już u Cohena nie wynika z pewnej zasady *a priori*, że nie stanowi czystej, transcendentalnej kategorii naszego myślenia, lecz naukową konstrukcję, ustaloną nie w sposób apriorycznej syntezy kantowskiej.

Podobnie u Kelsena: prawna powinność nie jest transcendentalną kategorią naszego umysłu, lecz pojęciem wyabstrahowanym z danych empirycznych. Jeśli bowiem powstaje ona przez zestawienie w sądzie hipotetycznym dwu pojęć empirycznych określonego zachowania ludzkiego, jako warunku, i drugiego zachowania: aktu przymusu państwowego, jako skutku, to znaczy, że ta powinność, punkt wyjścia czystej teorii prawa, powstaje w oparciu o doświadczenie, pojęcia te bowiem są wydobyte z doświadczenia. Powinność prawna nie jest więc czystą w sensie kantowskim, to jest aprioryczną, lecz aposterioryczną, wyabstrahowaną z doświadczenia. Wpływ Macha jest szczególnie widoczny w momencie wyboru normy podstawowej. Treves nawet dochodzi do przekonania, że Kelsen nie zdołał stworzyć doktryny naprawdę transcendentalnej, że jego pojęcia formalne nie są pozbawione elementów empirycznych i wartościujących [2].

Można by zgodzić się, że już u Cohena znajduje Kelsen podstawy swego pragmatyzmu. Gdy Cohen powiada, że działanie stanowi jakby podstawę prawa [3], to takie powiedzenie nie wiele się różni od twierdzenia, że *Grundnorm* musi być tak wybrana aby powinność jak najbardziej pokrywała się z rzeczywistością. Ale to świadczyłoby tylko, że szwankuje wewnętrzna logika systemu Cohena, że system ten zawiera elementy sprzeczne ze sobą. Można dodać nawet, że zarodki takich wewnętrznych sprzeczności zawiera już system Kanta. Ale wszystko to,

---

1 *Il fondamento...* s. 30 nota.

2 *Il diritto...* s. 110-118.

3 *Il diritto*, s. 37 n.

ma tutaj znaczenie drugorzędne, aczkolwiek może do pewnego stopnia tłumaczyć łatwość z jaką Kelsen wciąga do swego systemu pewne elementy filozofii Macha.

W tej chwili najważniejsze jest dla nas stwierdzenie, że Kelsen — obojętne czy sam, czy wraz z całą filozofią neokantowską — łącząc krytycyzm i pragmatyzm, łączy elementy, które nie są połączalne. I nawet jeśliby system Cohena grał, jak twierdzi Treves, rolę jądra podstawowego w systemie Kelsena, to jednak nie zdołałby on zapewnić czystej teorii prawa tej jednolitości i harmonii, o której mówi Treves, gdyż sam jej nie posiada. *Nemo dat quod non habet.*

Charakterystyczny jest głos Verdrosza [1], który proponuje Kelsenowi oswobodzenie czystej teorii prawa od pokrywy neokantyzmu i oparcie jej o fifozofię przedmiotową, a mówiąc o filozofii przedmiotowej wskazuje na pracę Sertillanges'a o św. Tomaszu z Akwinu. Notuję tylko ten głos przyjaznego Kelsenowi autora jako charakterystyczny, nie przesądzając sprawy, czy po-

---

1 „Erst die Rückwendung zur gegenstandlichen Philosophie, die sich aus zahlreichen Ansätzen allmählich vorbereitet, kann daher das Recht aus seiner Isolierung befreien, um es wiederum als Glied im Kosmos der Werte zu begreifen. Dann erst wird auch das tiefste Sehnen Kelsens, die Sollgeltung des Rechts zu begründen, in Erfüllung gehen können. Auch seine übrige Lehre könnte dadurch an Wert nur gewinnen, da damit seine Kategorien, wenngleich mit gewissen Modifikationem, von bloszen Denkkategorien zu Gegenstandskategorien umgestalltet werden würden. Von ganzen Herzen wünchen wir daher Hans Kelsenz, das es ihm in der Stadt des Albertus Magnus (słowa te były pisane przed wyjazdem Kelsena z Wiednia do Kolonii) vergönnt sein möge, sein groszes, tief durchdachtes System aus der Hülle des Neukantianismus zu befreien, um es auf diesem Wege zur vollen Entfaltung bringen zu können". V e r d r o s z *Die Rechtstheorie Hans Kelsens* Sonderdruck aus nr 20 der „Juristischen Blater" 1930. Wyd. Springer. Wien. s. 8. Czyniono już próby, aby oprzeć czystą teorię prawa na teorii przedmiotowej (Gegenstandstheorie) A.V. M e i n o n g a, filozofa austriackiego, który, podobnie jak w Niemczech H u s s e r l, poszedł w kierunku zapoczątkowanym przez F. B r e n t a n o. H a n s M o k r e w rozprawie *Gegenstandstheorie und die Reine Rechtslehre* (Zeitschr. f. öff. Recht 1930 s. 321—356) stara się wykazać, że „podstawowe tezy czystej teorii prawa można oddzielić od idealistycznego i częściowo filozoficzno-pozytywistycznego podłoża, na którym ona historycznie wyrosła i przeszczepić nad grunt filozofii obiektywistycznej".

łączenie czystej teorii prawa z filozofią tomistyczną nie byłoby nowym łączeniem sprzeczności. Podobne sugestie jak Verdrosz, poddaje Kelsenowi Legaz y Lacambra [1]. Należy jednak zdawać sobie sprawę, że jeśliby uważać nawet, jak chce ten ostatni autor, czystą teorię prawa za prawniczą teorię poznania, za gnoseologię prawniczą (Erkenntnistheorie des positiven Rechts, juristische Gnoseologie) a filozofię prawa za etyczną teorię prawa i prawną metafizykę (ethische Theorie des Rechts und rechtliche Metaphysik) [2], to trzeba by jeszcze móc je w ogóle ze sobą łączyć. Nie każda teoria poznania da się powiązać z daną metafizyką.

---

1 „Sobald sie (Reine Rechtslehre) eine ethisch-metaphysische Grundlage sucht, wird sie fühlen, wie ein belebender Hauch durch sie geht" L e g a z y L a c a m b r a, *Die ontologische Grundlage der Reinen Rechtslehre.* Zeitschr. f. öff. Recht 1932. s. 665.

2 Tamże s. 657.

ROZDZIAŁ III.

Moc obowiązująca prawa pozytywnego.

§ 1. Prawo jako system normatywny i dynamiczny.
§ 2. Teoria normy podstawowej.
§ 3. Przypisanie, czyli zarachowanie prawne (Zurechnung).
a. Pojęcie i rodzaje zarachowania prawnego.
b. Pozaprzyczynowy charakter zarachowania.
c. Ateleologiczny charakter przypisania.
d. Polityczno-prawne pojęcie przypisania.
§ 4. Brak uzasadnienia mocy obowiązującej normy podstawowej.
§ 5. Przemiana dualizmu metodologicznego na ontyczny.
§ 6. Teoria normy podstawowej negacją rozdziału powinności od rzeczywistości.
§ 7. Istotna podstawa mocy obowiązującej prawa u Kelsena.
§ 8. Oportunistyczna wskazówka zamiast powinności.
§ 9. Moc obowiązująca prawa, a przynależność do systemu prawnego.

§ 1. Prawo jako system normatywny i dynamiczny.

Dla Kelsena prawo ma być nie jakimś zwykłym faktem przemocy, nie stosunkiem faktycznej przewagi mocniejszych nad słabszymi, lecz systemem, który ma moc obowiązującą, który stwarza pewną powinność i który należy do dziedziny powinności, a nie rzeczywistości. Kelsen przypomina, że możliwość i konieczność uważania prawa za system normatywny, za pewnego rodzaju powinność, jest potwierdzona przez tysiącletnie, istnienie nauki prawa, która stale w ten sposób ujmuje normy prawne tj. jako system normatywny. Taka normatywna nauka prawa, czyli dogmatyka prawa, istnieje i istnieć będzie dopóty, dopóki istnieć będzie prawo [1].

---

1 *Reine Rechtslehre*. s. 37.

Zaliczenie prawa do dziedziny powinności odbywa się na podstawie dość prostego rozumowania: prawo nie jest rzeczywistością, gdyż nie pokrywa się ani z chceniem, ani z wolą, ani z rzeczywistym zachowaniem się ludzi. Jednakże prawo istnieje, mówimy bowiem o sprzeczności z prawem, kwalifikujemy pewne zachowanie, jako bezprawie, mówimy, że coś jest obowiązkiem prawnym itp. Nie będąc rzeczywistością, prawo może być tylko powinnością takiego rodzaju jak powinność moralna. Charakter obowiązujący prawa nie da się wprawdzie logicznie dowieść, jego podstawy są intuicyjne, lecz należy go uznać, gdyż dzięki niemu da się rozwiązać mnóstwo nierozwiązalnych inaczej problemów [1]. Do tego ostatniego oświadczenia, wprost zdumiewającego w ustach pozytywisty, jeszcze powrócimy. W tej chwili chodzi nam tylko o scharakteryzowanie prawa, jako systemu normatywnego.

Prawo jest więc powinnością przeciwstawiającą się rzeczywistości. Można wprawdzie mówić i mówi się o pewnej rzeczywistości prawa, mianowicie o jego rzeczywistości myślowej (Das gedankliche Gesetzsein), gdyż jak każdy przedmiot poznania prawo taką rzeczywistością być musi, ale nie można czynić tego co czyni socjologiczno-psychologiczna nauka prawa, tj. utożsamiać je z rzeczywistością naturalną. W celu uniknięcia tego niebezpieczeństwa, Kelsen uważa za wskazane posługiwanie się terminologią powinności (Die Terminologie des „Soll"). Ona ma lepiej gwarantować czystość nauki prawa [2]. Kelsen podkreśla, że

---

1 Ten ustęp jest tak znamienny i tak typowo kantowski, że cytujemy go w całości: „Letzen Endes freilich läszt sich der Sollenscharakter des positiven Rechtes nicht logisch beweisen. Es mag rückhaltlos zugeben werden, dasz die tiefste Wurzel dieser Anschauung — wie immer, so auch hier—in einer gleichsam intuitiven Wesensschau ruht. Im bereiche logischer Erörterungen musz man sich begnügen, auf die Brauchbakreit dieser Auffassung hinzuweisen, die sich vor allem darin zeigt, dasz eine grosze Anzahl von sonst unlösbaren Schwierigkeiten, die sich bei der Entwicklung des Rechtsbegriffes ergeben, leicht und zwanglos überwindent, dasz ihr kein ernstlicher Einwand entgegenstehi". *Die Rechtswissenschaft als Norm- oder Kulturwissenschaft.* Schmollers Jahbr. 1916 s. 138.

2 *Staatsbegriff.* s. 77.

przeciwstawienie *Sein* i *Sollen*, prawa i natury ma charakter względny [1]. Jeśli uznać istnienie prawa naturalnego, to prawo pozytywne jako ustanowione przez akt woli ludzkiej wyda się w stosunku doń czymś sztucznym, czymś należącym do dziedziny bytu, a więc rzeczywistością przeciwstawiającą się powinności, którą tym razem będzie reprezentowało prawo naturalne [2].

Kelsen pragnie przypisać prawu pozytywnemu obiektywną moc obowiązującą. Powiada on, że niezniszczalna istota prawa (das unverlierbare Wesen), jego całe istnienie polega na jego obiektywnej mocy obowiązującej [3]. Aby nadać prawu charakter obiektywnej powinności, ażeby odróżnić je od zwykłej przemocy, Kelsen musi oprzeć moc obowiązującą normy prawnej na jakiejś innej normie, która tę moc obowiązującą już posiada. Nie może jej oprzeć na żadnym fakcie, gdyż według niego podstawą powinności może być tylko inna powinność, tak jak przyczyną rzeczywistości może być tylko inna rzeczywistość [4]. Kelsen nie widzi żadnej normy, która stanowiłaby powinność niejako ze swej istoty, która byłaby powinnością absolutną. Dlatego tworzy

---

1 W świetle rozważań o względności przeciwstawienia Sein i Sollen znikłaby zauważona przez M y c i e l s k i e g o, *Kryterium prawa w systemie Kelsena*. s. 20—25, sprzeczność w poglądach Kelsena, polegająca na tym, że Kelsen początkowo uważa powinność prawną za pojęcie z dziedziny *Sollen*, a moralną zalicza do dziedziny *Sein*, potem zaś norma moralna staje się dlań w całej pełni powinnością. Sprzeczność ta zniknie, jeśli wziąć pod uwagę względność przeciwstawienia *Sein* i *Sollen*, głoszoną przez samego Kelsena. Jednak wtedy nie da się utrzymać absolutnego przeciwstawienia między *Sein* i *Sollen*, które jednocześnie głosi Kelsen. Zob. krytykę H o l d - F e r n e c k'a, *Der Staat als Übermensch*. s. 19 oraz Binder, *Philosophie des Rechts*. s. 867.

2 *Die philosophischen Grundlagen*.... § 3; *Die idee des Naturrechts* nr VII.

3 *Problem der Souveränität*... s. 317.

4 Tamże s. 100; *Staatsbegriff*. s. 102 nota: „und der Grund der Geltung einer Norm kann nur immer wieder eine Norm sein, weil Sollen nur aus einem Sollen, nicht aber aus einem Sein abzuleiten, und die letze höchste als gültig angenommene eben die Grundnorm ist..." *Die philosphischen Grundlagen*. s. 18.

teorię hipotetycznej i względnej normy podstawowej: jeśli się uzna, że pewna norma ma moc obowiązującą, że pewna norma ustanawia powinność, to wszystkie inne, które do tej wybranej normy podstawowej sprowadzić się dadzą, również będą mogły być uważane za obowiązujące. Ta teoria stanowi ukoronowanie systemu Kelsena, a zarazem jak zobaczymy, jego piętę Achillesową.

Sprowadzenie mocy obowiązującej jakiejś normy do normy zasadniczej może być dwojakie: statyczne albo dynamiczne, tzn. albo z powodu treści normy, albo z powodu sposobu ustanowienia. Odpowiednio do tego można odróżnić systemy statyczne i dynamiczne. W systemie statycznym norma zasadnicza rozwija się w treściowo zróżnicowane normy, tak jak pojęcie ogólne rozkłada się na pojęcia podrzędne, w nim zawarte. Takim systemem jest system prawa naturalnego, system etyczny. Tam, przez czystą operację myślową, normy szczegółowe wyprowadza się z treści normy ogólnej, w której są one zawarte. Nie ma konieczności nowego aktu ustanowienia norm szczegółowych. Tak np. normy: nie powinieneś kłamać, oszukiwać, winieneś dotrzymywać danego słowa itp. wywodzą się z ogólnej normy nakazującej uczciwość lub prawdomówność.

W systemie dynamicznym norma podstawowa ogranicza się do upoważnienia jakiejś określonej ludzkiej woli do stanowienia norm. Jedność systemu dynamicznego polega nie na związku treści norm, jak w systemie statycznym, lecz na związku upoważnienia do ich stanowienia (Einheit eines Delegationszusammenhanges) [1]. I właśnie w prawie sprowadzenie normy szczegółowej do normy zasadniczej nie może się odbywać z powodu treści, gdyż jak już wiemy „każda dowolna treść może być prawem" [2], „w swej treści prawo jest zmienne bez żadnych ograniczeń" [3]. Za obowiązującą normę prawną norma jest uważana jedynie z tego powodu, że powstała w pewien dokładnie ozna-

1 *Reine Rechtslehre.* § 27 i 28 s. 62 n; *Die phil. Grundlagen...* § 1.
2 *Reine Rechtslehre.* s. 63.
3 *Die philosophischen Grundlagen.* 64.

czony sposób, że została wytworzona według ściśle określonej reguły, ustanowiona według specyficznej metody [1].

Chodzi tu więc jedynie o sposób powstania normy. Prawo jest systemem dynamicznym.

§ 2. Pojęcie normy podstawowej [2].

Do pojęcia normy podstawowej prawa pozytywnego dochodzi się drogą następującego rozumowania: gdy zapytać, dlaczego pewien akt przymusu, np. fakt, że jeden człowiek pozbawia drugiego wolności, zamykając go w więzieniu, jest aktem prawnym, a nie aktem zwykłej przemocy, to odpowiemy: dlatego, że został przepisany wyrokiem sędziowskim. Dlaczego, dalej, wyrok sędziowski jest aktem prawnym? dlatego, że został wydany zgodnie z ustawami karnymi. Dlaczego te ustawy mają moc obowiązującą? — bo opierają się na konstytucji. A dlaczego konstytucja obowiązuje? I tu jest moment niebezpieczny rozumowania. Zwykle się mniema, powiada Kelsen, że konstytucja obowiązuje dlatego, że została ustanowiona przez monarchę, czy parlament. Wydaje się, że nakaz, a więc fakt z dziedziny bytu, jest ostateczną podstawą powinności. Tymczasem mniemanie to jest błędne. Kelsen krytykuje naiwny pozytywizm, który podstawę mocy obowiązującej prawa pozytywnego widzi w jego faktyczności (Faktizität) to zn. w skuteczności działania prawa w społeczeństwie. Taki pozytywizm powiada: „prawo ma moc obowiązującą nie dlatego, że wywodzi się (ableitet) z rozumu, moralności, czy natury, ale dlatego, że zostało przez ludzką wolę ustanowione i że faktycznie jest przestrzegane". W ten sposób przekracza się granicę między *Sein i Sollen*, gdyż pewien fakt, pewne zdarzenie ze świata rzeczywistego staje się podstawą powinności. Krytyczny

---

1 *Reine Rechtslehre*. s. 63—64.

2 *Problem der Souveränität*. s. 92—102. *Staatsbegriff*. s. 91—104; *Hauptprobleme*. s. XIV; *Allgemeine Staatslehre*. s. 250—251. *Rapports de système*... s. 26; s. 33—36; *Die phil. Grundlagen*. s. 12—14; *Reine Rechtslehre*. s. 62—72; por. A. Verdrosz, *Die Rechtstheorie H. Kelsens*. Sonderabdruck aus der 20 der „Juristischen Bläter" 59 Jahrgang 1930. Wien Springer s. 5.

pozytywizm musi sobie ustanowić, że pytanie o podstawę powinności nie jest równoznaczne z pytaniem, dlaczego prawo rzeczywiście jest ustanowione i przestrzegane. Fakt, że pewne jednostki wyrażają swą wolę odnośnie postępowania innych ludzi (ustawa) lub, że pewni ludzie postępują stale i regularnie w określony sposób (zwyczaj), same te fakty nie stanowią powinności. Ustawa i zwyczaj dopiero wtedy staną się źródłami prawa, jeśli się uzna normę mówiącą: należy słuchać rozkazów takich to a takich osób, czy grup, względnie: należy postępować zgodnie ze zwyczajami swego środowiska. I, ściśle mówiąc, źródłem prawa będzie ta właśnie norma podstawowa, która postanawia, że ustawa lub zwyczaj stwarzają powinność, że należy słuchać rozkazów monarchy lub parlamentu, że one rodzą prawo. Dopiero taka norma jest ostateczną podstawą powinności. Powinność prawna istnieje więc nie dlatego, że władza państwa jest w stanie rzeczywiście pokierować działaniem jednostek, lecz dlatego, że ta władza ma prawo do tego. Nie to jest rozstrzygające, że obywatele słuchają, lecz, że oni są obowiązani do słuchania, że powinni słuchać.

Można wprawdzie pytać jeszcze o podstawę tej normy podstawowej, gdyż nie ma żadnego logicznego przymusu, aby się wyrzekać pytania o uzasadnienie jakiejkolwiek normy, lecz jeśli w ogóle można mówić o ostatecznej podstawie jakiejś powinności, to może nią być tylko powinność nigdy rzeczywistość [1].

Norma prawa musi się opierać nie na fakcie, lecz na normie, która ustanawia organ tworzący prawo, organ, którego zarządzenia stwarzają powinność prawną. Jej formuła ogólna jest następująca: należy stosować przymus pod warunkami i w sposób określony przez pierwotnego prawodawcę lub przez instancje przezeń delegowane [2]. Ta norma podstawowa jest konstytucją w znaczeniu logiczno-prawnym [3]. Na niej bezpośrednio

---

1 *Problem der Souveränität.* § 42: *Die phil. Grundlagen.* § 7. *Les rapports de système* etc. § 23.

2 *Reine Rechtslehre.* s. 65.

3 „Verfassung in einem rechtslogischen Sinne" *Allgemeine Staatslehre.* s. 249.

opiera się konstytucja w znaczeniu pozytywno-prawnym, tj. normy ustanowione przez prawodawcę upoważnionego do ich stanowienia właśnie przez tę normę podstawową. O powstaniu nowego państwa można mówić dopiero wtedy, gdy zmieni się konstytucję w znaczeniu logiczno-prawnym, czyli, gdy nastąpi zmiana *Grundnorm*. Zmiana konstytucji w znaczeniu pozytywno-prawnym nie stanowi jeszcze zmiany państwa. Tak jest w hipotezie prymatu prawa państwowego. Natomiast jeśli się uzna prymat prawa narodów i jeśli będzie się uważało ustroje pojedyńczych państw za delegowane przez prawo narodów, to zmiana ustroju wewnętrzno-państwowego nie będzie stanowiła zerwania prawa.

Moc obowiązująca porządku prawnego ma więc charakter hipotetyczny i względny, bo opiera się na hipotetycznej i względnej normie podstawowej. Norma podstawowa jest względna, gdyż nie rości wcale pretensji do jakiejś wartości bezwzględnej [1]. I właśnie w tym wyrzeczeniu się absolutnego i treściowego uzasadnienia swej mocy obowiązującej upatruje Kelsen najistotniejszą różnicę między pozytywizmem a teorią prawa naturalnego [2]. Uznanie hipotetycznej i względnej normy podstawowej jako, koniecznej podstawy mocy obowiązującej porządku prawnego, jest, zdaniem Kelsena, niczym innym jak świadomym sformułowaniem warunku uznawanego zawsze podświadomie czy milcząco, w pozytywnej nauce prawa, która odrzucając prawo naturalne, uważała jednak prawo za system obowiązujący, za normę, a nie za czysty fakt. Uznanie normy podstawowej jest transcendentalno-logicznym warunkiem takiego uznania prawa pozytywnego za system obowiązujący [3]. Hipotetyczna norma podstawowa odpowiada na pytanie, jakim jest prawo pozytywne, jako przedmiot poznania, czyli jak jest możliwa nauka prawa. Można to minimum nazywać prawem naturalnym, dlatego, że jest to pewien

---

1 *Die phil. Grundlagen.* § 65; *Die Idee des Naturrechts.* s. 229 nn. *Reine Rechtslehre.* s. 66.

2 *Die phil. Grundlagen.* s. 14.

3 *Reine Rechtslehre.* s. 67.

postulat, którego nie czerpie się z doświadczenia. Należy jednak zaznaczyć, że jest to prawo naturalne transcendentalno-logiczne, które różni się od dawnej nauki prawa naturalnego, tak jak krytyczna filozofia, jako teoria doświadczenia, różni się i zawsze różnić się będzie od spekulacji subiektywnej. Toteż najwłaściwszą nazwą dla teorii normy podstawowej jest, zdaniem Kelsena, nazwa krytyczny pozytywizm. Krytyczny to znaczy świadomy swoich granic.

Norma podstawowa jest granicą dociekań prawnika pozytywisty, poza którą on wychodzić nie może, a zarazem granicą pozytywizmu. Właściwie mówiąc, norma ta nie stanowi już części systemu prawa pozytywnego, jej moc obowiązująca nie opiera się bowiem na zasadzie dynamicznej, obowiązuje ona nie dlatego, że jest ustanowiona w przepisany sposób, lecz z założenia. Poza normę podstawową prawnik nie potrzebuje się wychylać, gdyż system normatywny zaczyna się dopiero od założenia, że taka norma istnieje i ma moc obowiązującą. Skąd się ona wzięła i dlaczego istnieje, to wcale prawnika nie obchodzi, podobnie jak kwestia, czy jej treść jest zgodna z faktycznym zachowaniem się ludzi. Rozważania te leżą poza polem poznania, mającego za przedmiot specyficzną treściową zawartość norm [1]. Kelsen, jako prawnik, uchyla się od odpowiedzi na pytanie dlaczego norma podstawowa jest normą prawną i dlaczego ona obowiązuje. Odpowiedź na nie leży poza granicami czystej teorii prawa [2]. Czysta teoria prawa powie tylko, że norma podstawowa jest hipotetyczną i względną, a jednak konieczną podstawą porządku prawnego, gdyż, aby móc uzasadnić jego moc obowiązującą, trzeba przyjąć hipotezę, że norma podstawowa jest obowiązująca. Usiłowanie, aby dać prawnicze określenie dla prawnego punktu wyjścia byłoby równoznaczne z chęcią wdrapania się na swoje własne ramiona, lub podobne do usiłowania zwierzątka z bajki,

---

1 *Staatsbegriff.* s. 104.

2 „Über diese Grundnorm aber kann man juristisch nicht mehr fragen, denn erst mit der Grundnorm beginnt das System des Rechts". *Staatsbegriff.* s. 102.

które chciało się wyciągnąć z bagna za swój ogon. Prawniczo rzecz biorąc wybór takiego, czy innego punktu wyjścia jest dowolny, a więc i wybór takiej normy podstawowej, stosownie do której obowiązującym jest porządek skuteczny, jest również całkowicie dowolny. Jednym słowem do takiej normy możemy zastosować francuskie powiedzenie: *il n'y a pas de raison de la dernière raison.* Jest ona hipotezą, powiada Kelsen, ale hipotezą konieczną. Nie jest ona prawem pozytywnym, lecz jego fundamentem i dlatego stanowi ona granice pozytywizmu prawnego. Obowiązuje ona tak jak norma prawa naturalnego [1].

§ 3. Przypisanie, czyli zarachowanie prawne (Zurechnung)

a. Pojęcie i rodzaje zarachowania prawnego.

Wyrazem mocy obowiązującej prawa, wyrazem jego specyficznego istnienia jest powinność prawna. Musimy więc z kolei przejść do bliższego poznania tego pojęcia czystej teorii prawa. Norma prawna jest sądem hipotetycznym, ustanawiającym związek między jakimiś stanami faktycznymi. Podobnie jak norma przyrodnicza (Naturgesetz) łączy dwa fakty: przyczynę i skutek w pewien związek, który nazywamy przyczynowym, tak też norma prawna łączy dwa fakty: warunek i następstwo w związek innego rodzaju, który nazywamy przypisaniem lub zarachowaniem [2]. Powiązanie przyczyny i skutku w stosunek przyczynowy nazywa się

---

1 „Die Grundnorm ist selbst nicht gesetze, sondern vorausgesetzte Norm, ist selbst nicht positives Recht nur dessen Bedingung. Schon darin manifestiert sich deutlich eine Grenze für die Idee der Rechtpositivität. Die Grundnorm gilt nicht, weil sie in bestimmter Weise gesetzt wurde, sondern sie wird — kraft ihres Gehaltes — als gültig vorausgesetzt. Sie gilt also —abgesehen davon, dasz sie nur hypothetisch gilt—wie eine Norm des Naturrechtes. Ebenso wie der Idee des reines Naturrechtes ist der Idee des reinen positiven Rechtes eine Schranke gesetzt". *Die philosoph. Grundlagen* s. 20; por. tamże s. 64 oraz *Les rapports de système.* s. 26, 34.

2 „Die auf Grund der Norm vorgenomene Verknüpfung zwischen einem Seinstatbestande und einem Subjekte ist die Zurechnung". *Hauptprobleme.* s. 72.

koniecznością (das Müssen), a powiązanie warunku prawnego i następstwa nazywa się powinnością (das Sollen) [1]. Zarachowanie czyli przypisanie, jako specjalne powiązanie elementów należy do dziedziny normatywnej, a powiązanie przyczynowe do eksplikatywnej. Formuła tego ostatniego brzmi: jeśli zaistnieje *A*, to musi zaistnieć *B*, zaś formuła pierwszego: jeśli zaistnieje *A*, to powinno zaistnieć *B*.[2] Tak np. jeśli ktoś popełni kradzież (warunek), to powinien zostać ukarany (następstwo). Takie normatywne powiązanie warunku i następstwa, czyli jakiegoś faktu *A* i skutku prawnego *B*, stwarza zdanie prawne (Rechtssatz). Analizując je, Kelsen dochodzi do określenia całego szeregu pojęć prawnych. I tak, w treści normy odróżnia on dwa elementy: podmiot powinności (das Soll-Subiekt) i przedmiot powinności (das Soll-Obiekt) [3]. Podmiotem powinności jest to, na czym ciąży powinność, czyli osoba, którą powinność obowiązuje, do której powinność jest skierowana, a przedmiotem powinności jest to, co obowiązuje. Owo specyficzne, normatywne powiązanie podmiotu i przedmiotu w normie prawnej stanowi zarachowanie będące wyrazem powinności prawnej. Zarachowanie prawne tj. zarachowanie dokonane na podstawie normy prawnej polega więc na ustanowieniu związku między pewnym stanem faktycznym, a pewnym podmiotem. Powinność (Sollen) wyraża po prostu stosunek powiązania, jaki zachodzi w normie prawnej między warunkiem a następstwem. Jeżeli jest *A* to powinno być *B*. Taka powinność ma być, jak już wiemy, czysto formalna. Nic nie przesądza ona o moralnej czy politycznej wartości tego powiązania.

Kelsen odróżnia dwa rodzaje zarachowania: peryferyjne i centralne [4]. Takie przypisanie, które polega na powiązaniu dwu faktów w zdaniu prawnym, nazywa Kelsen przypisaniem peryfe-

---

1 *Reine Rechtslehre.* s. 22.

2 por. Verdrosz, *Die Rechtstheorie H. Kelsens.* s. 3.

3 *Hauptprobleme.* s. 71.

4 *Hauptprobleme.* s. XI; *Allgemeine Staatslehre.* s. 65; *Rapports de système...* s. 13.

ryjnym i odróżnia je od zarachowania centralnego, które polega na powiązaniu jakiegoś stanu rzeczy z pewną osobą, lub ściślej mówiąc, na odniesieniu wszystkich praw, czy obowiązków przewidzianych w zespole norm, regulujących zachowanie się osoby fizycznej lub prawnej, do tego centralnego punktu zarachowania, jaki stanowi osoba. Innymi słowy, gdy punktem zarachowania jest fakt, to mówimy o zarachowaniu peryferyjnym, gdy zaś punktem zarachowania jest osoba, to mówimy o zarachowaniu centralnym. Oczywiście stale trzeba pamiętać, że pod pojęciem osoby Kelsen rozumie po prostu uosobienie całości lub części porządku prawnego (por. R. I). Toteż, gdy Kelsen mówi o zarachowaniu do człowieka, to nie chodzi mu o człowieka jako takiego, ale o jego pojedyńcze działanie względnie zaniechanie, czyli po prostu o powiązanie dwu stanów rzeczy: tego działania z uwarunkowanym nim, a przewidzianym w normie działaniem państwa; gdy zaś mówi o podmiocie przypisania jako o osobie, to wtedy chodzi mu o przypisanie centralne, o przypisanie do całości porządku prawnego (państwo) lub pewnej części (osoba fizyczna lub prawna) (por. wyżej R. I. § 6).

b. Pozaprzyczynowy charakter zarachowania.

Zarachowanie stwarza pewne specyficzne połączenie warunku i skutku prawnego. Ta specyficzność polega, według Kelsena, przede wszystkim na niezależności przypisania prawnego od związku przyczynowego między warunkiem, a skutkiem. Przypisanie pewnemu podmiotowi jakiegoś stanu rzeczy, czyli przedmiotu przypisania, nie oznacza wcale, że ten ostatni został przez podmiot spowodowany. Fakt, który się przypisuje w zdaniu prawnym, nie musi być przez ten podmiot spowodowany lub zamierzony. Skutek bezprawia niekoniecznie musi dotknąć tego człowieka, którego czyn wywołał stan określony w normie prawnej, jako warunek zastosowania aktu przymusu. Wyraźnie widać to w prawodawstwach pierwotnych, lub w koncepcji odpowiedzialności zbiorowej. Tam odpowiadać może kto inny niż ten, którego działanie było przyczyną stanu bezprawnego. Przykłady są liczne: odpowiedzialność rodziny mordercy za zabójstwo, od-

powiedzialność księcia za przestępstwa poddanych. Prawo rzymskie nakładało wysoką karę pieniężną na właściciela tego domu, z którego coś spadło na przechodnia i zabiło go. Nie można tu wszak mówić o związku przyczynowym między działalnością podmiotu przypisania, a śmiercią przechodnia, a jednak przypisanie prawne istniało [1]. Istniało ono zaś dlatego po prostu, że tak postanawiała norma prawna, nie chodzi bowiem o to, co podmiot przypisania zrobił lub czego zaniechał, a jedynie o to, co powinien był według normy zrobić względnie czego zaniechać. Związek między podmiotem a przedmiotem przypisania jest normatywny a nie przyczynowy. Istnieją wprawdzie wypadki, w których przypisanie biegnie po linii równoległej do związku przyczynowego, ale nawet w tych wypadkach, gdy przypisanie wiąże ze sobą elementy powiązane przyczynowo np. śmierć zamordowanego, z działaniem mordercy, nawet w tych wypadkach przypisanie nie odbywa się na podstawie związku przyczynowego, lecz czysto normatywnego. Jeśliby się przyjęło związek przyczynowy za podstawę przypisania, to niewiadomo było by, której z pośród nieskończonego łańcucha przyczyn przypisać dany skutek. Poza tym osoba w znaczeniu normatywnym nie może być przyczyną, gdyż jest to pojęcie różne od pojęcia osoby w znaczeniu biologiczno-psychologicznym, pojęcie konstrukcyjne. Taka osoba normatywna może być jedynie podmiotem odpowiedzialności, podmiotem przypisania, ale nie przyczyną zjawisk [2].

c. Ateleologiczny charakter przypisania.

Kelsen krytykuje poglądy Stammlera, który przeciwstawia przyczynowość i celowość, jako dwie zupełnie odrębne, nawzajem się wykluczające metody poznania. Wychodząc z tego przeciwstawienia, Stammler dzielił nauki na przyrodnicze, oparte na zasadzie przyczynowości, i na celowościowe, do których zaliczał nauki społeczne, oparte na zasadzie celowości. Tymczasem, po-

---

1 *Hauptprobleme.* s. 73; *Reine Rechtslehre.* s. 26 n.; por. Binder, *Philosophie des Rechts.* s. 718.

2 *Hauptprobleme.* s. 74.

wiada Kelsen, w każdym wyobrażeniu celu jest zawarty moment przyczynowości, gdyż bez przyczynowości niemożliwe jest wyobrażenie celu, zawiera ono bowiem domniemanie, że zamierzony skutek może być przyczynowo spowodowany. A więc nie o przeciwstawieniu, lecz o wewnętrznej ścisłej łączności między przyczynowością a celowością mówić należy. Współczesna nauka logiki (Wundt, Sigwart) stwierdza ten związek. Celowość i przyczynowość należy podporządkować zasadzie przyczyny. Posługiwanie się jedną, czy drugą metodą zdąża do poznania i wyjaśnienia świata rzeczywistości. Nauki zbudowane na tych zasadach nie przeciwstawiają się sobie, lecz należą razem do nauk eksplikatywnych, i łącznie powinny być przeciwstawiane naukom normatywnym. Jak pojęcie bytu przeciwstawia się pojęciu powinności, tak przyczynowość i celowość razem przeciwstawić należy normatywności [1]. Jeśli więc wyklucza się przyczynowość z przypisania prawnego, to należy również wykluczyć i celowość. Przypisanie prawne jest równie niezależne od związku celowego, jak i od związku przyczynowego między przedmiotem a podmiotem normy. Przypisanie prawne jest niezależne od psychologicznej woli podmiotu, od jego zamiaru wywołania tego stanu, który norma mu przypisuje [2].

Wola, chcenie, czy zamiar albo cel w podmiotowym znaczeniu jest przeżyciem psychicznym, należącym jako takie do świata rzeczywistości. Należy odróżniać proces myślenia (das Denken) od przedmiotu myślenia (das Gedachte), proces chcenia od przedmiotu chcenia (das Wollen, das Gewolte). Procesy myślenia, chcenia, czucia, należą do dziedziny przyrody i podlegają badaniu przyrodniczo-psychologicznemu, które wyjaśnia je w sposób przyczynowy, podczas gdy przedmioty myślenia, chcenia itd. stanowią idealną treść, która należy do dziedziny ducha [3]. Wola psychologiczna jest stanem empirycznym, który może być ustalony przez samą obserwację i należy do świata rze-

---

1 *Hauptprobleme.* R. III. s. 57—64.
2 *Hauptprobleme.* s. 144.
3 *Staatsbegriff.* s. 92.

czywistości, natomiast wola prawna czy etyczna jest konstrukcją stworzoną na płaszczyźnie normatywnej, której w rzeczywistym życiu duchowym człowieka nie odpowiada żaden stan konkretny [1]. Wprawdzie czasem wola psychologiczna i powinność prawna, względnie etyczna, treściowo są ze sobą zgodne, mianowicie przy normach autonomicznych, gdy własna wola podmiotu staje się treścią powinności, którą on dla siebie stworzył. Ale nawet w tym wypadku rozróżnienie formalne woli, pragnienia czy celu od powinności jest możliwe. Jest to zaś zupełnie łatwe w wypadku rozbieżności między nimi. Można chcieć czegoś, co nie jest popowinnością, czyli mieć jakiś zamiar nie będąc do tego zobowiązanym i odwrotnie: może na kimś ciążyć powinność, mimo braku chęci jej spełnienia [2]. W dziedzinie powinności nie ma miejsca na realną, psychiczną wolę, zastępuje ją pojęcie przypisania. To, co się w etyce względnie w prawie nazywa wolą, nie ma nic wspólnego z wolą psychologiczną, z rzeczywistym stanem podmiotu: jest to po prostu konstrukcja myślowa, końcowy punkt przypisania, który zależy wyłącznie od ustawodawcy a nie od momentów celowości. Podmiotowi przypisuje się czyn lub zaniechanie nie dlatego, że on go chciał, czy nie chciał, lecz dlatego, że, według normy, dany podmiot powinien był w pewien sposób się zachować: działać lub zaniechać. Przypisanie opiera się wyłącznie i jedynie na normie. Okoliczność, że stan przeciwny normy był celem podmiotu, że był przez podmiot zamierzony nie stanowi wcale istotnej cechy przypisania [3]. Wyrugowanie z pojęcia powinności prawnej momentów celowości i przyczynowości posłuży Kelsenowi do odrzucenia teorii imperatywu tj. teorii określającej normę prawną jako nakaz woli państwa. Kardynalny błąd tej teorii polega, zdaniem Kelsena, na tym, że wprowadza do określenia prawa moment materialny [4]. Powinność należy odróżniać zarówno od woli tego, do którego powinność jest skie-

---

1 *Hauptprobleme.* s. 146.
2 *Hauptprobleme.* s. 64 nn.
3 *Hauptprobleme.* s. 75, 144.
4 *Hauptprobleme.* R. VII. s. 21.

rowana, jak i od woli tego, który powinność ustanawia. Powinność, która powstaje dla osoby *A* z powodu nakazu władzy *B*, nie jest identyczna z psychicznym aktem woli, który się uzewnętrznia w tym nakazie. Proces chcenia dawno minie, a powinność będzie trwała. Często też bywa, że powinność i świadomość obowiązku zaistnieją bez żadnego aktu woli władzy.

d. Polityczno-prawne pojęcia przypisania.

Kelsen odróżnia przypisanie jako pojęcie teoretyczno-prawne, od przypisania jako pojęcia polityczno-prawnego.

To ostatnie jest pojęciem używanym w prawie karnym i w mowie potocznej. Język potoczny, określając coś jako powinność, myśli o stosunku do rzeczywistości. Coś powinno być, powinno zostać zrealizowane, sprowadzone ze sfery „czystej" powinności do sfery bytu. Tak np. według utartego mniemania powinność logiki realizuje się w rzeczywistości, jaką jest poprawne myślenie, powinność etyki w dobrym postępowaniu. Podobnie też powinność prawna realizuje się w świecie naturalnej rzeczywistości podlegającej działaniu praw przyczynowych tj. w czynnościach ludzkich zgodnych z prawem.

Systemowi norm przypisuje się charakter powinności, mając zawsze na względzie stosunek do rzeczywistości. W powinności rozumianej w taki sposób, tendencja do zrealizowania się jest tak immanentna, że nie może być mowy o jakimś zasadniczym przeciwstawieniu do rzeczywistości natury (Natursein) [1].

Zwykle przypisuje się człowiekowi, czyli czyni się go odpowiedzialnym za taki fakt, z powodu którego zostaje on ukarany. Co znaczy, używając terminów teoretyczno-prawnych, że fakt ten jest przez prawo pozytywne uznany za warunek zastosowania wobec danego człowieka aktu przymusu. Ponieważ jednak nasze poczucie prawne domaga się, aby karać człowieka tylko za fakty, które powstały z jego winy, ponieważ celem kary jest prewencja, tj. odstraszenie ludzi od wykonywania czynów uzna-

---

1 *Staatsbegriff*. s. 78 n.

nych za szkodliwe społecznie, przeto stawia się taki prawno-polityczny postulat: należy przypisywać, albo po prostu: przypisuje się człowiekowi tylko to, co on w sposób zawiniony spowodował, albo czemu nie przeszkodził. To, co się w ten sposób określa jako przypisanie, jest tylko prawno-politycznym żądaniem zrealizowania jednej specjalnej postaci przypisania, specjalnego, treściowego stosunku, w którym istnieje węzeł przyczynowy między zachowaniem ludzkim a stanem społecznie szkodliwym. A tymczasem teoretyczno-prawne czyli normatywne pojęcie przypisania, jest czysto formalnym powiązaniem faktu warunkującego i uwarunkowanego, jest stosunkiem czystej powinności niezależnym od związku przyczynowego.

Związek przyczynowy między podmiotem a przedmiotem przypisania może być uważany za pewnego rodzaju postulat polityczno-prawny, za ideał. Czysta teoria prawa zdaje sobie jednak sprawę, że ten ideał nie był nigdy zrealizowany w prawie pierwotnym i nie jest zrealizowany przez prawa dzisiejsze, gdyż akt przymusu często zostaje skierowany przeciw temu człowiekowi, którego działalność bądź wcale nie spowodowała faktu warunkującego zastosowanie kary, bądź też, o ile spowodowała, to bez jego winy i zamiaru.

Jeśli więc, mimo braku przyczynowego i celowego związku między działalnością podmiotu i skutkami społecznie szkodliwymi, mówi się o przypisaniu, to znaczy, że jest ono pojęciem czysto formalnym, niezależnym od tych związków [1]. Dla zaistnienia powinności prawnej procesy psychiczne stanowią tylko *conditio sine qua non*, ale nie *conditio per quam*, podobnie jak proces psychiczny w stosunku do treści myślenia; akt psychiczny jest warunkiem *sine qua* myśli: bez niego myśl nie zaistnieje, jednak treść myśli, jej prawdziwość nie jest ugruntowana tym psychicznym procesem. Weźmy jako przykład twierdzenie Pitagorasa: nie było by go, gdyby nie było ludzi, którzy je myślą, ale psychiczny akt myślenia nie stanowi podstawy jego

---

3 *Allgemeine Staatslehre*. s. 49—51.

mocy obowiązującej, czyli prawdziwości. Jest ono prawdziwe nie dlatego, że jest pomyślane, lecz dlatego, że się opiera na jednym z podstawowych aksjomatów [1]. Analogicznie rzecz ma się, gdy chodzi o prawo.

Porządek prawny nie dlatego ma moc obowiązującą, że jest pomyślany, chciany, czy stosowany, jednym słowem powinność nie dlatego ma charakter normatywny, że jest skuteczna, lecz jedynie dlatego, że opiera się na jakiejś innej wyższej powinności, a w ostatecznej analizie na powinności wypływającej z normy podstawowej [2]. Właściwie rzecz ujmując, zdaniem Kelsena, nie należy mówić o skuteczności normy, lecz o skuteczności wyobrażenia normy. Norma jako taka jest faktem pozapsychologicznym, wyrażającym powinność niezależnie od rzeczywistości, niezależnie od tego, czy będzie zrealizowana, czy też nie. Jako fakt pozapsychologiczny, nie należący do dziedziny rzeczywistości, nie może wywierać wpływu przyczynowego. Natomiast wyobrażenie, albo idea normy jest faktem psychologicznym, jest zjawiskiem w dziedzinie bytu, które, jako takie, może grać rolę przyczyny względnie może być skutkiem. I właśnie ta idea normy działa, czyli wywiera wpływ przyczynowy. Ona sprawia, że ludzie, którzy ją posiadają, są nakłaniani aby swoje zachowanie uzgodnić z treścią normy [3].

Psychiczny proces gra rolę wehikułu dla ideologii. Do pomieszania ideologii i tego jej psychicznego wehikułu przyczynia się niedokładność mowy, która nie dobrze odróżnia proces myślenia względnie chcenia od przedmiotu myślenia względnie chcenia. Tylko ten ostatni jest normą i powinnością, a proces psychiczny jest rzeczywistością [4].

---

1 *Staatsbegriff.* s. 95.

2 *Das Problem der Souveränität...* s. VII n.

3 *Les rapports de système.* s. 6.

4 *Rechtswissenschaft als Norm-...* s. 147; *Staatsbegriff.* s. 91.

§ 4. Brak uzasadnienia mocy obowiązującej normy podstawowej.

Tak więc z samego zestawienia tekstów wynika, że teoria Kelsena zawiera koncepcję mocy obowiązującej prawa. Kelsen nie patrzy na prawo pozytywne, jako na zespół faktów z dziedziny rzeczywistości, czy też na państwo, jako na sumę stosunków opartych na faktycznej przemocy, jak to czyni anarchizm indywidualistyczny, lecz uważa państwo za system norm mających moc obowiązującą, moc, która jest względną wprawdzie i hipotetyczną, tym niemniej ustanawiającą, zdaniem Kelsena, pewną obiektywną powinność [1]. Takie stanowisko, które pretenduje do stworzenia powinności jest oczywiście stanowiskiem wartościującym [2]. Nawiasem mówiąc, powoływanie się Kelsena na tysiącletnie istnienie nauki, uznającej normatywne znaczenie prawa i przyznającej prawu moc obowiązującą [3], w ustach jego brzmi dziwnie.

Przede wszystkim powoływanie się twórcy czystej teorii prawa na fakt istnienia nie może niczego dowodzić, gdy chodzi o dziedzinę powinności [4]. Po wtóre, taki znawca doktryn prawniczych jak Kelsen, powinienby wiedzieć, że przez większą część okresu, o którym on wspomina, prawo było uważane za obowiązujące właśnie z powodu i na podstawie swego związku z etyką i prawem naturalnym.

Zauważmy dalej brak wyjaśnienia, co to znaczy, że prawo ma moc obowiązującą [5]. Kelsen powiada tylko, że moc obowią-

---

1 *Die phil. Grundlagen...* s. 65; Lande zarzuca nawet Kelsenowi „nieumiejętność ujęcia normy prawnej inaczej niż jako normy obowiązującej" *Norma a zjawisko prawne.* s. 302.

2 Verdrosz, *Die Rechtstheorie H. Kelsens.* s. 7.

3 *Reine Rechtslehre.* s. 37.

4 Można sobie wyobrazić z jaką krytyką odniósłby się przedstawiciel czystej teorii prawa do zwolennika prawa naturalnego, gdyby ten chciał uzasadniać swoją doktrynę faktem parutysiącznego istnienia.

5 podobnie Ross *Theorie der Rechtsquellen.* s. 260.

zująca oznacza specyficzne istnienie normy [1] oraz, że podstawą mocy obowiązującej prawa jest moc obowiązująca normy podstawowej, która znów jest postulowana. Takie postawienie sprawy nic nie wyjaśnia.

Następnie uderzyć musi charakter niepozytywny normy podstawowej. Jednym z istotnych założeń pozytywizmu jest twierdzenie, że nauka prawa ma badać jedynie normy prawa pozytywnego. I w *Hauptprobleme* i w *Reine Rechtslehre* Kelsen powiada, że czysta teoria prawa pragnie jedynie i wyłącznie badać prawo pozytywne [2], a tymczasem norma podstawowa, fundament całego systemu, na którym opiera się jego jednolitość i moc obowiązująca, znajduje się poza systemem prawa pozytywnego, boć jeszcze poza najwyższą normą pozytywną, poza konstytucją. Uznanie takiej normy za część składową systemu nie da się pogodzić z twierdzeniem, że nauka prawa zajmuje się tylko normami prawa pozytywnego [3]. Z drugiej strony włączenie takiej normy do systemu pozytywistycznego jest bardzo znamienne, jest to bowiem nic innego jak wyznanie, że ostateczna podstawa mocy obowiązującej prawa musi być w każdym razie pozapozytywna.

Jeśli pominąć paradoksalną sytuację pozytywisty szukającego metapozytywnej podstawy dla prawa, to sam fakt uznawania tej konieczności tylko dobrze świadczy o krytycyzmie Kelsena i chętnie byśmy mu przyklasnęli [4]. Jednak właściwości zna-

---

1 *Reine Rechtslehre.* s. 7.

2 *Hauptprobleme.* s. V, 6, 7; *Reine Rechtslehre.* s. 1, 38.

3 O prawnym charakterze normy podstawowej zob. Mycielsk *Kryterium prawa w systemie Kelsena.* Przegląd prawa i administracji. 1934 s. 33.

4 Taką samą konieczność w dziedzinie prawa narodów stwierdza Deryng, pisząc: „Uzasadnienie mocy obowiązującej zasady „pacta sunt servanda" leży poza nauką prawa". *Główne tendencje rozwojowe prawa narodów.* s. 33; por. tenże, *O podstawach mocy obowiązującej prawa narodów.* Ks. pam. ku czci prof. Abrahama II, s. 241. Podobnie Sukiennicki „Podstawa obowiązywania prawa musi zatem leżeć gdzieś poza prawem. Rozumiał to już Jellinek, twierdząc, iż zagadnienie ostatecznej podstawy obowiązywania prawa jest natury metaprawniczej". *Podstawa obowiązywania prawa narodów,* s. 73.

lezionej podstawy są tego rodzaju, że nie można jej uznać za wystarczającą, gdy się bowiem przyjrzeć normie podstawowej, to się okazuje, że jest ona dowolnie obranym postulatem. Na pytanie dlaczego coś jest powinnością prawną, Kelsen odpowie: dlatego, że wypływa z mocy obowiązującej normy wyższego rzędu, a w ostatecznej analizie z normy podstawowej. A na czym opiera się moc obowiązująca tej ostatniej? Dlaczego *Grundnorm* ma moc obowiązującą? Okazuje się, że jej moc obowiązująca jest postulowana. Jest to założenie, hipoteza, bez której nie da się uzasadnić mocy obowiązującej żadnej innej normy prawnej [1].

Z okazji krytyki normy podstawowej Waltera Jellinka Kelsen pisał, że uznanie istnienia najwyższego dzierżyciela przymusu stanowi *petitio principii*, gdyż fakt, będący pod znakiem zapytania, staje się najwyższym autorytetem [2], a sam czyni dokładnie to samo: to co należało by uzasadnić tj. moc obowiązującą normy podstawowej podnosi do godności najwyższego autorytetu [3]. Jeśli się uzna rozdział rzeczywistości i powinności, to moc obowiązująca normy podstawowej, a w konsekwencji i całego porządku prawnego, pozostaje bez uzasadnienia, opiera się na pewnym nieudowodnionym postulacie. Cóż bowiem mogłoby być podstawą jej mocy obowiązującej? Nie fakty, bo ich moc obowiązująca ma właśnie opierać się na niej [4]. Nie jakaś norma, bo ona jest normą podstawową, źródłową (Ursprungsnorm). Norma podstawowa gra w systemie Kelsena taką samą rolę, jak imperatyw kategoryczny w etyce Kanta. Można zaryzykować twierdzenie, że jest to po prostu prawnicze wydanie kategorycznego

---

1 Sukiennicki nazywa to świadomą fikcją, *op. cit.* s. 74.

2 „Auch die Voraussetzung eines „höhsten Gewalthabers" ist eine petitio principii, da das fragliche Faktum erst durch die Hypothese zu einer höhsten Autorität wird". *Problem der Souveränität...* s. 98.

3 Ross uważa to za wynik błędnego postawienia problemu. Jego zdaniem nie należy pytać dlaczego prawo ma moc obowiązującą, jaka jest podstawa tej mocy, lecz jedynie: co to znaczy i jak można poznać, że prawo ma moc obowiązującą. *Op. cit.* s. 260.

4 Por. Pitamič, recenzja o *Reine Rechtslehre* Zeitschr. f. öff. Recht. 1935. s. 414.

imperatywu, który z dziedziny autonomicznej moralności zostaje przeniesiony do heteronomicznej dziedziny prawa. Podobnie jak tam imperatyw, tak tu *Grundnorm* jest absolutnym początkiem systemu [1]. Norma podstawowa ma zapewniać systemowi moc obowiązującą, ona ma sprawiać, że prawo jest nie tylko zwykłym faktem motywacyjnym, lecz obowiązującym systemem norm [2]. Norma ta posiada też wszystkie braki swego wzoru: jest ona również pojęciem normatywno-metafizycznym, rodzajem imperatywu w sobie, analogicznym do rzeczy w samej sobie [3]. Powód, dla którego norma podstawowa ma moc obowiązującą, jest równie niezrozumiały, jak powód obowiązywania kategorycznego imperatywu, czy uznawania przez Kanta rzeczy samej w sobie [4]. Żadne z tych pojęć nie ma naukowego uzasadnienia. Toteż krytycy systemu Kelsena, a nawet i niektórzy jego zwolennicy, żądają odrzucenia teorii normy podstawowej, czyli potraktowania jej tak, jak neokantyści potraktowali kantowską rzecz w sobie.

Zupełnie słusznie spostrzega Kelsen, że jeśli odrzucić koncepcję państwa czy prawa, jako obowiązującego porządku, to przyjmuje się anarchistyczny punkt widzenia, który stosunki praw-

---

1 Absolutny charakter kelsenowskiej normy podstawowej dobrze tłumaczy R o s s: „Das Wort" „absolut" ist zweideutig. Wenn wir sagen, dasz das Naturrecht ein absolutes Rechtsprinzip postuliert, können wir damit meinen, dasz dies Prinzip absolut bestimmt, unbedingt ist, keine Wahl zuläszt. In diesem Sinne ist Kelsens Grundnorm nicht absolut. Sie ist hypothetisch unbestimmt, bedingt (einer Wahl zugänglich). Aber das Wort „absolut" bedeutet in erster Reiche etwas anderes, im Gegenzatz zu relativ. Relativ ist, was zu etwas anderem im Verhältnis steht, von ihm bestimmt wird (Absolut—„An-das-Nichts-genüpft-sein". Schopenhauer. Neue Paralipomena, Redam § 96). In dieser Bedeutung ist die Ursprungsnorm nicht relativ, sondern absolut. Sie gilt (wenn auch vorausgesetzt) voraussetzungslos, ohne Grund, ohne Relation — absolut. Sie ist das schlechthin Geltende, die absolute Norm, die Norm an sich. Man kann noch so sehr ihren Inhalt bedingt und unbestimmt machen. Ihre Form, ihre Bedeutung als Norm bleibt absolut. *Theorie der Rechtsquellen.* s. 267 n.

2 *Reine Rechtslehre.* s. 66 n.

3 por. R o s s *Theorie der Rechtsquellen.* s. 268.

4 Słusznie pisze L a n d e: „owa „forma logiczna" norm prawa, owo

ne uważa za stosunki zwykłego przymusu fizycznego [1]. Trzeba by jednak tej normatywności dać jakieś solidniejsze uzasadnienie, jakąś podstawę pewniejszą niż hipotetyczna i względna norma podstawowa. Między rolą tej normy, a jej cechami, istnieje ogromna niewspółmierność: jej cechy to względność i hipotetyczność, a jej rola to fundament mocy obowiązującej całego systemu. Człowiek patrzący na nią z boku może słusznie uważać ją za dowolny i nieuzasadniony wytwór wyobraźni autora, albo też, jeśli jest ona skuteczna, za zwykłą przemoc tego, kto ma siłę. Jeśli porządek prawny nie miałby innej podstawy jak *Grundnorm* Kelsena, to anarchista ma rację uważając go za wyraz przemocy. Jeżeli ktoś wyobraża sobie, że pewna norma, na której opiera się cały system norm, ma moc obowiązującą, to będzie sobie wyobrażał, że i cały system ma również moc obowiązującą, ale jakim prawem może on zmuszać innych do podporządkowania się swoim wyobrażeniom?

W systemie Kelsena wszystko opiera się więc na pewnej umowie: umawiamy się, że pewna norma podstawowa ma moc obowiązującą. Sam Kelsen przeprowadza zresztą paralelę między koncepcją normy podstawowej, a teorią umowy społecznej i mówi o *Grundnorm* jako o dowolnym, nie podlegającym dyskusji założeniu [2].

Pojęcie normy podstawowej, czyli konstytucji w znaczeniu prawno-logicznym, pisze on, odpowiada do pewnego stopnia pojęciu umowy społecznej, które odgrywało tak ważną rolę w teorii prawa naturalnego. W gruncie rzeczy rodzi je ta sama teoretyczna potrzeba przemiany stosunków przymusu na stosunki

---

im tylko właściwe obowiązywanie uznawane przez Kelsena za postulat podstawowy nauki prawa, pozostało dla niego samego w sferze wierzeń nieuchwytnych i marzeń nieosiągalnych, nie wcielając się w żadne ujęcie naukowe". *Norma a zjawisko prawne.* s. 317; podobnie Castiglia, *op cit.* s.159.

[1] *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public.* s. 24, Extrait du Recueil des cours de l'Académie de droit international. 1927.

[2] „eine willkürliche nicht weiter diskutable Voraussetzung". *Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft.* s. 134.

prawne oraz zapewnienia jednolitości porządkowi państwowemu, na który składa się całe mnóstwo różnych aktów prawnych. Ta potrzeba zostaje zaspokojona w doktrynie prawa naturalnego przez pojęcie umowy społecznej, a w czystej teorii prawa przez pojęcie normy podstawowej [1]. Dla ścisłości trzeba zaznaczyć, że podana charakterystyka odnosić się może tylko do szkoły prawa natury wieku 17 i 18-go, nie zaś do klasycznej szkoły arystotelesowsko-tomistycznej.

To, co Kelsen mówi o państwie pojmowanym jako władza skuteczna i o Bogu [2], stosuje się o wiele lepiej do mocy obowiązującej normy podstawowej: istnieje ona o tyle, o ile się w nią wierzy. To jest jedyna podstawa, o ile się nie ma zamiaru uciekać do skuteczności, faktyczności czyli po prostu do siły.

Nasz autor zarzuca nauce prawa naturalnego, że przenosi teorię prawa z dziedziny norm prawnych w sferę postulatów etyczno-politycznych [3], a sam również przenosi teorię prawa z dziedziny pozytywnych norm prawnych w sferę postulatów, a jeśli nie etycznych, to chyba tym gorzej.

Za jeden z istotnych momentów swej metody uważał Kelsen wyjście ze subiektywistycznej sfery psychologizmu do logiczno-obiektywnej dziedziny mocy obowiązującej [4]. A cóż się osta-

---

1 *Allgemeine Staatslehre.* s. 250.

2 „Si en se tenant aux apparences on pense que c'est en cette efficacité que consiste vraiment l'existence de l'État, alors il en est de lui comme de Dieu: il n'existe qu'autant qu'on croit en lui. ...Une telle existence est d'ordre purement subjectif. Seule, est d'ordre objectif la validité de l'ordre normatif que l'on désigne par les mots État ou Dieu". *Les rapports de système...* s. 8. Szczególne ujęcie! Istnieje moc obowiązująca (la validité, die Geltung) czyli istnieje obiektywny atrybut, ale nie ma obiektywnego podmiotu, do którego ten atrybut się odnosi. Nawet język opiera się wyrażeniu takiej myśli i Kelsen musiał powiedzieć „la validité de l'ordre normatif". A więc ów „ordre normatif" istnieje. Jeżeli zaś on istnieje, to jak można mu przypisywać egzystencję tylko subiektywną, podczas gdy jego atrybut ma, jak mówi Kelsen, egzystencję obiektywną.

3 *Hauptprobleme.* s. V.

4 *Allgemeine Staatslehre.* s. V.

tecznie okazuje? Oto, że logiczno-obiektywna moc obowiązująca zależy całkowicie od psychologicznego uznania jakiejś normy za podstawową. Zamiast wznieść się ponad sferę psychologiczną, wpada się, o ile konsekwentnie utrzymać rozdział rzeczywistości i powinności, w najdalej idący subiektywizm: powinnością będzie w gruncie rzeczy to, co się za powinność uznać zechce [1]. Kelsen, jak wkrótce zobaczymy, dojdzie do obiektywno-logicznej mocy obowiązującej, ale ceną tego dojścia będzie porzucenie tezy o rozdziale bytu i powinności i utożsamienie prawa z siłą. Dopóki zaś tezę tę się uznaje, uniknięcie dowolnego charakteru *Grundnorm* jest niemożliwe. Autor *Reine Rechtslehre* wyznał zresztą, że nie posiada on takich argumentów, które by mogły obiektywnie uzasadnić moc obowiązującą prawa, którymi mógłby on przekonać np. anarchistę o niesłuszności jego stanowiska [2]. I nic dziwnego. Skąd hipotetyczna i względna norma podstawowa mogłaby nabrać czarodziejskich właściwości jakiejś pałeczki magicznej, która przez swe dotknięcie nadaje moc obowiązującą całemu porządkowi prawnemu. Jeśli jednak założeń czystej teorii

---

1 Słusznie pyta L a n d e: „Bo skąd wiemy, że wszystkie te systemy, biorące początek w ciemnej krainie metajurydycznej", obce sobie i sprzeczne ze sobą, są systemami prawnymi? Dlaczego system, oparty na „normie podstawowej" posłuszeństwa dla monarchy ma być systemem prawnym, a drugi oparty na normie podstawowej posłuszeństwa dla rodziców—systemem moralnym?" *Norma a zjawisko prawne* s. 302; por. s. 331. Carakter subiektywny normy podstawowej podkreśla również P e r e t i a t k o w i c z, *Teoria prawa i państwa H. Kelsena.* s. 484 nn.

2 „Sie (Reine Rechtslehre) verhehlt sich nicht, dasz die als „Recht" bezeichnete, spezifisch normative Bedeutung gewisser Tatbestände das Ergebnis einer möglichen, nur bei einer bestimmten — später noch näher zu bestimmenden—Grundvoraussetzung gegebenen, nicht aber einer notwendigen Deutung ist, dasz man die Existenz des Rechts nicht, wie die natürlicher Tataschen und der sie beherrschenden Naturgesetze beweisen, dasz man mit zwingenden Argumenten eine Haltung nicht widerlegen kann, wie etwa die des theoretischen Anarchismus, der es ablehnt, dort wo Juristen von Recht sprechen, etwas anderes zu sehen als nur nackte Gewalt". *Reine Rechtslehre* s. 36. Te poglądy Kelsena podziela S u k i e n n i c k i, *Podstawa obowiązywania prawa narodów.* s. 87.

prawa nie można uzasadnić, to na czym właściwie polega jej charakter naukowy? Naukowy charakter poznania polega wszak, jak pisze Kelsen, na racjonalności i oparciu o doświadczenie [1]. Tego rodzaju poznanie można zaś zawsze uzasadnić przy pomocy narzucających się nieuprzedzonemu umysłowi argumentów.

Nawiasem trzeba zauważyć, że jeśli Kelsen nie jest w stanie dowieść anarchiście mocy obowiązującej całego porządku prawnego, to wcale nie jest niemożliwością przypuścić, że nie będzie on w stanie dowieść mocy obowiązującej pewnej części tego porządku, tej która jest sprzeczna z jakimś innym systemem normatywnym np. z prawem naturalnym. I, jeśli Kelsen jest bezradny wobec anarchisty, głoszącego, że cały porządek prawny nie ma obiektywnej mocy obowiązującej, a jest jedynie fikcją, czystą ideologią pewnej grupy [2], to będzie chyba równie bezradny wobec takiego stanowiska, które nie uznaje tylko pewnej części prawa pozytywnego, tej mianowicie, która sprzeciwia się jakimś wyższym wartościom, uznając natomiast tę część, która jest z nimi w zgodzie [3].

§ 5. Przemiana dualizmu metodologicznego na ontyczny.

Nasza krytyka musi sięgnąć aż do założeń filozoficznych systemu, gdyż pojęcia czystej teorii prawa są tylko wykładnikiem, szczegółowym zastosowaniem ogólnych zasad filozoficznych, uznanych przez jej autora. Jeśli Kelsen stara się wykazać, że powinność prawna jest niezależna od związków celowościowych i przyczynowych, to dlatego, że ma on przed oczyma swą podstawową tezę filozoficzną, tezę o rozdziale rzeczywistości i powinności. Z niej to wynika, że powinność (Sollen) nie może mieć związków z celowością i przyczynowością, które należą do dziedziny rzeczywistości.

Kelsen podkreśla, że rozdział *Sein* i *Sollen* oraz wypływa-

---

1 *Reine Rechtslehre*, s. 14.

2 *Die phil. Grundlagen...* s. 64.

3 Verdross, *Die Rechtstheorie H. Kelsen*. s. 6—7.

jące zeń oddzielenie systemów rzeczywistości od systemów wartości mają być przeprowadzane wyłącznie z punktu widzenia formalno-logicznego, jako rozróżnienie dwu metod badania. Z tego punktu widzenia nie ma przejścia od jednego do drugiego: zawsze poszukiwanie przyczyny powstania jakiejś konkretnej powinności prowadzi do innej rzeczywistości. Z punktu widzenia formalno-logicznego powinność może być też zniesiona tylko przez inną powinność. *Sein* i *Sollen* stanowią więc dwie podstawowe, niesprowadzalne i niedające się określić kategorie. Ma to być metodologiczne a b c wszelkiego poznania [1].

Między pospolitym stanowiskiem, a stanowiskiem Kelsena nie ma wprawdzie różnicy: w obu wypadkach rezultat praktyczny jest jednakowy. Jednak z punktu widzenia fomalno-logicznego, różnica ma być olbrzymia: unika się pomieszania dziedzin bytu i powinności, a zarazem faktyczności i normatywności prawa [2]. Kelsen sądzi, że stosunek pewnej współzależności, który, jak zobaczymy, istnieje między mocą obowiązującą i skutecznością porządku prawnego, nie narusza w niczym podstawowego rozróżnienia, jakie między nimi utrzymać należy. Rozróżnienie to ma być odbiciem rozdziału, który istnieje między rzeczywistością, a powinnością. Aczkolwiek między normatywnością i skutecznością zachodzą treściowe stosunki, aczkolwiek musi istnieć pewne treściowe uzgodnienie, to jednak nie znosi ono podstawowego i istotnego rozróżnienia i przeciwstawienia: podstawą powinności może być tylko inna powinność, tak jak podstawą rzeczywistości może być tylko inna rzeczywistość [3]. Jeśli istnieją stosunki i związek między rzeczywistością i powinnością, to nie z punktu widzenia formalno-logicznego, lecz z materialno-historyczno-psychologicznego. I tylko z tego ostatniego punktu widzenia można zauważyć, że często treść powinności jest za-

---

1 *Hauptprobleme.* s. 8; *Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode.* s. 6 u. *Staatsbegriff.* s. 79—81; *Die Rechtswissenschaft als Norm- oder Kulturwissenschaft* s. 134.

2 *Das Problem der Souveränität.* s. 94—96.

3 *Das Problem der Souveränität.* s. 102.

razem treścią pewnej rzeczywistości, innymi słowy, że to jest powinnością, co się faktycznie dzieje. Tak np. stałe postępowanie większości członków danej grupy społecznej jest uważane za obowiązkowe. Ta tzw. normatywna siła faktów tłumaczy nam tylko psychologiczne powstanie powinności, wyjaśnia psychiczne procesy woli oraz rzeczywiste działanie ludzi. Jednak procesy woli i działanie nie stanowią powinności, lecz rzeczywistość, są one tylko treścią powinności, ale nie samą powinnością, która jest czystą formą [1].

Posługiwanie się terminologią powinności ma podkreślić różnicę jaka istnieje między prawem jako normą, a prawem jako przeżyciem psychicznym. To ostatnie stanowi właściwą, bo naturalną rzeczywistość, prawo zaś, jako duchowa treść (geistiger Inhalt) wyobrażeń prawnych jest powinnością w odróżnieniu od faktycznej skuteczności tych wyobrażeń, stanowiących rzeczywistość naturalną [2].

Między zamierzeniami Kelsena a rzeczywistym zasięgiem jego tezy o rozdziale *Sein* i *Sollen* istnieje rażąca dysproporcja. Z oświadczeń jego wynika, że uważa on pogląd dualistyczny za niedostateczny i jeśli go przyjmuje to dlatego, że nie zna innego, który by go zadowolił [3].

---

1 *Hauptprobleme.* s. 8; *Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode.* s. 7.

2 *Staatsbegriff.* s. 76 n.

3 „Świadomy jestem, że pogląd monistyczny nie uznaje dualizmu tkwiącego w pojęciach rzeczywistości i powinności, — treści i formy i że przeciwieństwa pojęć tych nie może uznawać. Jeżeli mimo to widzę zasadnicze przeciwieństwo w obu tych pojęciach i rezygnuję z możliwości połączenia pojęcia powinności z pojęciem rzeczywistości,—formy z treścią—w jakąś formułę wyższego rzędu, obejmującą oba te wzajemnie się wykluczające pojęcia,—to wytłumaczenia tego faktu szukać należy nie w czym innym, jak w tym, że nie jestem monistą. Mimo, że w pełni uznaję niedostateczność poglądu opartego na dualizmie, nie znajduję jednak w umyśle moim ani żadnej drogi, która by prowadziła przez rozłam istniejący między jednostką a światem, duszą i ciałem, podmiotem a przedmiotem, treścią a formą, — ani też słowa, które by tę wieczną dwoistość powyższych pojęć objąć mogło". *Hauptprobleme* przedm. do 1-go wyd. tłum. Przeorskiego s. 11—12.

Jest to więc, jak mówią Francuzi, *un pis aller*, albo swoiste wyznanie wiary: przyjmuję ten pogląd, bo on mi bardziej odpowiada. Czyż może być coś mniej uzasadnionego? I to staje się kategorycznym fundamentem całego systemu. Logiczna struktura rozumowania Kelsena powinnaby być następująca: Jeśli *Sein* i *Sollen* są to dwie odrębne dziedziny, to powinność prawna jest niezależna od rzeczywistości, czyli ma charakter pozaprzyczynowy i pozacelowościowy. Sąd i rozumowanie warunkowe, bo oparte na pewnej nieudowodnionej hipotezie. Twierdzenia warukowe mogą stać się kategorycznymi dopiero wtedy, gdy podstawowa hipoteza zostanie udowodniona. U naszego autora przebieg rozumowania jest zaś następujący: Postuluję rozdział *Sein i Sollen*. Prawo należy do dziedziny powinności, a więc prawo jest niezależne od rzeczywistości. Jest to oczywiste *petitio principii*, bo gdy spytamy dlaczego właściwie prawo jest niezależne od rzeczywistości, to odpowiedź będzie brzmiała: dlatego, że *Sollen* jest niezależne od *Sein*. Postulat, którego należało by dowieść, jest używany jako argument dla udowodnienia tezy.

Rozdźwięk między zamierzeniami a ich doktrynalną realizacją jest uderzający jeszcze z innego punktu widzenia. Opierając się znów na oświadczeniach Kelsena, możemy wnioskować, że rozróżnienie bytu i powinności wprowadza on jakby ze względów dydaktycznych, aby przeciwstawić się naiwnej tendencji uważania prawa i państwa za jakieś byty realne (Natursein), aby podkreślić ich charakter idealny norm prawnych (ideales Sein) i uwypuklić zasadniczą różnicę jaka istnieje między systemem normatywnym a jakimkolwiek systemem przyrodniczym [1].

Jeśliby chodziło tylko o logiczno-formalne rozróżnienie pojęć, to wszystko byłoby w porządku. Logiczno-formalnemu rozróżnieniu pojęć powinności i rzeczywistości oraz ich metodologicznemu przeciwstawieniu nic zarzucić nie można.

Niewątpliwie słuszne jest twierdzenie, że co innego wyraża zdanie: *A* jest prawnie zobowiązany zapłacić *B* sumę *x*, względnie zdanie: *n* jest przestępstwem i według prawa powinno być

1 *Staatsbegriff.* s. 77.

ukarane, a zupełnie co innego zdanie: istnieje pewna możliwość, że *A* zapłaci *B* sumę *x*, lub: kto zachowa się w sposób *n* ten według wszelkiego prawdopodobieństwa zostanie ukarany [1].

W pierwszym wypadku mamy normatywne znaczenie prawa, powinność prawną niezależną od przypuszczalnego przebiegu zjawisk w rzeczywistości. W drugim tylko taki przypuszczalny przebieg zjawisk.

Słuszna też jest myśl: że czym innym jest moc obowiązująca normy, a czym innym fakt myślenia o niej, czy pragnienie jej realizacji, podobnie jak prawdziwość, czyli moc obowiązująca twierdzenia Pitagorasa jest czymś odrębnym i niezależnym od faktu, że zostało ono przez kogoś pomyślane. Formalne odróżnienie dziedziny powinności od dziedziny rzeczywistości, stanowi dobrą precyzję pojęć, która jest możliwa, a nawet metodycznie wskazana [2]. Z pośród wielu możliwych punktów widzenia, z których można się zapatrywać na przedmiot badań, uczony zawsze musi wybrać jeden, musi uczynić coś w rodzaju redukcji fenomenologicznej. Podobnie teoretyk prawa może, dla potrzeb teoretycznej analizy norm, badać tylko ich strukturę normatywną, abstrahując od momentów rzeczywistości [3]. Ale potrzeba, czy nawet, konieczność pojęciowego odróżnienia nie upoważnia do on-

---

1 *Reine Rechtslehre.* s. 35.

2 *Hauptprobleme.* s. 64.

3 Jasne rozwinięcie tej myśli dał Morgenthau: „Pour connaître les normes telles qu'elles sont il faut les isoler et les purifier de tout élément empirique, comme l'anatomiste doit désarticuler du corps les muscles dont il veut connaître la structure. Il faut dans ce but considérer les normes comme si elles n'avaient aucun rapport avec le monde empirique, comme si l'oposition entre le normatif et le réel, entre le devoir-être et l'être était absolue; de même l'anatomiste en étudiant les muscles comme tels, doit oublier que les objets de sa science sont indissolublement liés dans la réalité, par exemple par les nerfs et les veines, à d'autres phénomènes. Le théoricien des normes, tout comme l'anatomiste, hypostasie donc l'indépendance de l'objet de connaissance qu'ils ont en mains en le considérant donné comme tel et séparé d'une façon absolue du reste du monde". *La réalité des normes.* s. 3.

tycznego oddzielenia: Nie zawsze różnica pojęciowa oznacza różnicę rzeczy. Najczęściej nawet jedna rzecz (unum in re) ujmowana jest *in mente* zapomocą wielu pojęć. Przykłady można dać liczne i wprost banalne: W czarnym piórze do pisania odróżniamy kolor, kształt, twardość itp. W duszy ludzkiej odróżnię rozum i wolę, ale stanowią one jedną rzecz. Podobnie można odróżniać pojęcia powinności i rzeczywistości, ale odróżnienie to nie upoważnia jeszcze do ontycznego oddzielenia powinności od rzeczywistości [1]. Wszak nie zawsze to co jest (Sein) przeciwstawia się temu co być powinno (Sollen). Często, a specjalnie w dziedzinie prawa i etyki, te dwie płaszczyzny przecinają się. istnieją niezliczone stosunki, co do których trzeba właśnie twierdzić, że są i że być powinny [2]. Wysiłek człowieka w dziedzinie etyki i prawa ma za zadanie doprowadzić do możliwie najpełniejszego pokrycia się płaszczyzn bytu i powinności, względnie jak najbardziej wyeliminować rozbieżność między nimi [3].

To też jest najzupełniej arbitralne i sprzeczne z faktami utożsamianie przedmiotu i metody [4] oraz głoszenie, że nigdy nie można się wyrzec tego przeciwstawienia, które zawsze i pod wszystkimi względami uznać należy między powinnością i bytem, między wartością i rzeczywistością [5].

W takim ujęciu rozróżnienie formalno-logiczne zamienia się na rozdział ontyczny, zostaje ono, jak trafnie powiada Erich Kaufmann, hipostazowane: przeciwstawienie pojęć staje się przeci-

---

1 Krótko i jasno pisze Peretiatkowicz: „Sądzę, że w założeniach teorii Kelsena należy odróżnić dwie tezy o bardzo nierównej wartości naukowej, a mianowicie: 1. odróżnienie świata bytu od świata powinności, 2. zaliczenie prawa i nauk prawnych wyłącznie do świata powinności. Pierwsza teza jest prawdziwa. Druga teza jest wątpliwa". *Teoria prawa i państwa H. Kelsena* s. 471.

2 Binder, *Philosophie des Rechts.* s. 862.

3 Szersze uzasadnienie tej myśli patrz niżej § 9 i 10.

4 „mit „Gegenstand" und „Methode" gar nicht zwei verschiedene Begriffe sondern nur zwei Seiten derselben Erkenntnisfunktion bezeichnet werden". *Rechtswissenschaft als Norm...* s. 152.

5 *Staatsbegriff.* s. 102 n.

stawieniem przedmiotów, a przecież jeśli przeciwstawienie jest, jak powiada Kelsen, tylko formalno-logiczne [1], to znaczy, że to co się analizuje, tworzy pewną całość ze wszystkich innych punktów widzenia niż ten, z którego się przeciwstawia [2]. Nie można twierdzić np., że powinność zapłacenia długu jest nie tylko formalnie różna od prawdopodobieństwa jego zapłacenia, ale, że nie ma żadnego związku z zaciągnięciem długu.

Utożsamienie dualizmu metody z dualizmem przedmiotu, które Kelsen wyraźnie czyni, jest wprawdzie zgodne z poglądami szkoły marburskiej, ale jest niezgodne z faktycznym stanem rzeczy [3], i co więcej, jest niezgodne nawet z pewnymi oświadczeniami Kelsena. W jednej ze swych prac pisze on, że pytanie co do powstania i ustania powinności nie leży w granicach normatywnej metody poznawczej, że można nań odpowiedzieć tylko o tyle o ile się przejdzie z dziedziny powinności do dziedziny rzeczywistości [4]. Zdawało by się, że nawet Kelsen uznaje konieczność szukania podstaw mocy obowiązującej prawa w dziedzinie rzeczywistości, a tym samym uznaje możliwość związku między tymi dwiema dziedzinami [5].

Rezultatem odseparowania dziedzin bytu i powinności jest arbitralność przypisania prawnego. Arbitralny charakter zarachowania prawnego podkreśla sam autor *Hauptprobleme*, mówiąc, że zależy zupełnie od normy, komu ona przypisze dany fakt czyli kogo ona będzie uważała za obdarzonego wolą i czy to w ogóle będzie człowiek, czy też jakiś inny twór [6]. Zarachowanie prawne opiera się więc jedynie na woli ustawodawcy, czyli jest całkowicie zależne od jego dowolności. Nic innego zresztą nie po-

---

1 *Hauptprobleme.* s. 8.

2 Kaufmann, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie.* s. 66; Hold-Ferneck, *Staat als Übermensch.* s. 19.

3 por. interesującą krytykę tego punktu Peretiatkowicz, *Teoria prawa i państwa Kelsena.* s. 487.

4 *Grenzen.* s. 9.

5 por. Deryng, *O podstawach mocy obowiązującej prawa narodów.* s. 3.

6 *Hauptprobleme.* s. 145; por. tamże s. 75, 77.

zostaje jeśli się głosi niezależność przedmiotu zarachowania od działania podmiotu zarachowania oraz eliminuje związek prawa z etyką.

Błędność rozumowania Kelsena i słabe punkty jego argumentacji stają się jaskrawo widoczne w jego rozważaniach o zarachowaniu gospodarczym. Pomijając kwestję formalną: jak czysta teoria prawa może w ogóle w tej sprawie zabierać głos, przytoczmy je jako typowy przykład rozumowania naszego autora [1].

Istnieją trzy czynniki produkcji: ziemia, kapitał i praca. Rezultatem ich współpracy jest dochód społeczny. Powstaje problem komu należy ten dochód przypisać. Człowiek, posługujący się zwykłym zdrowym rozsądkiem, sądziłby, że jeśli się uznaje współudział trzech czynników, to całość dochodu należy przypisać wszystkim wspólnie i ustalić tylko w jakiej proporcji każdy z nich będzie partycypował. Ustalenie proporcji może podlegać, i rzeczywiście podlega, dyskusji i wahaniom, ale sama zasada udziału wszystkich trzech czynników w repartycji dochodu zdaje się być dyktowana przez zwykły zdrowy rozsądek. Powtarzam: skoro się raz uzna istnienie wymienionych czynników.

Kelsen, który, podobnie jak inni pozytywiści, nie ma zaufania do zdrowego rozsądku [2], ale wraz z innymi pozytywistami ma nastawienie normatywne, zgóry przyjmuje, nie wiadomo dlaczego, że „badania oparte na prawie przyczynowości, badania zmierzające do wyjaśnienia zjawisk rzeczywistości, problemu zarachowania gospodarczego rozwiązać nie są w stanie" i twierdzi, że „sprecyzowanie i rozwiązanie powyższego zagadnienia możliwe jest tylko na drodze badań normatywnych" [3].

Jako przykład rozwiązania normatywnego podaje teorię socjalistyczną, która zarachowuje cały dochód gospodarstwa społecznego jednemu z trzech czynników pracy. Dlaczego? Prawdo-

---

1 *Hauptprobleme.* s. 78 n.

2 *Hauptprobleme.* Przedmowa do 1-go wydania: por. A. Comte, *Cours de philosophie positive*, t. IV, lekcja 51. s. 352; Durkheim, *Règles de la méthode sociologique.* Przedmowa.

3 *Hauptprobleme.* s. 79.

podobnie po prostu dlatego, że jej się tak podoba. Inne teorie zarachowują kapitałowi, a jeszcze inne ziemi. Charakter najzupełniej dowolny tak rozumianego zarachowania, występuje tu z całą otwartością. Zupełnie podobne jest stanowisko Kelsena, gdy chodzi o zarachowanie prawne. Wszystko opiera się na dowolności ustawodawcy, gdy on powie: „jeśli *a*, to *b*," powstaje zarachowanie prawne. Kelsen zdaje się zupełnie nie myśleć o tym, że wola prawodawcy, który ustanawia powinność, nie jest ślepa, lecz że daje się kierować rozumnymi motywami, obiektywnymi stosunkami [1]. Ma się wrażenie, że Kelsen widzi tylko dwie krańcowo-przeciwległe alternatywy: albo determinizm przyrodniczy, albo zupełną dowolność w stanowieniu norm. Nie rozumie, iż można uznać stanowienie dowolne w szczegółach, ale według ogólnych wskazówek zawartych w rzeczywistości [2].

Duguit, który nazywa doktrynę Kelsena *une construction de pure logique formelle*, powiada, że rozdział *Sein i Sollen* jest wprawdzie logicznie ścisły, jednak nie można twierdzić, że prawo należy wyłącznie do dziedziny powinności, a to dlatego, że aczkolwiek prawo jest systemem reguł, to jednak reguły powstają pod wpływem praktycznych potrzeb. Te zaś są faktami z dziedziny rzeczywistości: Reguły te poza tym stosuje się do czynności indywidualnych, które są również faktami z dziedziny rzeczywistości, co zresztą uznaje nawet Kelsen. Z drugiej strony zdanie prawne jest wypływem działalności ludzkiej, jest objawem woli, a więc faktem z dziedziny rzeczywistości. O ile więc można przeciwstawiać pojęcia bytu i powinności, to jednak nie można umieszczać porządku prawnego poza życiem rzeczywistym, poza dziedziną bytu [3].

---

1 por. Binder, *Philosophie des Rechts*. s. 723; Znamierowski, powiada, że „pojęcie przypisania w ujęciu Kelsena jest jednym z tworów najbardziej fantastycznych jakie zna teoria prawa i do jeszcze bardziej fantastycznych—już nie pojęć, lecz zestawień słownych — prowadzi". *Podstawowe pojęcia teorii prawa*; s. 138—39.

2 Zob. niżej R.IV. § 3. B.

3 Duguit, *Traité de droit constitutionel* wyd. 2. t. I. s. 64. Podobne myśli rozwijają: Binder, *Philosophie des Rechts*. s. 720—724; Dabin, *Règle morale et règle juridique*. s. 3; Morgentau, *La réalité des normes*. s. 40; Hold-Ferneck, *Staat als Übermensch*. s. 24, 28. O związku prawa

Kelsen przytacza przykłady, w których wyjątkowo i z powodu omyłek powinność robi wrażenie, jakoby była niezależna od rzeczywistości i na tej podstawie wyciąga ogólny wniosek, że powinność jest zawsze od rzeczywistości niezależna. Ponieważ czasem sędzia przypisze oskarżonemu czyn, popełniony przez kogoś innego, przeto konkluduje Kelsen, podstawą zarachowania prawnego nie jest związek przyczynowy między działaniem podmiotu zarachowania a treścią normy. Ponieważ w niektórych wypadkach naruszenie prawa może nastąpić bez świadomego i celowego działania podmiotu, przeto teleologiczne łączenie normy z wolą podmiotu nie może mieć miejsca. Przykłady podane przez Kelsena wcale jednak nie dowodzą, że zarachowanie prawne jest niezależne od przyczynowości i celowości. Z wypadków wyjątkowych, z pomyłek sądowych nie można tworzyć ogólnej reguły [1].

Formuła zarachowania głosi: jeśli zajdzie *A*, to powinno nastąpić *B*, przyczym *A* jest działaniem lub zaniechaniem jakiegoś człowieka (X), *B* zaś jest działaniem organu państwowego w formie kary lub egzekucji [2]. Tak więc już w samej formule zarachowania zawarty jest stan faktyczny i sam Kelsen określa zarachowanie, jako związek ustalony na podstawie normy między pewnym stanem faktycznym a podmiotem [3].

Jeśli więc następuje *B* w stosunku do *X*, mimo że ten *X* nie działał i działanie *A* spełnił jakiś *Y*, to trzeba po prostu powiedzieć, że zaszła pomyłka, że nastąpiło niewłaściwe zaracho-

---

z faktami mówią też: Czuma Ignacy, *Ustrojowe podstawy skarbowości.* s. 61; Le Fur, *Grands problèmes de droit.* s. 8; Deryng Antoni, *O podstawach mocy obowiązującej prawa narodów*; A. Peretiatkowicz *Teoria prawa i państwa H. Kelsena.* s. 471, 476, 486.

1 Hold-Ferneck porusza też myśl, że Kelsen na podstawie jednego wypadku wyciągniętego z masy innych wypowiada twierdzenia o całości, a tymczasem zjawisko społeczne musi być rozważane i określane ze społecznego punktu widzenia. *Staat als Übermensch.* s. 39. Szersze rozwinięcie tej myśli i o metodzie nauk społecznych w ogóle patrz Deploige, *Conflit de la morale et de la sociologie.*

2 *Allgemeine Staatslehre.* s. 49.

3 *Hauptprobleme.* s. 79.

wanie. Innymi słowy, należy wprowadzić rozróżnienie zarachowania właściwego i niewłaściwego, a nie głosić niezależność powinności od rzeczywistości. (Odpowiedź na pytanie co stanowi kryterium zarachowania właściwego otrzymamy w R. IV, po zapoznaniu się z problemem prawa naturalnego).

Zarachowanie prawne ani nie leży w dziedzinie czystej powinności ani też nie jest czysto formalne. Problem zarachowania powstaje dopiero z chwilą porównywania *Sein i Sollen*, wtedy gdy ustala się zgodność lub niezgodność pewnego stanu faktycznego, a więc pewnej rzeczywistości, z powinnością będącą treścią normy. Tak przez szczególną złośliwość losu Kelsen, który energicznie zwalcza fikcje w nauce prawa, dochodzi do tego, że całą swoją teorię opiera na zupełnie dowolnej fikcji, jaką jest rozdział między światem powinności a światem rzeczywistości [1].

Mocno i lapidarnie skrytykował Kelsena Heller mówiąc że czysta teoria prawa bez socjologii jest pusta, a bez teleologii ślepa [2].

Konieczność pełniejszego rozwinięcia stosunku między normatywnością a rzeczywistością, widzą nie tylko przeciwnicy Kelsena, lecz wyczuwają to również jego zwolennicy, którzy w swoich pracach starają się więcej uwzględnić stosunek prawa do rzeczywistości i powiązać prawo z faktami [3].

Podobne uwagi, które uczyniliśmy z powodu oddzielenia rzeczywistości i powinności, należy dodać odnośnie rozdziału formy i treści. Znów rozdział metodologiczny zostaje zamieniony na ontyczny. Kelsen odróżnia *Rechtsinhaltsbegriffe* od *Rechts-*

---

1 „Gerade die Trennung, wie sie Kelsen zwischen den Normen und der Seinswelt durchfürt ist eine ganz wilkürliche Fiktion". Walter Strauch, *Die Philosophie des Als-Ob und die hauptsachlichsten Probleme der Rechtswissenschaft.* 1923. Bausteine zu einer und Philosophie des Als-Ob. VII Bd. s. 24, cyt. in Jöckel *op. cit.* s. 80.

2 *Die Krisis der Staatslehre* in Arch. Sozialwiss. und Sozialpol. vol. V 1926. s. 309 n. cyt. in Treves, *Il diritto.* s. 121.

3 Tak naprzykład Schreier, *Grundbegriffe und Grundformen des Rechts*, por. Ross, *Theorie der Rechtsquellen.* s. 263.

formbegriffe i, uważając za rzecz samo przez się zrozumiałą, że można oddzielnie badać treść i formę prawa, ogranicza czystą teorię prawa do badania strony formalnej. Zdawało by się, że takiemu stanowisku nic zarzucić nie można, że stanowi ono pewien postęp w precyzji pojęć. I choć niektórzy wcale go nie zrozumieli [1], to inni przyjęli je z wielkim, można powiedzieć nawet z nazbyt wielkim, entuzjazmem [2]. O ile jednak pojęciowe rozróżnienie formy i treści jest słuszne, o tyle trudno się zgodzić na zupełne usamodzielnienie strony formalnej, które można zauważyć w teorii Kelsena.

W prawie pozytywnym nie może istnieć samodzielnie strona formalna. Obok pojęć formalnych zawierać ona musi i poję-

---

1 Jeruzalem najzupełniej fałszywie pojmuje zasadę formalistyczną Kelsena. Zarzuca Kelsenowi, że jego doktryna podsuwa prawnikom, jako filozoficzną zasadę to, co stanowi właściwość złych prawników, mianowicie niewolniczą zależność od przepisów ustawy, brak kontaktu z życiem, czyli bezduszny formalizm (Weltfremdheit), że Kelsen czyni z sędziów aparaty do stosowania prawa itp. Zarzuty najzupełniej fałszywe. Wystarczy choć pobieżnie poznać naukę o stopniowej budowie prawa (np. *Reine Rechtslehre* s. 73 nn.) aby zrozumieć, że Kelsen głosi właśnie przeciwieństwo tego, co mu zarzuca Jeruzalem. Sam Kelsen zwraca uwagę na punkty styczne swej doktryny z doktryną szkoły prawa wolnego, gdzie owa twórcza osobowość (schöpferische Persönlichkeit) prawnika, której się domaga Jeruzalem, najsilniej występuje. Przypuszczam, że takie niezrozumienie doktryny Kelsena należy przypisać zbyt powierzchownej interpretacji terminu „formalizm". Jeruzalem, *Die Staatslehre Kelsens.* s, 672. Również i w innych miejscach, krytykując Kelsena, pod terminy używane przezeń, Jeruzalem podstawia pojęcia, które nic wspólnego z kelsenizmem nie mają. Np. na stronie 675 *op. cit.* identyfikuje system norm z przeżyciem prawnym. „Das Normensystem d. h. das Erlebnis des Rechts als System von Sollenserlebnissen". Nie trzeba być wytrawnym znawcą doktryny Kelsena, aby widzieć niedopuszczalność takiego ujęcia. Wystarczy przeczytanie początkowych rozdziałów *Hauptprobleme.*

2 Ross charakteryzuje doktrynę Kelsena, jako „der flammende, indignierte Protest des rein wissenschaftlichen Gewissens gegenüber jeder Verschleicherung der Wahrheit wegen politischen Absichten". Jego zdaniem Kelsen „hat die Staatslehre des deutschen Kaiserreiches bis ins Herz durchschaut: sie steht jetzt wissenschaftlich kompromittiert, da prostituiert durch ihren intimem und leichtfertigen Umgang mit der Politik". *Theorie der Rechtsquellen.* s. 259.

cia treściowe i jednych nie można oddzielać od drugich, jeśli się nie chce tworzyć bytów umysłowych, oderwanych od rzeczywistości. Nauka prawa jest możliwa tylko wtedy, gdy się przyjmie, że norma prawna ma pewną treść. Sam Kelsen zresztą w toku rozważań był zmuszony porzucić swe idealne byty umysłowe i wyznać, że system prawny musi zawierać określoną treść i stawiać swoim normom pewne ograniczenia treściowe, czyli był zmuszony wyznać, że nie można oddzielać treści od formy. Polemizując z Erichem Kaufmannem, który mu zarzucał, że z czystej, pozbawionej treści, powinności czyni podstawę mocy obowiązującej porządku prawnego i że z niej pragnie wydedukować konkretny porządek prawny, co jest absurdem [1], Kelsen odpowiada, że takie postępowanie byłoby rzeczywiście błędne, że on jednak tego nie czyni. W jego teorii podstawą mocy obowiązującej porządku prawnego nie jest czysta, pozbawiona treści powinność, lecz konkretna, pełna treści norma podstawowa [2]. Na innym miejscu rozwija on tę myśl w sposób następujący: W swym czystym pojęciu prawo pozytywne powinno być systemem dynamicznym. Byłoby to zgodne z ideą pozytywizmu. Jednak ten idealny pozytywizm nie może być zrealizowany. Nie jest on zrealizowany przede wszystkim przez samą normę podstawową, która nie jest normą dynamiczną: jej moc obowiązująca nie wypływa z delegacji jakiejś innej normy, lecz jest postulowana. A poza tym prawo pozytywne nie jest czystym systemem dynamicznym, dlatego, że jego normy nie są czystymi normami delegacji, lecz normami zawierającymi pewną treść i to poczynając już od normy podstawowej.

Wprawdzie jej pierwsze i główne zadanie polega na ustanowieniu autorytetu, czyli władzy najwyższej dla tworzenia norm prawnych, ale na tym nie kończy się jej rola. Nie mówi ona tylko: „prawem będzie to, co ta władza ustanowi i dlatego, że ona ustanowi, i nic innego ponad to", ale daje ona również

---

1 *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie.* s. 20—25.

2 *Staatsbegriff.* s. 101 n.

gwarancje, że to, co jest w ten sposób ustanowione, nie będzie pozbawione sensu, że będzie to system logiczny, nie zawierający sprzeczności. Formuła normy podstawowej nie jest więc taka, jak się często lakonicznie mówi: „obowiązuje to, co najwyższa władza ustanowi", ale, dokładniej mówiąc, następująca: „pod warunkami określonymi przez najwyższą władzę, należy stosować przymus taki, jaki ta władza ustanawia i tylko w taki sposób, jak ona to określa. To znaczy np. mówiąc: postępuj tak jak nakazuje monarcha, jednocześnie odnośnie treści powinności odsyła się do nakazu monarchy. Norma podstawowa nie jest więc czystą, beztreściową powinnością, lecz konkretną, pełną treści normą. Jej treść ogranicza wszystkie inne normy na niej oparte: one nie mogą stać z nią w sprzeczności.

Gdyby norma podstawowa była czystą zasadą delegacji, to gwarantowałaby moc obowiązującą treści każdej normy delegowanej, a więc nawet norm sprzecznych ze sobą, norm wykluczających się nawzajem, byle tylko pochodzących od delegowanej władzy. Taki system nie mógłby mieć żadnego znaczenia, nie tworzyłby on całości zdolnej być przedmiotem poznania i ujęcia myślowego, gdyż przeczyłby zasadzie niesprzeczności. A że zasada niesprzeczności obowiązuje w dziedzinie powinności tak jak i w dziedzinie rzeczywistości, przeto norma podstawowa mówi nie tylko, kto może stanowić, ale i zakreśla granice temu, co może stanowić. Przez to jednak prawo pozytywne jest nie tylko czystym systemem delegacji, ale jest porządkiem sensownym, logicznym (sinnvolle Ordnung) [1].

Przez ten postulat sensownego tj. pozbawionego sprzeczności porządku nauka prawa przekracza granice czystego pozytywizmu. Jeśliby jednak ten postulat odrzucić, to nauka prawa istnieć by nie mogła. Uznanie takiej normy podstawowej za obowiązującą stanowi niezbędne minimum prawno-naturalne dla nauki prawa.

---

1 *Die phil. Grundl.* §§ 10, 11, 12, *Problem der Souveränität.* s. 94, 97. *Staatsbegriff.* s. 101.

Tyle Kelsen. Dodajmy, że uznanie tego niezbędnego minimum prawno-naturalnego jest kapitulacją założeń Kelsena, jest wyznaniem, że dla zaistnienia prawa konieczna jest synteza treści i formy [1].

W prawie pozytywnym obok problemu formalnego istnieje problem materialny, problem treści norm. Bez wątpienia prawem pozytywnym nazywamy tylko normy stanowione przez określone organy. Tym niemniej fakt pozostanie faktem, że porządek prawny nie może abstrahować od treści. Aczkolwiek treść ta ma być stanowiona przez upoważniony organ i w określony sposób, to jednak nie można utrzymywać, że normy prawne są czystymi normami delegacji (reine Delegationsnormen). Treść prawa pozytywnego również podlega unormowaniu. Tutaj podobnie jak i w prawie naturalnym wyciąga się wnioski szczegółowe z ogólnych zasad przez czystą operację logiczną (durch eine blosze Gedankenoperation) [2].

Wobec powyższego, postawić musimy następującą alternatywę: albo Kelsen podtrzymuje nadal twierdzenie o czysto formalnym charakterze powinności prawnej i w takim razie do konkretnego prawa dochodzi on, jak mówi Erich Kaufmann, drogą podstępu, przemycając treść; albo też podstawą całego systemu nie jest czysta powinność i w takim razie nie można rozdzielać i usamodzielniać formy i treści, podobnie jak nie można rozdzielać i usamodzielniać rzeczywistości i powinności.

Kelsen będzie się starał zareplikować, że ten związek jest tylko treściowy, że przyczyną powinności może być tylko inna powinność [3], ale to nie zmienia istoty rzeczy: nie ma powinności bez treści.

Jak nie ma czystego rozumu tj. rozumu oczyszczonego ze wszystkich danych doświadczenia, lecz zawsze dany jest rozum ludzki w nierozerwalnym związku z doświadczeniem przedmio-

---

1 Por. E. Kaufmann *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie* s. 31

2 *Die phil. Grundlagen.* s. 19.

3 *Staatsbegriff.* s. 102.

towym [1], tak też nie ma czystej powinności prawnej. Zawsze istnieje tylko powinność spełnienia lub zaniechania czegoś, powinność określonej treści, a nie jakaś czysto formalna powinność w sobie, rodzaj kategorycznego imperatywu. Jak czysty rozum oderwany od rzeczywistości, tak i czysta powinność są abstrakcyjnymi tworami umysłu, które w rzeczywistości nie istnieją [2].

§ 6. Teoria normy podstawowej negacją rozdziału rzeczywistości i powinności.

Poprzednio wykazywaliśmy, że uznanie normy podstawowej, jako granicy dociekań prawnika, nie pozwala prawnikowi wysuwać twierdzenia o rozdziale powinności i rzeczywistości, gdyż twierdzenie takie będzie wykroczeniem poza zakreślone sobie granice [3].

Obecnie zanalizujemy normę podstawową pod innym kątem widzenia.

Teoria normy podstawowej, która jest prawdziwą piętą Achillesową systemu Kelsena, zawiera wyraźne zaprzeczenie tezy o rozdziale *Sein* i *Sollen*, uważanej przez autora czystej teorii prawa za kamień węgielny systemu.

Poznaliśmy już charakter hipotetyczny i względny normy podstawowej. Zasadniczo należało by móc wybierać dowolnie, a przynajmniej niezależnie od skuteczności wybranej normy. Powinność ukarania złodzieja nie zależy od tego czy kradzież została wykryta, a złodziej schwytany i ukarany. Jeśli ktoś ukradł, powinien zostać ukarany, ta norma równie nie zna wyjątków jak prawo fizyczne.

A tymczasem z rozważań Kelsena o normie podstawowej wynika, że powstaje ona wtedy, gdy zarządzenie prawodawcy

---

1 Por. Jakubisiak Aug., *Od zakresu do treści.* s. 40.

2 Jasne rozróżnienie bytu umysłowego, oddzielonego od wszelkiej rzeczywistości, i konkretnej koncepcji, opartej na rzeczywistości, podaje J. Maritain, *L'idéal historique d'une nouvelle chrétienneté.* Pamiętnik kongresu tomistycznego w Poznaniu. Tłum. polskie „Prąd". 1935. s. 230.

3 Por. wyżej R. II. § 3 c.

ustanawia taki porządek normatywny, któremu w pewnym stopniu odpowiada rzeczywiste zachowanie się ludzi [1]. Podobnie też dawna norma podstawowa przestaje mieć moc obowiązującą, wtedy gdy rzeczywistość już jej nie odpowiada, a obowiązującą staje się taka norma, która jest zgodna z rzeczywistością.

Za podstawową zostaje zawsze uznana taka norma, która ma za sobą poparcie siły i co więcej, jest ona uznawana za obowiązującą tylko tak długo, jak długo poparcie takie potrafi sobie zapewnić. Jest to dość nieoczekiwane uznanie zależności między powinnością a rzeczywistością. Za najwyższą władzę uprawnioną do stanowienia *Grundnorm* uważa się tę, która rozporządza rzeczywistą siłą. Widać to jasno w chwilach gwałtownej przemiany obowiązującego porządku prawnego, w wypadku rewolucji, gdy dawny ustrój upada, a na jego miejsce zjawia się nowy. Jest bowiem faktem niewątpliwym, że zwycięska rewolucja stwarza nowy porządek prawny.

Kelsen wyraźnie powiada, że było by prawie bezsensownym chcieć osądzić dziś jakiś fakt we Francji na podstawie *ancien régime'u*, lub w Rosji na podstawie prawa carskiego. Między tymi ustrojami, a dzisiejszym istnieje przerwa ciągłości w postaci rewolucji. Wprawdzie dawny ustrój prawnie nigdy nie został zniesiony i z czysto prawniczego punktu widzenia można by równie dobrze dowodzić jego mocy obowiązującej, jak i mocy obowiązującej ustroju powstałego drogą rewolucji, a to dlatego, że tak jeden jak i drugi opiera się na pewnym założeniu, które prawnie nie da się uzasadnić; tym niemniej jest faktem niewątpliwym, że zwycięska rewolucja stwarza nową normę podstawową: siła staje się prawem [2]. Kelsen precyzuje jeszcze swą myśl mówiąc, że przy zgodności powinności z rzeczywistością nie chodzi o skuteczność całkowitą, nie dopuszczającą żadnych wyjątków, lecz tylko o pewien, niedający się bliżej ustalić, stopień, który nie mo-

---

[1] Np. *Reine Rechtslehre.* s. 67 nn. por. Pitamič recenzja o *Reine Rechtslehre* in Zeitschr. f. off. R. 1935 Bd. XV. s. 413 nn.

[2] *Das Problem der Souveränität.* s. 96 n. *Staatsbegriff.* s. 98 n. *Die philosophischen Grundlagen.* s. 65 n.

że spaść poniżej pewnego minimum, ani wznieść się ponad pewne maximum. Istnieje pewne minimum zgodności między powinnością, a rzeczywistością, gdyż jeśli powinność prawna nie znajduje żadnego oddźwięku w rzeczywistości, jeśli wcale nie jest realizowana, to traci sens posługiwania się nią jako schematem oceny (Deutungschema) dla rzeczywistych działań ludzkich. Nie może być przekroczone pewne maximum zgodności tzn. jeśli nie było by możliwości odchyleń od powinności, to ta ostatnia straciłaby swój właściwy sens normatywny, gdyż norma, której treść jest tak określona, że treść rzeczywistości tj. faktyczny przebieg zdarzeń nie może nigdy być z nią w sprzeczności, przestaje być normą. Nie ma charakteru normy nakaz: powinieneś to, co chcesz.

Tak więc wbrew swoim własnym oświadczeniom Kelsen uznaje konieczność konfrontowania powinności z rzeczywistością, wyznając tym samym, że ta ostatnia może być zgodna względnie sprzeczna z systemem normatywnym uznanym za obowiązujący [1].

Najpierw dowiadujemy się, że tego treściowego stosunku między powinnością a rzeczywistością—prawniczo uzasadnić nie można. Faktyczne uzgodnienie między *Sein* i *Sollen* jest uzasadniane nie w sposów prawniczy, a polityczny przez zasadę analogiczną do zasady ekonomii myślenia Macha [2].

---

1 „Die Frage: Ist eine bestimmte Wirklichkeit wertvoll oder wertwidrig, ist unter der Voraussetzung eines grundsätzlichen Dualismus von Sein und Sollen, Wirklichkeit und Wert—sinnlos". *Das Problem der Souveränität.* s. 99 nota. Wprawdzie Kelsen stara się zgóry odeprzeć zarzuty i pisze: „Wenn eine Wirklichkeit bewertet werden kann, so ist das eben nur in dem Sinne möglich, das der Inhalt des Seins mit dem Inhalt des Sollens in Vergleich gesetzt wird" *tamże.* Ale to nie jest żadna odpowiedź. Czyż można w ogóle przeciwstawiać rzeczywistość i powinność, nie uwzględniając treści? Wydaje nam się, że jest to niemożliwe, gdyż rozdziału treści i formy nie należy hypostazować. Jest to rozdział a raczej rozróżnienie logiczne, ale nie ontyczne. Dlatego zawsze skoro się takie przeciwstawienie czyni, jak to ma miejsce w dualizmie teoriopoznawczym Kelsena, to nie można abstrahować od treści. Por. niżej R. IV.

2 *Das Problem der Souveränität...* s. 99. *Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft.* in Schmollers Jahrbuch XL Bd. Heft 3

Analogicznie do tej zasady wysuwa się w dziedzinie prawa postulat, aby obowiązujący system prawny jak najbardziej odpowiadał istniejącemu stanowi rzeczy, aby, innymi słowy, treść powinności możliwie najbardziej pokrywała się z treścią rzeczywistości [1].

1 Jöckel krytykuje zastosowanie przez Kelsena do nauki prawa zasady ekonomii myślenia. Jego zdaniem nie można jej transponować, jak to czyni Kelsen, z dziedziny nauk przyrodniczych do dziedziny nauk prawnych. W pierwszej jest ona na miejscu. Tam przedmiot poznania tj. przyrodnicza rzeczywistość może być ujmowana za pomocą różnych systemów pojęć. Ilość tych ostatnich oraz ich jakość zależna jest od poznającego. Chodzi tylko o to, aby pojęcia-znaki odtwarzały rzeczywistość. Inaczej, zdaniem Jöckla, rzecz ma się w prawie. Tu nawet pojęcia nie są wytworem uczonego. Tworzy je prawodawca, a uczony teoretyk ma za zadanie interpretować tylko te pojęcia, które są dane, nie mając prawa tworzyć nowych. Nauka prawa przestaje być samodzielną gałęzią naukową, stając się rodzajem zwykłej techniki. *Kelsens Rechtstheoretische Methode*. s. 184—186. Jöckel zbyt ścieśnia granice nauki prawa i nie docenia jej roli twórczej, nie rozróżniając przedmiotu nauki prawa i jej pojęć. Nauka prawa nie tworzy swego przedmiotu. Jöckel słusznie krytykuje „zasadę tworzenia" szkoły marburskiej. Prawo pozytywne, przedmiot nauki prawa jest dany uczonemu, on go tworzyć nie może. Jednak Jöckel zbyt wąsko pojmuje zadania nauki prawa, gdy mówi, że ma ona jedynie tłumaczyć pojęcia zawarte w normach prawnych, określać ich cechy, a nie tworzyć nowych. „Die Jurisprudenz konstruiert überhaupt keine Begriffe, sie sollte es wenigstens nicht tun". s. 178; „Was sie (die Rechtswissenschaft) tut, ist lediglich das eine, die in der Rechtsordnung enthaltenen, vom Gesetzgeber geschaffenen Begriffe in ihrer Bedeutung und in ihrem Umfang auszulegen". s. 180. *Op. cit.* Nauka prawa może i powinna tworzyć, konstruować pojęcia, oczywiście na podstawie doświadczalnej, nie a priori, nie czysto formalne, transcendentalne kategorie, ale pojęcia ścisłe, oparte o prawo pozytywne, dokładniejsze i bardziej sprecyzowane i jaśniejsze niż wyrażenia, którymi się posługuje często prawodawca, który nie zawsze jest teoretykiem prawa, który nie zawsze posiada konieczne wykształcenie logiczno-prawne. Uczony może tworzyć pojęcia, aby przedmiot poznania opracowywać, klasyfikować i krytykować. Ten błąd Jöckela ostro krytykuje Weyr w swej obszernej recenzji o jego pracy zarzucając mu, że teoretyka prawa ogranicza on do roli komentatora. Zeitschr. f. öff. Recht. 1930 Bd. X. s. 458—472. Błąd Jöckela jest wypływem jego poglądów teoriopoznawczych, które są zaczerpnięte z krytycznego realizmu (por. jego pracę s. 160 n.). Wydaje mu się, że, aby wykluczyć charakter aprioryczny pojęć i uznać je tylko za znaki przedmiotu (blosze Zeichen), należy twierdzić, że poznanie jest tylko odbiciem, odzwierciedleniem rzeczywistości. To zapo-

Normę podstawową wybiera się w taki sposób, aby zbudować system, który możliwie największą ilość rzeczywistych aktów uczyni treścią powinności. Dlatego w pewnym znaczeniu norma podstawowa oznacza, jak mówi Kelsen [1], transformację siły na prawo. Tym samym wprowadza się do prawa tak zwaną zasadę efektywności lub faktyczności. Z początku zasada ta jest tylko metaprawnym postulatem, analogicznym do zasady ekonomii poznania Macha. Po tym jednak zasada pozaprawna zmienia się na czysto prawną [2]. Na razie staje się ona zasadą prawną tylko w jednym z dwu monistycznych systemów prawnych, mianowicie w systemie uznającym prymat prawa narodów. Zasada faktyczności tłumaczy tu możliwość jednoczesnej mocy obowiązującej praw różnych państw: prawo narodów jako porządek nadrzędny nadaje moc obowiązującą wszystkim prawom państwowym, które są rzeczywiście skuteczne. Ona też tłumaczy następstwo różnych porządków prawnych: powstanie i ustanie mocy obowiązującej porządku państwowego jest regulowane przez zasadę skuteczności [3].

Ponieważ jednak drugi system, system oparty na pojęciu państwa suwerennego, uznawany początkowo za równouprawnioną hipotezę z systemem opartym na suwerenności prawa narodów, zostaje po tym uznany za wypływ nie dającego się utrzy-

---

znanie czynnej roli umysłu ludzkiego przy akcie poznania mści się na koncepcjach prawnych. W umyśle naszym nie ma transcendentalnych kategorii, wszystkie pojęcia są a posteriori, ale poznanie nie jest to czysto bierne odbicie rzeczywistości, lecz jej ujęcie w sposób właściwy umysłowi ludzkiemu, ujęcie obiektywne, ale uwarunkowane cechami tego umysłu. U J ö c k e l a słuszną jest poza tym myśl, że nauka prawa musi się zajmować nie tylko czystymi formami, lecz i treścią norm prawnych, że pojęcia prawne, to nie tylko transcendentalne, czysto formalne kategorie, ale pojęcia treściowe, tworzone na podstawie doświadczalnej.

1 *Die philosophischen Grundlagen.* s. 65.

2 *Souveränität,* par. 51 s. 235 nn. Por. L a n d e, *Norma a zjawisko prawne.* s. 332.

3 „Nach dem Rechtsprinzip der Effektivität richten sich Beginn und Ende der Rechtsgeltung staatlicher Ordnung". *Reine Rechtslehre.* s. 149.

mać indywidualizmu i subiektywizmu filozoficznego, posuniętego aż do solipsyzmu, oraz oskarżony o negację samej idei prawa i o proklamowanie idei siły na całej linii, krótko mówiąc, ponieważ w końcu Kelsen neguje charakter prawny tej drugiej hipotezy, przeto zasada efektywności staje się zasadą prawną w jedynym systemie uważanym za możliwy, a więc zasadą prawną *tout court* [1], i to nawet podstawową zasadą prawną.

Takie wyniesienie zasady efektywności do godności zasady prawnej, jest przede wszystkim sprzeczne z poprzednim stanowiskiem Kelsena, stosownie do którego zasada ta stanowi pewien analogon do zasady ekonomii myślenia Macha [2]. Wtedy była ona uważana za zasadę polityczną tylko, a nie prawną. Teraz staje się ona już zasadą prawną [3]. Następnie, wprowadzenie zasady efektywności do systemu prawa jest wyraźnym wyznaniem, że powinność zależy od rzeczywistości, że treść normy podstawowej musi być uzgodniona z rzeczywistym zachowaniem się ludzi. To uzgodnienie nie potrzebuje wprawdzie być całkowite, chodzi tylko o pewne nie dające się dokładnie określić minimum i maximum, ale w każdym razie zawsze istnieje pewne uzgodnienie między mocą obowiązującą (Geltung) porządku prawnego, a jego skutecznością (Wirksamkeit) [4]. Tym samym stwierdza się, że mię-

---

1 *Souveränität* § 63. *Reine Rechtslehre.* s. 139—143. Uczniowie Kelsena, wyciągając logiczne wnioski z doktryny mistrza, zupełnie wyraźnie odrzucili równowartość obu hipotez i wypowiedzieli się za prymatem prawa narodów. Zob. Sukiennicki, *La souveraineté des États en droit international moderne.* s. 148.

2 *Reine Rechtslehre.* s. 70.

3 Lande przypisuje to wpływowi zapału dla świeżo zdobytej „obiektywnej zasady poznania" (*op. cit.* s. 332), oraz powiada, że Kelsen uważając koncepcję prymatu prawa narodów za jedynie prawdziwą i jedynie dającą się utrzymać, czyni z niej koncepcję absolutną, a przez to „zatraca w zupełności wszelkie cechy specyficzne i pozytywności i prawności, czyniąc system prawa pozytywnego odgałęzieniem moralności lub prawa naturalnego". s. 330. Błędnie więc pisze Jöckel: „Kelsen ...empfindet diesen Grundsatz als vollkomen auszerjuristisch", *op. cit.* s. 71.

4 *Reine Rechtslehre.* s. 69. *Die philosophischen Grundlagen.* s. 65.

dzy prawem i siłą istnieją pewne stosunki: prawo nie może abstrahować od siły i można by je określić jako organizację siły [1].

Norma podstawowa staje się zasadą, która określa sposób przemiany faktu na normę i która tym samym ustanawia związek między światem bytu a światem powinności.

Kelsen wprawdzie tłumaczy, że to nie narusza zasadniczego rozdziału rzeczywistości i powinności, gdyż system normatywny zaczyna się od normy podstawowej i prawnika kwestia powstania prawa, jako leżąca poza granicami wykreślonymi przez normę podstawową, nie obchodzi, ale to nie jest wyjaśnienie, a po prostu zamykanie oczu na trudności, które nie zmienią faktu, że pod wpływem zmian w dziedzinie rzeczywistości następuje zmiana normy podstawowej, a więc zmiana w dziedzinie powinności. Kelsen-filozof nie chce widzieć tego, co już dostrzegł Kelsen-prawnik. Oczywiście Kelsen-prawnik może tych zmian nie badać, może ograniczyć się do badania norm prawa pozytywnego tj. poruszać się wyłącznie w granicach zakreślonych przez normę podstawową, ale w takim razie musi zerwać z Kelsenem-filozofem i nie wysuwać twierdzeń dotyczących faktów, które zaszły przed powstaniem normy podstawowej. Jest zaś rzeczą oczywistą, że w omówionym wypadku twierdzenie o niezależności bytu i powinności odnosi się do takich właśnie faktów [2].

---

1 *Reine Rechtslehre.* s. 70. Z powodu tej tendencji do uzgodnienia *Sein i Sollen*, zawartej w teorii normy podstawowej, H o r v á t h powiada, że mimo przeciwnych pozorów czysta teoria prawa, a w szczególności jej nauka o normie podstawowej zasługuje na nazwę socjologii prawa. *Rechtssoziologie.* s. 86-91 zwłaszcza nota 15.

2 Por. wyżej R. II § 3 punkt c. Ciekawie pisze H a e s a e r t w *La forme et le fond du juridique.* s. 43-44: „Par ce bond dans la société la construction s'éffondre en bloc ou devient une monstruosité logique. Car, d'une part, M. Kelsen a prétendu édifier son droit, dans la logique pure, et voici que, d'autre part, il l'appuie sur la réalité, avec laquelle il avait rompu le contact. Cette contradiction, M. Kelsen la qualifie philosophiquement „le problème de l'antinomie d'un dualisme postulé comme nécessaire entre l'être (Sein) et l'injonction (Sollen), et l'aveu inéluctable d'un rapport consubstantiel entre ces deux ordres qu'on avait présentés comme sans contact". Bien interprétée, cette proposition n'a qu'un sens: le système n'est pas viable. Construit dans la quatrième dimension, il cherche vie dans une hypothèse, deus ex machina, stérile par définition: les ponts restent coupés".

Teoria prawa przeczy więc programowym założeniom filozoficznym. Kelsen-prawnik nie zdołał przeprowadzić z rygorystyczną konsekwencją tego, co zamierzał Kelsen-filozof. Logika prawnej rzeczywistości okazała się silniejsza od logiki apriorycznego systemu, zmuszając twórcę czystej teorii prawa do wyznania, że powinność płynąca z normy podstawowej opiera się na fakcie historycznym, a więc fakcie z dziedziny bytu, któremu prawnik nadaje znaczenie normatywne [1]. I w gruncie rzeczy cała konstrukcja Kelsena jest zbudowana na metodologicznej hipotezie, na postulacie nakazującym nadawać faktom znaczenie normatywne [2]. Opierając się na tym postulacie Kelsen próbuje uzasadnić normatywną moc wszystkich aktów prawnych. Cała taka konstrukcja jest wyznaniem, że powinność kształtuje się pod wpływem rzeczywistości, uznanie zaś wpływu faktyczności na normatywność stanowi porzucenie idealizmu Cohen'a na rzecz pewnych tez pragmatyzmu Macha [3].

Stosownie do filozoficznych założeń system prawny polegać powinien jedynie na logicznym związku norm z normą podstawową. Jak więc niezgodność treści danej normy podstawowej z rzeczywistością może wpływać na jej moc obowiązującą? Jak rewolucja może spowodować zmianę powinności prawnej? Wszak zmienia ona tylko rzeczywistość. Jeśli się chce konsekwentnie utrzymać tezę o rozdziale między *Sein* i *Sollen*, to należy twierdzić, że powinność tj. moc obowiązująca prawa nie może być w niczym osłabiona, czy zmieniona przez zmiany zaszłe w dziedzinie rzeczywistości [4].

---

1 *Die phil. Grundlagen.* s. 13.

2 Podobnie Treves, *Il diritto...* s. 115 n., Moór, *Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus.* s. 67, 89 n.

3 Por. Kaufmann E., *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie.* s. 29 n. Rozdźwięki wewnętrzne systemu Kelsena powstały zdaniem Sandera, dlatego, że Kelsen usiłował włączyć do swego systemu elementy z jego teorii doświadczenia prawnego (Theorie der Rechtserfahrung). *Kelsens Rechtslehre* s. 2.

4 Ross również widzi niemożliwość utrzymania rozdziału między *Sein* i *Sollen* i podkreśla konieczność utrzymania związku między nimi. *Theorie der Rechtsquellen.* s. 260, 269.

Okazuje się więc, że fakty przeczą założeniom. Założenie głosi: *Sein* i *Sollen* logicznie się wykluczają, są to dwie samoistne, niesprowadzalne kategorie; między systemem normatywnym a systemem ujmującym treść rzeczywistości, czyli eksplikatywnym, istnieje zasadnicza i nieograniczona rozbieżność. A fakty uczą, że między *Sein* i *Sollen* istnieje stały, nie dający się zaprzeczyć stosunek: treść powinności musi być do pewnego stopnia uzgodniona z treścią rzeczywistości. Jest zresztą zasługą Kelsena, że w teorii normy podstawowej nie pominął nauki faktów. Nie spostrzegł on jednak, że uwzględniając ją, zgubił tezę o rozdziale rzeczywistości i powinności.

Wraz z zagubieniem rozdziału bytu i powinności znika zarazem rozdział między treścią i formą, gdyż norma podstawowa nie obowiązuje już tylko ze względu na swą formę, lecz obowiązuje dlatego, że jej treść jest zgodna z treścią rzeczywistości. Tak więc kapitulacja dualizmu na całej linii, a zarazem porzucenie tezy głoszącej, że przedmiotem nauki prawa może być tylko prawo. Zasada faktyczności zmusza bowiem do uwzględniania elementów politycznych i socjologicznych [1].

Kelsen podniósłby może całą dziedzinę prawa i przerzucił w czystą, oderwaną od rzeczywistości dziedzinę powinności, gdyby nie konieczność tego punktu oparcia, ta sama konieczność, która nie pozwoliła Archimedesowi na podniesienie ziemskiego globu. Zamiary Archimedesa spełzły na niczym z powodu tej konieczności, ona też unicestwiła wysiłki Kelsena, by oddzielić powinność od rzeczywistości. Jego teoria normy podstawowej stanowi wyznanie, że niezbędny jest punkt styczny. Skoro zaś jest i być musi punkt styczny, to znaczy, że nie można mówić

---

[1] „Seiner Grundthese (dasz Gegenstand einer Rechtslehre nur Recht sein kann, *Allgemeine Stuatslehre* s. 7, 97) wird aber Kelsen untreu, denn er akzeptiert in seiner Rechtstheorie — erstens — auch den metajuristischen Positivitätsbegriff, nämlich die Reälität, gegen welche Inkonsequenz der Haupteinwand seiner Gegner zielt." etc. M. Stockhammer, *Begriff und Bedeutung der Rechtspositivität.* in Zeitschr. f. off. Recht 1929 Bd. XIII. s. 573.

o całkowitym rozdzieleniu i niezależności powinności od rzeczywistości [1].

Pozostaje więc dwie alternatywy: albo utrzymać konsekwentnie do końca tezę dualistyczną o rozdziale bytu i powinności i wtedy trzeba odrzucić zasadę efektywności, odrzucić wymóg zgodność normy podstawowej z rzeczywistością, to znaczy zamknąć oczy na to, co się rzeczywiście dzieje i powiedzieć: „jeśli fakty nie zgadzają się z teorią, tym gorzej dla faktów". Albo, porzucając dualistyczne stanowisko, uznać, że podstawą mocy obowiązującej prawa jest skuteczność, czyli podstawą powinności jest rzeczywistość. Obydwie razem nie dadzą się utrzymać w systemie Kelsena bez popełnienia sprzeczności. Przyjęcie jednej alternatywy wyklucza drugą. Sam Kelsen dostrzega antynomię, jaka istnieje między postulowanym dualizmem rzeczywistości i wartości, a koniecznością uznania treściowego stosunku między tymi obydwoma systemami [2].

Dostrzegając jednak tę konieczność stosunku między systemami, które według jego założenia, stosunków ze sobą mieć nie mogą, Kelsen nie potrafił rozwiązać problemu. Prześlizgnął się mimo problemu, pozostawiając go nierozstrzygniętym, a przez to całej swej teorii nadał charakter hipotezy dowolnej, nieuzasadnionej i niesprawdzonej.

Każde poznanie, pisze Kelsen, dąży do jedności, której negatywnym kryterium jest brak sprzeczności [3]. System Kelsena nie osiągnął jedności, gdyż nie wytrzymuje próby tego negatyw-

---

[1] „Die geistvolle Konstruktion einer der Gesetzgeber delegierenden Grundnorm wäre zur radikalen Trennung von Positivität und Faktizität sicherlich sehr geeignet, wenn man wüszte, wie der Jurist zu diesen archimedischen Punkte gelangt, richtiger, wenn man nicht genau wüsste, dass er nur durch Kenntnis des soziologischen Inhalts dieser Grundmorm, der mit den tatsächlichen Machtverhältnissen identisch ist, überhaupt konstruiren kann"; H e l l e r, *Die Krisis der Staatslehre*, in „Arch. Sozialwiss. u. Sozialpol", vol. V, 1926 p. 308. cyt. in T r e v e s, *Il diritto come relazione*. s. 115.

[2] *Allgemeine Staatslehre*. s. 19.

[3] „Alle Erkenntnis aber zielt auf Einheit, deren negatives Kriterium die Widerspruchlosigkeit ist". *Allgemeine Staatslehre*. s. 105.

nego kryterium. Istnieją w nim sprzeczności i to nawet poważne, które koncentrują się koło teorii normy podstawowej.

Wziąwszy pod uwagę te wszystkie trudności, jakie teoria normy podstawowej wywołuje w systemie Kelsena, nie trudno zrozumieć głosy nawołujące do jej porzucenia. I tak Moór powiada, że przyjęcie *Grundnorm* jest zbędne i stanowi niepotrzebne dublowanie tezy o wytwarzaniu prawa przez naukę prawa, gdyż ta ostatnia spełnia funkcję twórczą na każdym stopniu tworzenia prawa, a nie tylko przy tworzeniu normy podstawowej. Jego zdaniem ludzkie czynności przedstawiają cielesno-duchową rzeczywistość, która ma immanentne, normatywne znaczenie. Cała dziedzina społeczna stanowi połączenie wartości i rzeczywistości. Funkcja nauki prawa przez przyjęcie normy podstawowej ogranicza się po prostu do ustalenia faktu, że jakiś system norm jest skuteczny. Nauka prawa nie może drogą jakiejś tajemnej, prawniczej alchemii stworzyć mocy obowiązującej prawa pozytywnego. Ona po prostu tylko ustala, konstatuje to, co już istnieje. Moór w bardzo delikatny sposób krytykuje porzucenie przez Kelsena pierwotnej czystości metodologicznej, mówiąc jakby w formie pochwały, że rozstrzygając problem pozytywności prawa miał on naukową odwagę porzucić czysto normatywny punkt widzenia. Delikatność i kurtuazja Moóra jakkolwiek najbardziej godne uznania, nie mogą oczywiście zmienić istoty rzeczy tj. faktu, że rozdział *Sein* i *Sollen* czyli metodyczna czystość teorii zostaje przez Kelsena zatracona przy problemie pozytywności prawa [1].

Pitamič zaś uważa, że o ile Kelsen chce zachować czysto normatywne nastawienie tj. utrzymać konsekwentnie do końca rozdział *Sein* i *Sollen*, to nie może uniknąć ponadpozytywnego uzasadnienia mocy obowiązującej porządku prawnego i wkroczenia w sferę nadnaturalną, w której to dopiero znaleźć może najwyższą, niepochodną, pierwotną normę podstawową w postaci nakazu Boga, i wyraża nadzieję, że Kelsen wyeliminuje z granic

---

[1] J. Moór, *Reine Rechtslehre. Randbemerkungen zum neusten Werk Kelsens.* Zeitschr. f. öff. Recht. 1935. Bd. XV. s. 335, 337, 340/41. Por. tenże *Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus.* s. 70.

czystej teorii prawa konstrukcję hipotetycznej normy podstawowej [1].

§ 7. Istotna podstawa mocy obowiązującej prawa u Kelsena.

Teoria normy podstawowej Kelsena zawiera, bo zawierać musi, koncepcję co do podstaw mocy obowiązującej prawa. Skoro się bowiem raz uzna, że prawo ma moc obowiązującą, to nieuchronnie, *explicite* lub *implicite*, uznać trzeba jakieś uzasadnienie tej mocy. Można o tym uzasadnieniu nie mówić, można, jak to czyni Kelsen, powiedzieć, że leży ona poza granicami naszych zainteresowań, lecz nie można tego uzasadnienia unicestwić. Ono istnieje i istnieć będzie choćbyśmy jak najmocniej zamykali oczy i jak najszczelniej osłaniali uszy. Bez wątpienia, dla teorii, która chce badać jedynie i wyłącznie normy prawa pozytywnego i w niczym poza te normy nie wykracza, uzasadnienie to, jak wynika z samego założenia, znajdować się będzie poza jej granicami. Uzasadnienie znajduje się zwykle poza tym, co się uzasadnia. Jak widzieliśmy, teoria normy podstawowej, choć stanowi część czystej teorii prawa, wykracza poza granice prawno-pozytywne.

Kelsen dobrze wyczuwał, że podstawa prawa pozytywnego musi być metapozytywna, że w chwili powstania prawa, czy konstytuowania się państwa nie ma podstawy prawno-pozytywnej, że nie ma wtedy i być nie może podstawy wypływającej z prawa państwowego, boć to prawo właśnie dopiero się tworzy. Szukanie takiej podstawy w prawie było by istotnie równoznaczne z chęcią wdrapania się na swoje własne ramiona. Równie dobrze wyczuwał Kelsen, że podstawą powinności prawnej nie może być fakt, tylko jakaś powinność. Skoro jednak odciął sobie dobrowolnie drogę do powinności moralnej, to pozostała albo całkowicie dowolna czysto subiektywna, oderwana od rzeczywistości

---

[1] Pitamič recenzja o *Reine Rechtslehre* in Zeitschr. f. öff. Recht. 1935 s. 416.

hipoteza, albo wprowadzenie zasady efektywności. A uznanie zasady efektywności nie tylko rozbija jednolitość systemu Kelsena, ale zmusza do przyjęcia bardzo kłopotliwych konsekwencji dla autora, który niby nie chce identyfikować prawa z siłą. W gruncie rzeczy prowadzi ono właśnie do tego, czego się pragnie uniknąć [1]. Mówiliśmy już, że teoria normy podstawowej doprowadza albo do całkowitej dowolności, albo do utożsamiania prawa z siłą. Ostatecznie zostaje przez Kelsena uznana druga alternatywa. Cała powinność opiera się wszak na normie podstawowej, która mówi: należy postępować tak, jak nakazuje monarcha, prezydent, czy zgromadzenie narodowe, czy wreszcie zwyczaj, krótko mówiąc, określa, której władzy należy słuchać. Gdy jednak w konkretnym wypadku chodzi o określenie, kiedy mamy do czynienia z zarządzeniem pierwszego prawodawcy, ustanawiającym treść Grundnorm, o wskazanie, której konkretnie władzy słuchać należy, to okazuje się, że zawsze tej, która stanowi porządek skuteczny, czyli mówiąc po prostu tej, która ma siłę. Za najwyższy autorytet uznawany jest przez normę podstawową zawsze ten, czyje nakazy są skuteczne, a przestaje nim być z chwilą, gdy nakazy jego tracą skuteczność [2]. Jeśli *Grundnorm* teorii umowy społecznej głosi: tyś powinien to, co sam chcesz [3], to

---

1 *Reine Rechtslehre.* s. 70.

2 *Staatsbegriff.* s. 95. *Die phil. Grundlagen.* s. 65. Komentując tekst z *Problem der Souveränität.* s. 206, G. Husserl pisze: „Der Satz pacta sunt servanda gilt also nach Kelsen nicht kraft willentlicher Bejahung seiender Rechtssubjekte. Seine — wie anderer „Ursprungsnormen" — Geltung ist vielmehr als „objektive" von vornherein und grundsätzlich der willentlichen Stellungnahme individueller Rechtssubjekte gegenüber transzendent". *Rechtskraft und Rechtsgeltung.* s. 40. Przy bliższej analizie całego systemu okazuje się jednak, że ta rzekomo całkowicie obiektywna i transcendentna moc obowiązująca prawa zależy od pewnej właściwości jednego z podmiotów prawa, boć prawodawca jest też i podmiotem prawa, a mianowicie od jego siły. Tutaj dogmat, jak mówi G. Husserl, rozdziału *Sein* i *Sollen* nie wytrzymuje naporu oczywistości. Gerhart Husserl słusznie odrzuca ten dogmat, ale nie uzasadnia bliżej dlaczego to i kiedy pewna rzeczywistość nabiera charakteru normatywnego.

3 *Allgemeine Staatslehre.* s. 251.

norma podstawowa Kelsena sprowadza się do twierdzenia treści następującej: tyś powinien to, co chce ten, który ma siłę. Mówiąc wyraźnie i otwarcie normę podstawową trzeba przedstawić w takiej właśnie postaci. Należy słuchać tego, kto ma siłę — to jest formuła, która bodaj najlepiej i najwierniej reasumuje treść krytycznego pozytywizmu. W ten sposób staje się widoczne uznanie siły za podstawę powinności, które jest osłaniane przez cały kunsztownie zbudowany gmach pojęciowy.

Norma podstawowa, która ma ustanawiać najwyższy autorytet, w gruncie rzeczy w każdym konkretnym wypadku jest jego wytworem, a problem jej mocy obowiązującej sprowadza się do określenia: kto rozporządza siłą wystarczającą dla stanowienia prawa [1]. Tym samym siłę uznaje się za podstawę prawa. Jeśli bowiem głosi się, że powinnością w każdym wypadku jest słuchać tego, który ma siłę, to znaczy po prostu, że siłę uznaje się za podstawę powinności. Krytykując Bergbohma, mówił Kelsen, że kompetencji do stanowienia norm obowiązujących nie można opierać na faktyczności [2], a sam nic innego nie czyni: rzeczywista możność, siła jest i dla niego podstawą powinności.

W polemice ze wspomnianym autorem pyta Kelsen po czym właściwie można poznać, że dana wola jest autorytatywna, że ona stwarza powinność prawną. To samo pytanie, które on kierował pod adresem woli prawodawcy można skierować pod adresem normy podstawowej. Po czym można poznać, że jego norma podstawowa jest prawnie wiążącą? Odpowiedź nie może być inna, jak u Bergbohma: ten za autorytatywną wolę uznawał wolę skuteczną, podobnie Kelsen: za obowiązującą normę podstawową uznał on normę skuteczną, a naukę o państwie i prawie otwarcie nazywa nauką o sile [3].

---

1 Do takiej samej konkluzji dochodzi Castiglia, aczkolwiek wychodzi jakby z przeciwległej strony: „È chiaro che in realtà il problema della creazione di un organo, atto a produrre le norme, cioè a porrre il diritto s'identifica in modo implicito con quello della validità della norma fondamentale". *Stato e diritto in Hans Kelsen.* s. 141.

2 *Problem der Souveränität.* s. 89.

3 „Wenn es überhaupt einen Punt gibt, auf den man sich auszerhalb

Zresztą Kelsen wyraźnie twierdził, że z punktu widzenia naukowego pozytywizmu, cechą specyficzną prawa jest przymus, że porządek prawny z istoty swej jest porządkiem przymusu, a prawne zobowiązanie do pewnego zachowania się oznacza nic innego jak ustalenie, że zachowanie przeciwne wywoła sankcję w postaci przymusu [1]. Z tego wynika, że mimo, iż na innym miejscu prawo uważa za heteronomiczne, a etykę za autonomiczną, to jednak głębsze ustalenie różnicy między normą prawną a moralną bez uciekania się do momentu przymusu, wydaje się Kelsenowi niemożliwe. Nawiasem mówiąc, jest to wyznanie, że analiza logiczna w płaszczyźnie formalnej powinności nie jest w stanie dać wystarczającego określenia prawa i że trzeba się uciekać aż do pomocy elementów z dziedziny bytu, boć przyzwanie na pomoc elementu przymusu i określenie normy prawnej jako normy przymusowej jest niczym innym jak przejściem w dziedzinę rzeczywistości. Wprawdzie Kelsen powie, że porządek prawny jest porządkiem przymusu, a norma prawna normą przymusową tylko w tym znaczeniu, że zawiera ona określenie na jakie zachowanie człowieka porządek prawny powinien reagować aktem przymusu, że norma ta jest normą zarządzającą zastosowanie przymusu, ale że nie mówi nic o jego rzeczywistym zastosowaniu. Przymusem prawnym nazywa się więc rzekomo tylko określenie pod jakimi warunkami człowiek powinien wywierać na drugiego człowieka przymus i to tak zwany fizyczny, zewnętrzny przymus, a czy on rzeczywiście będzie go wywierał, to już jest inna kwestia. Faktyczność przymusu, powiada Kelsen, nie należy do pojęcia państwa względnie prawa [2].

---

des Bereiches der Macht stellen kann, so ist es die Wissenschaft. Auch die Wissenschaft von der Macht; die dann eine reine Lehre von Staat und Recht ist". *Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre.* s. 19.

[1] *Idee des Naturrechts.* s. 244. *Hauptprobleme.* s. XI.

[2] *Problem der Souveränität.* s. 13 nota. *Staatsbegriff,* s. 82. *Idee des Naturrechtes.* s. 225 n. *Reine Rechtslehre.* s. 25. W tym więc tylko znaczeniu, że prawo nie mówi o urzeczywistnieniu przymusu, a tylko o zagrożeniu nim, można by twierdzić, że przymus prawny jest dla Kelsena jedynie ideal-

Jednak można tu za poetą powiedzieć, że Kelsenowi „głos myślom kłamie". Dopiero co widzieliśmy wszak, że norma tak długo i o tyle jest uważana za prawną, jak długo i o ile jest skuteczna. W gruncie rzeczy więc rzeczywiste zastosowanie przymusu, jego faktyczność jest decydująca dla pojęcia prawa [1].

I nie bez racji zauważono, że w czystej teorii prawa normatywność jest zawarta w konkretnym akcie prawnym, że cały system zyskuje charakter prawny dzięki skuteczności konkretnego aktu prawnego [2].

Po długich meandrach myślowych, po przyzwaniu na pomoc całego poważnego aparatu naukowego, Kelsen dochodzi do bardzo prostego i dość brutalnego rezultatu: prawo to norma

---

nym zobowiązaniem. (Por. M y c i e l s k i, *Kryterium prawa w systemie Kelsena*. s. 26). Trzeba jednak pamiętać, że Kelsen myśli o zagrożeniu zwykłym wewnętrznym przymusem — zwar der sogenannte, physische auszere Zwang— a nie o jakimś zobowiązaniu tylko idealnym, psychicznym, w rodzaju odwoływania się np. do honoru, sprawiedliwości, etyki itp.

1 Analizując ten problem teorii Kelsena zupełnie słusznie pisze M o ó r: „Die Zwang anordnende Norm musz nämlich ebenfalls wirksam sein, es musz also *tatsächlich* Zwang angewendet werden, damit die Zwang anordnende Norm als eine rechtliche betrachtet werden könne. Die Rechtsnorm erscheint demnach nicht nur als eine Zwang anordnende Norm, sondern als eine solche, die mit dem Faktum des physischen Zwanges, mit der tatsächlich Zwang anwendenden Wirklichkeit in engster Beziehung steht". *Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus*, s. 91 n.

2 „Que signifie tout ce qui précède? Que ce n'est pas l'acte concret qui s'appuie sur les fondements de la norme fondamentale, mais bien au contraire la norme fondamentale qui se crée, se soutient et se nourrit d'actes concrets; ainsi en était-il des dieux antiques qui se nourrissaient de la fumée des sacrifices offerts sur leurs autels. C'est l'organe inférieur de la hiérarchie des organes constituants qui forme le juridique par excellence, celui qui ordonne la sanction concrète et assure par cela le caractère juridique de tous les organes supérieurs... Ce que nous pensons pouvoir affirmer est que dans la théorie pure le caractère de norme, la normativité, se révèle comme contenu de l'acte juridique concret". E t i e n n e B i b ó, *Le dogme du bellum iustum et la théorie de l'infaillibilité juridique, Essai critique sur la théorie pure du droit*. Revue internationale de la théorie du droit. 1936. s. 23.

przymusowa, prawo to nic innego, jak wewnętrzny porządek przymusowy [1].

Stają się niepotrzebne całe masy stronic z *Hauptprobleme*, skomplikowane wywody, krytyki, argumenty, kontrargumenty wytaczane dla obalenia teorii imperatywu. Prawo to nie imperatyw, zwłaszcza nie imperatyw moralny, prawo to po prostu norma, poparta siłą, przymusem fizycznym. Nie można wprawdzie dowieść anarchistom za pomocą nieodpartych argumentów, że to nie jest zwykła przemoc, jednak prawnicy nazywają to prawem [2].

Rezultat, do jakiego dochodzi Kelsen, nie różni się od krytykowanego przezeń określenia Somló. Prawo Kelsena to również „die Normen einer gewöhnlich befolgten, umfassenden und beständigen höhsten Macht" [3].

Spod współczesnego aparatu naukowego, z poza demokratycznej i pacyfistycznej ideologii wyłania się stara, od Platońskiego Gorgiasza po przez Hobbesa, Spinozę, Hegla, Nietschego i wielu innych znana i głoszona, doktryna prawa silniejszego i absolutyzmu władzy państwowej [4].

Kelsen wprawdzie odpowie, że aczkolwiek materialnie jest to identyczne, to jednak różnica formalna jest ogromna, podobnie jak między twierdzeniem, że należy słuchać dlatego, że tak każe władza, a twierdzeniem, że prawa należy słuchać dlatego, że należy słuchać władzy. Jednak to nie zmieni istoty rzeczy.

---

1 *Reine Rechtslehre.* s. 25, 26, 28.

2 *Reine Rechtslehre.* s. 36.

3 Somló *Juristische Grundlehre* s. 105. Por. *Souveränität.* s. 100 nota.

4 O absolutyzmie tkwiącym u podstaw teorii Kelsena interesujące wywody daje I. Czuma, *Absolutyzm ustrojowy.* s. 245. Pozytywista, G. Radbruch, napisze ze szczerością wprost rozbrajającą: „En face d'un sujet non convaincu de l'opinion adoptée et sanctionée par le législateur, le droit positif signifie simplement une puissance brutale et non une autorité". I konsekwentnie dalej: „Le criminel par conviction contraire à celle adoptée par l'État, le criminel politique *ou social*, ne sont pas des hommes d'une valeur moindre, mais des hommes d'une autre manière de penser". *Le relativisme dans la philosophie du droit.* Archives de philosophie du droit etc. 1934 cahier 1-2 s. 107.

Odpowiedź ta nie jest wystarczająca, gdyż skoro zaczęliśmy szukać, której władzy słuchać należy, to okazało się, że właśnie tylko tej, która ma siłę dla poparcia swoich rozkazów. Aby móc się powołać na różnicę formalną, to trzebaby ją konsekwentnie utrzymać do końca i zupełnie oderwać powinność od rzeczywistości. Kelsen cofnął się przed takim zamknięciem oczu na fakty i dlatego w systemie jego tej konsekwencji brak. Moc obowiązująca całego porządku prawnego opiera się właściwie na skuteczności aktów władzy. Jest to porzucenie przeciwstawienia między wartością a rzeczywistością i stracenie z oczu specyficznego, normatywnego punktu widzenia, które Kelsen krytykował u Spinozy i Hegla[1].

Logika systemu jest nieubłagana i niezmiennie prowadzi do jednakowych wniosków, nieprzyjemnych zdaje się nawet dla pozytywistycznego umysłu Kelsena, skoro tak niechętnie i zawile je wypowiada. Krytyczny pozytywizm, tak jak każdy pozytywizm, który jest logiczny, mimo całego kunsztownego rusztowania metodologii naukowej, jest niczym innym jak uznaniem, że prawo to siła. Żadna metodologia, żadne rozróżnienia i rozdzielania pojęciowe, aczkolwiek subtelniejsze niż u dawnych wyznawców tej doktryny, nie zdołają zasłonić tego, co wyłazi przez wszystkie szczeliny metodologicznej fasady.

§ 8. Oportunistyczna wskazówka zamiast powinności.

Kelsen stale posługuje się pojęciem powinności prawnej, mówi, że prawo stwarza powinność, a jednocześnie twierdzi, że jego powinność nie ma nic wspólnego z przeżyciem psychicznym i powinnością etyczną oraz utrzymuje, że zagadnienie podstaw powinności prawnej nie leży w granicach czystej teorii prawa. Widzieliśmy, że on to zagadnienie na swój sposób rozwiązuje.

Jakby starając się uprzedzić możliwe zarzuty Kelsen oświadcza, że jego pojęcie powinności ma zupełnie specyficzne, pozytywno-prawne znaczenie, zupełnie odrębne od znaczenia moralne-

---

1 *Problem der Souveränität...* s. 100.

go: powinność polega na normatywnym powiązaniu warunku prawnego i następstwa [1].

Jednak takie odgrodzenie się od zwykle używanych pojęć, jeszcze nie tłumaczy na czym właściwie polega normatywność tego powiązania. Nie wystarczy powiedzieć: *Die Beziehung der Strafe auf das Delikt hat keine kausale, hat eine normative Bedeutung* (*Reine Rechtslehre* s. 22), lub też: *Wenn in Vorhergehenden von einer „Geltung" der Norm gesprochen wird, so soll damit zunächst nichts anderes ausgedrückt werden als die spezifische Existenz der Norm, die besondere Art, in der sie gegeben ist* (*tamże* s. 7). Trzeba by bliżej wyjaśnić normatywne istnienie prawa i specyficzność istnienia normy, gdyż inaczej można się spotkać z zarzutem, że wygodniej jest osłaniać się tajemniczą specyficznością używanych terminów, niż podać ich dokładne wytłumaczenie i określenie [2].

Kelsen popełnia błąd, który, jak zobaczymy w następnym rozdziale, będzie przypisywał doktrynie prawa naturalnego: ignoruje on mianowicie problem realizacji prawa. Powinność, powiada, nie jest stanem psychicznym, lecz specyficzną kategorią zarachowania. Tak zrozumianej powinności brak zakończenia w dziedzinie bytu, a widzieliśmy, że Kelsen rozumiał i uznawał konieczność kontaktu powinności z rzeczywistością (por. wyżej § 6). Jeśli całe prawo nie ma zostać logiczną gimnastyką umysłu, to jego działanie musi się przejawić w dziedzinie rzeczywistości. Aby zaś zostać zrealizowane, zarachowanie prawne musi przejść przez pryzmat świadomości, musi stać się powinnością w znaczeniu etycznym. Rugując z pojęć prawnych procesy psychiczne, Kelsen nie rozwiązał problemów, lecz je tylko odsunął [3].

---

1 *Reine Rechtslehre*. s. 22.

2 To samo stosuje się do M e r k l a, zob. niżej s. 159 nota 2.

3 Ta sama uwaga dotyczy socjologicznego „rozwiązania" problemu powinności, które np. podaje D a v y w rozprawie *Le problème de l'obligation chez Duguit et chez Kelsen*. Archives de philos. du droit et de sociologie juridique N 1-2. 1933. Takie rozwiązanie, polegające na tłumaczeniu, że powinność ma charakter społeczny, że wypływa ze społeczeństwa jako coś narzuconego jednostce, właściwie niczego nie rozwiązuje. Pozostaje bowiem nadal otwarty problem, dlaczego pewne sposoby postępowania narzu-

Mówić o powinności, która nie jest stanem psychicznym, lecz specyficzną, idealną kategorią zarachowania, jest tym samym, co mówić o powinności, która nie jest powinnością. Jeśli się chce mówić o zarachowaniu niezależnym od przebiegu zjawisk psychicznych, to lepiej nie używać terminu powinność.

Powinność prawna Kelsena jest takim samym pozorem, jak jego polityczna obojętność.

Jedyną powinnością, o której możnaby sądzić, że istnieje w czystej teorii prawa, to słuchanie postanowień władzy, obowiązek stosowania się do tego, co władza zarządzi. Kelsen nawet w tym sensie sam interpretuje obowiązek prawny. Powiada on, że do określonego zachowania jest człowiek wtedy prawnie zobowiązany, gdy zachowanie przeciwne jest przez normę prawną określone, jako warunek dla stosowania aktu przymusu [1].

Zdawałoby się więc, że istnieje przynajmniej powinność prawna słuchania władzy. Jeśli się jednak temu bliżej przyjrzeć, to się okaże, że nawet tego rodzaju powinność nie istnieje. Hipotetyczna norma podstawowa nie jest w stanie stworzyć żadnej powinności. Aby zaistniała powinność słuchania władzy, to norma mówiąca: należy słuchać władzy, musiałaby mieć moc obowiązującą. A tymczasem, jak widzieliśmy, u Kelsena moc obowiązująca tej normy jest czysto hipotetyczna: on ją uznaje, to jego rzecz, ale, jak sam mówi, nie jest w stanie uzasadnić jej w sposób obiektywny. Jest to, co najwyżej, powinność subiektywna dla autora, imperatyw kategoryczny, który tylko on sam chce przestrzegać. Dla innych powinności tutaj nie ma, co najwyżej oportunistyczna wskazówka: jeśli nie chcesz narazić się na represję ze strony organów państwa, nie łam norm prawnych [2].

O innym obowiązku, czy powinności w pozytywistycznym

---

cane jednostce przez społeczeństwo mają stanowić powinność, na czym ta powinność polega, skąd pochodzi itp. Socjologiczne „rozwiązanie" stanowi tylko, i to w najlepszym razie, odsunięcie problemu, a nie jego rozstrzygnięcie.

1 *Reine Rechtslehre.* s. 47.

2 Por. L a n d e, *op. cit.* s. 312.

systemie opartym na hipotetycznej normie podstawowej, mówić nie można. Możnaby sądzić, że norma prawna jes tczymś w rodzaju *legis mere poenalis*: nie ma obowiązku stosować się do niej, a tylko każdy, kto ją łamie, musi być przygotowany na ewentualne odcierpienie kary. Lecz w gruncie rzeczy prawa pozytywne Kelsena nie są nawet *leges mere poenales* we właściwym tego słowa znaczeniu, gdyż nie wypływa z nich obowiązek odcierpienia kary. System pozytywistyczny nie jest mocen stworzyć nawet takiego obowiązku, gdyż obowiązek odcierpienia kary jest obowiązkiem moralnym, a Kelsen zerwał wszelkie więzy łączące prawo i etykę. To też zupełnie bezpodstawnie uznaje on za istotną funkcję normy prawnej zobowiązanie człowieka do określonego zachowania się" [1].

Norma podstawowa Kelsena nie będzie więc w stanie stworzyć powinności nawet dla organów państwowych. Organ taki może czuć się zobowiązanym do nakazanego przez normę postępowania, aby pozostać w zgodzie z samym sobą, ze swoim stanowiskiem, ale nie ze względu na normę podstawową, o której wie, że jest hipotetyczna, względnie oparta wyłącznie na dowolnym uznaniu ustawodawcy. Jeśli zerwać związek prawa z etyką, to znika w ogóle powinność: to, co się nazywa powinnością prawną, jest zwykłym wskazaniem oportunistycznym: jeśli chcę uniknąć sankcji, muszę się zastosować do wymagań normy prawnej [2].

O ile prawo oddzielić od etyki, to należy uznać słuszność tezy Zittelmana, według którego prawo składa się tylko z sądów hipotetycznych i tworzy imperatyw hipotetyczny [3], oraz słuszność twierdzenia tych autorów, którzy, wyciągając wszystkie wnioski logiczne z tej tezy, głoszą, że dłużnik może nie płacić swych długów, o ile woli egzekucję przymusową, a nawet, że każdy

---

1 *Reine Rechtslehre.* s. 107.

2 Ma rację Bibó pisząc: „L'obligation dans le système de la théorie pure, est créée par la sanction concrète; elle est simplement le revers de l'acte illicite concret et ne mérite pas le titre de notion juridique distincte. *Le dogme du bellum iustum et la théorie de l'infaillibilité juridique.* Revue internationale de la théorie du droit. 1936 s. 20

3 *Irrtum und Rechtsgeschäft.* cyt. Del Vecchio, *L'homo juridicus et l'insuffisance du droit comme règle de la vie.* s. 5.

może popełnić zbrodnię, o ile gotów jest odcierpieć karę przewidzianą przez prawo [1].

W konsekwentnym pozytywizmie może istnieć tylko jedna „powinność": schylić czoło przed siłą. Krytyczny pozytywizm jednak tego nie wyzna, lecz będzie głosił polityczną obojętność [2]. Ona zaś jest właściwie zwykłym oportunizmem. Prawnik-pozytywista, uznający prawo za każdorazowy rezultat walki interesów różnych grup, przypomina człowieka, który zawsze oświadcza: ja głosuję za większością, względnie za silniejszym. Złośliwie scharakteryzowano doktrynę Kelsena jako ideologię zawodowych urzędników państwowych, którzy muszą się podporządkować każdorazowej władzy [3].

---

1 Del Vecchio sam nie chce uznać takich konsekwencji, ale słusznie mówi: „Évidemment. dans ces conditions, le droit s'éloignerait indéfiniment de la morale". *Tamże.* Dabin, który wnikliwie analizuje moralną moc obowiązującą prawa, zdaje się jednak przychylać do utartej wśród prawników opinii o istnieniu jakiejś prawnej mocy obowiązującej i utożsamiać ją z mocą obowiązującą *pro foro externo.* Z braku wyraźnego rozstrzygnięcia tej kwestii przez Dabin'a, przypuszczenie to opieram na następującym jego oświadczeniu: „les lois conformes au bien commun obligent, non seulement au for externe, mais moralement et en conscience. *Philosophie de l'ordre juridique positif* etc. s. 640. Nie można czynić przeciwstawienia czy odróżniać jakichś dwóch rodzajów obowiązywania, gdyż to, co obowiązuje *pro foro externo,* tym samym obowiązuje moralnie czyli w sumieniu. Dabin doskonale sam wyraża tę myśl krytykując Duguit'a, który moc obowiązującą uzależniał od istnienia sankcji. „Il faudrait pourtant, pisze, que l'on se rendît compte, du côté positiviste, que pareille interprétation de la force obligatoire d'une règle ayant valeur „humaine", „sociale", aboutit à supprimer le concept même d'obligation, car celle-ci suppose un sujet lié intérieurement, par la vertu d'un impératif s'imposant à sa conscience morale, et non extérieurement, par la vertu d'une réaction physique, mécanique ou sociale, de quelque nature qu'elle soit. Mieux vaudrait reconnaître franchement que, dans le système positiviste, la notion d'obligation n'a aucun sens que la force obligatoire des règles se confond avec la force tout court". *Tamże* s. 643. Pozostaje tylko wyraźnie powiedzieć, że pojęcie: prawna moc obowiązująca (la force obligatoire juridique) jest tym samym co moralna moc obowiązująca.

2 *Die phil. Grundlagen...* s. 67.

3 „man könnte die Kelsensche Jurisprudenz als die Ideologie des bei wechselnden politischen Verhältnissen arbeitenden juristischen Bureau-

Jednak nawet ucieczka pod skrzydła tak daleko idącego oportunizmu nie może uratować Kelsena przed zajęciem postawy wartościującej, czyli, jak on to nazywa, politycznej, dla której w czystej teorii prawa miejsca być nie miało, jako dla postawy nienaukowej. U podstaw takiego oportunizmu leży założenie, że spokój społeczny, że pewność stosunków jest dobrem najbardziej pożądanym, które się przenosi nad wszystkie inne. Ono ma np. większą wartość niż anarchia i niepewność stosunków. Takie założenie zawiera w sobie niewątpliwie pewną ocenę, której sformułowaniem jest norma podstawowa. Słusznie określa Verdrosz polityczną obojętność czystej teorii prawa, jako czysty pozór [1].

Mimo słownych zaprzeczeń i przeciwnych pozorów Kelsen popełnia błąd właściwy wielu współczesnym myślicielom, którzy zrywając związek między zjawiskami społecznymi a etyką, czują jednak potrzebę znalezienia jakiegoś uzasadnienia dla faktów i podnoszą fakty do godności norm. Tak postąpił Durkheim, głosząc, że powszechność faktu społecznego stanowi kryterium jego normalności [2]. Tak postępują współcześni moraliści, jak Russel i Lindsey [3].

W czystej teorii prawa odnajdujemy raz jeszcze jakby echa znanego zdania Pascala: i tak nie mogąc sprawdzić, aby to,

---

kraten betrachten, der unter den verschiedentesten Herrschaftsformen, mit relativistischer Überlegenheit über die jeweilige politische Macht, die ihm zugeworfenen politischen Anordnungen und Bestimmungen systematisch zu verarbeiten sucht". Schmitt, *Soziologie des Souveränitätsbegriffes und politische Theologie*, Errinnerungsgabe für Max Weber 2 Bd. 1923. s. 31 cyt. Métall, *Die politische Befangenheit der Reinen Rechtslehre* Revue intern. de la théorie du droit 1936. s. 164.

1 Por. Verdrosz, *Rechtstheorie H. Kelsen.* s. 6 n. To samo zauważa E. Fraenkel: „En vérité le positivisme juridique, y compris celui de la théorie pure du droit, ne repose pas sur la neutralité axiologique, mais sur la reconnaissance de la sûreté juridique en tant que valeur suprême et primant la valeur de justice, dans le cas où celle-ci est du moins prise en considération". *L'universalisme et la théorie pure du droit*, Revue internationale de la théorie du droit 1937. s. 299.

2 Durkheim, *Règles de la méthode sociologique.* R. III.

3 Por. Czuma I., *Ogólne uwagi o projekcie prawa małżeńskiego*

co sprawiedliwe, było silnym, to co silne uznano za sprawiedliwe [1].

W gruncie rzeczy Kelsen ubóstwia rzeczywistość tj. nadaje jej cechy takie, jakie teologia przypisuje Bogu. Tylko w Bogu rzeczywistość i powinność stapiają się w jedno. Powinność słuchania Boga wypływa z jego istoty. Jeśli ktoś wie, co to znaczy Bóg, to tym samym rozumie, że Boga słuchać należy. Błąd Kelsena polega więc i tutaj na tym, że czyni on go za wcześnie [2].

Jakiż wniosek z tych dociekań i z tego, jak ośmielamy się sądzić, ustalonego ich rezultatu, że powinność Kelsena nie stwarza powinności właściwej, powinności moralnej, a tylko oportunistyczną wskazówkę? Czy jest to tylko spór terminologiczny? Ktoś mógłby za Kelsenem powiedzieć, że jedni powinnością nazywają powinność moralną i utożsamiają z nią wszelką powinność, inni zaś, a wśród nich Kelsen, mają zgoła odrębne, specyficzne pojęcie powinności [3], że więc należy się porozumieć co do używanych terminów i odróżniać stan psychiczny od myślowego powiązania treści normy z jakimś faktem.

Wydaje się nam, że chodzi o rzecz o wiele głębszą i ważniejszą niż spór o wyrazy. Chodzi o zupełnie wyraźne i świadome skonstatowanie, że oderwanie prawa od etyki, bo to jest głównym celem Kelsena [4], pozbawia je charakteru powinności, że jeśli

---

Komisji Kodyfikacyjnej R. P. Odbitka z „Ruchu prawniczego, ekon. i socjol.", zesz. IV. 1931, oraz X. A. Szymański, *Społeczne znaczenie rozwodów*. s. 3.

1 „La justice est sujette à dispute: la force est très reconnaissable et sans dispute. Ainsi on n'a pu donner la force à la justice, parce que la force a contredit la justice et a dit qu'elle était injuste, et a dit que c'était elle qui était juste: et ainsi ne pouvant faire que ce qui est juste fût fort, on a fait que ce qui est fort fût juste". *Pensées* éd. Brunschvig. fr. 298. Krytykując ostro sprawiedliwość ludzką, Pascal uznawał zresztą, odrzuconą przez Kelsena, wyższą sprawiedliwość, którą uważał za jedynie pewną.

2 Por. *Hauptprobleme*. s. XIV.

3 *Staatsbegriff*. s. 77.

4 Por. R. I. § 1. *Samoistność nauki prawa*. s. 11.

więc prawo ma powinność stanowić, to musi ten związek uznawać [1].

§ 9. Moc obowiązująca prawa a przynależność do systemu prawnego.

Jeśliby sprawę podstaw powinności, a więc sprawę powstawania prawa pozostawić rzeczywiście poza granicami czystej teorii prawa, to tym samym zatrzasnęłoby się drzwi przed powinnością prawną: w czystej teorii prawa na *Sollen*, na *Geltung* miejsca nie ma. Jest niezrozumiałe, jak można w ogóle mówić o mocy obowiązującej i o powinności, pozostając w płaszczyźnie obiektywno-formalnej i co może oznaczać pojęcie obiektywna powinność (das objektive Sollen) w oderwaniu od człowieka, jako istoty obdarzonej świadomością. Bez wątpienia, można snuć rozważania na temat myślowego powiązania przez prawodawcę treści normy z jakimś faktem, można to określać jako specyficzną kategorię zarachowania i słusznie wykazywać, że takie zarachowanie jest niezależne od tego, czy podmiot zobowiązania poczuwa się do obowiązku przypisanego mu przez prawodawcę, czy też nie; wszystko to jest możliwe i dopuszczalne, ale to nie tłumaczy ani rozwiązuje problemu powinności. Rozwiązania takiego dać nie podobna bez opuszczenia formalno-obiektywnej płaszczyzny, na której się porusza Kelsen, bez odwoływania się do świadomości i woli człowieka czyli bez traktowania go jak istoty rozumnej a nie jak abstrakcyjnego punktu zarachowania. O ile powinność ma istnieć, to nie może ona leżeć w jakiejś sferze transcendentalnej w stosunku

---

1 Jeśliby prawo nie stanowiło obowiązku, to jego istnienie straciłoby swój sens. Prawo nie stanowiące obowiązku to *contradictio in adiecto*. Słusznie Cheliński uważa pojęcie obowiązku za składowy element pojęcia normy zobowiązującej tj. normy odnoszącej się do jakiegoś podmiotu: „Jednym z koniecznych elementów normy odniesionej do podmiotu jest pojęcie obowiązku. To pojęcie mieści się już w samym odniesieniu normy do podmiotu. Gdy wypowiadam zdanie „X powinien spłacić dług w terminie", to wynika stąd, iż „X ma obowiązek spłacić dług w terminie". *Pojęcie rozkazu*

do podmiotu. Wszak powinność jest powinnością czyjąś, ustanawia się ją dla kogoś. Ostatecznie adresatem normy musi być zawsze człowiek, a więc obiektywna moc obowiązująca normy musi dojść do świadomości podmiotu i w tym znaczeniu zostać zsubiektywizowana [1].

Nie znaczy to bynajmniej, że moc obowiązująca prawa zależy od uznania adresata. Raz utworzone, prawo obiektywizuje się i jego moc obowiązująca ma charakter obiektywny. Jak prawda, wykryta przez rozum spekulatywny, odrywa się niejako od podmiotu, który ją odkrył i przeżył, tak prawo, ustanowione przez rozum praktyczny, uniezależnia się od podmiotu, który je sformułował i ustanowił. Jeśli więc prawo i jego moc obowiązująca, w pewnym znaczeniu, uniezależniają się od prawodawcy, stając się jego obiektywnym wytworem, to tym bardziej uniezależniają się one od przeżyć adresatów [2].

---

w świetle ogólnej teorii norm. s. 92. Prawo jest zaś nie wątpliwie normą odnoszącą się do podmiotu.

1 Słusznie pisze C a s t i g l i a: „Invero l'integrazione della teorica kelseniana non puo prescindere da questo punto: dal riflesso che la norma ha una validità, che si ricollega a più soggetti in quanto questi riassumono la norma in interiore homine, riflesso da cui il Kelsen crede di poter prescindere non solo, ma vuole prescindere per frestare sul piano obiettivo del puro dover-essere". *Stato e diritto in Hans Kelsen.* s. 175 n.

2 Doskonale G e r h a r t H u s s e r l: „Die Erzeugung des Rechtes, seine Überführung in die (intersubjektive) Rechtswirklichkeit erforderte allerdings konkrete Bewusztseinsakte individueller Rechtssubjekte. Ist das Recht aber einmal zur Entstehung gekommen und Rechtsrealität geworden, so besteht diese — die Rechtsgeltung — gerade darin, dasz das Recht unabhängig von der ferneren Stellungnahme der Rechtsgenossen besteht und sich auch deren ausdrücklicher Willensauflehnung gegenüber behauptet. Ob ein Rechtssatz von einen Genossen seines Rechtskreises gedacht wird, ist für die Geltung dieser Norm völlig unerheblich. Ein Recht gilt, auch wenn alle seinem Bann unterworfenen Rechtssubjekte traumlos schlafen". *Rechtskraft und Rechtsgeltung.* s. 6-7. G. H u s s e r l słusznie dalej podkreśla, że zdanie prawne jest aktem woli (Der Rechtssatz ist Willensakt. s. 8). Wywody jego jednak są zbyt jednostronne i dlatego, mimo dobrego uwypuklenia' że prawo jest czymś rzeczywistym (s. 11), prowadzą one na niebezpieczną pochyłość woluntaryzmu i subiektywizmu. Ograniczanie dowolności przy two-

Prawo ma więc moc obowiązującą niezależnie od uznania, a nawet od dojścia do świadomości poszczególnych podmiotów prawa. Ale, aby zostać zrealizowane, aby stworzyć konkretną powinność prawną, musi ono dojść do świadomości podmiotu, jego obiektywna moc obowiązująca powinna zostać skonkretyzowana i zsubiektywizowana, najpierw w umyśle prawodawcy, a następnie, przy zastosowaniu do konkretnego wypadku, w umyśle adresata normy [1].

---

rzeniu norm jedynie przez inne normy prawne nie wydaje się wystarczające. Nie moglibyśmy też zgodzić się, że uznanie ograniczeń, wpływających z istoty rzeczy może nie interesować prawnika (s. 46). Aby ująć zadawalająco całość zagadnienia należało by równie mocno podkreślić obiektywność podstaw prawa. Czyni to św. Tomasz z Akwinu, mówiąc m. in.: „voluntas ad hoc quod legis rationem habeat, oportet quod sit aliqua ratione regulata: et hoc modo intelligitur quod „voluntas principis habet vigorem legis", alioquin voluntas principis magis esset iniquitas quam lex". *Summa theol.* 1-2 ae, q. 90 art. 1 ad 3-um. W pojęciu mocy obowiązującej zawarte są dwa składniki: akt woli (Willensakt) oraz wartość logiczna (logischer Geltung). G. Husserl zbyt radykalnie przeprowadza rozróżnienie między mocą obowiązującą prawną a logiczną (Unterschied von Rechtsgeltung und logischer Geltung s. 8, 40). Wszak logiczne, to zn. rozumne, rozumne zaś to moralne, a prawo ma związek z etyką. Należało by nie zapominać, że chociaż istnieje różnica między rozumem praktycznym i spekulatywnym (ratio practica i ratio speculativa w sensie tomistycznym), to *ex definitione*, wspólną cechą obydwu jest racjonalność. Wzmiankowana jednostronność prowadzi G. Husserla do uczynienia z sankcji istotnej i specyficznej cechy prawa. Pisze on: „Hier (bei der staatlichen Normsetzung) gibt als konstitutiver Akt der Geltungszeugung die Sanktion dem Gesetzesentwurfe die Seinsform des Gesetzes". s. 10 *op. cit.* Tymczasem projekt prawny może zostać opublikowany jako prawo obowiązujące, nie będąc opatrzony sankcjami.

1 Słusznie uważa G. Husserl: „Eine Ableitung aber der Rechtsgeltung eines historisch einmaligen Sachverhaltes von einer „Norm", die nichts ist, d. h. in keinem raumzeitlich fixierten Rechtskreise gilt, ist ein gedachter Vorgang, der nicht als Rechtskonkretisierung noch überhaupt als möglicher Ablauf der Rechtsgeltungsgenese begriffen werden kann.", *op. cit.* s. 42. Norma podstawowa istnieje zawsze jako pewne przeżycie, choćby nie jasno uświadomione, np. jako milczące uznanie zasady *pacta sunt servanda*, czy jako nie wyraźnie sformułowane przekonanie silniejszego, że jego siła daje mu pewne prawa i prerogatywy wobec słabszych.

Konieczność takiej subiektywizacji silnie akcentował św. Tomasz z Akwinu, skądinąd reprezentant bardzo obiektywistycznego kierunku w filozofii. Uważał on, że prawo, którego istnienie wymagane jest przez obiektywny stan rzeczy, niezależny od woli, chcenia czy zamiaru jednostki, musi jednak zostać powiązane ze świadomością człowieka. Jeśli bowiem prawo ma być regułą i miarą działania, to jak wszelka reguła i miara, powinno być przyłożone do rzeczy mierzonej i regulowanej. Przyłożenie to, gdy chodzi o prawo, odbywa się przez dojście do świadomości tych, których działanie ono reguluje. Dlatego promulgację uważał św. Tomasz za istotny składnik pojęcia prawa [1].

Stałe posługiwanie się pojęciem powinności nie jest przypadkowe. Świadczy ono, że Kelsen niejasno wyczuwał, iż prawo musi stwarzać powinność etyczną. Potwierdza to fakt, że swojemu pojęciu powinności Kelsen mimowoli nadaje znaczenie etyczne [2]. Już w *Hauptprobleme*, a specjalnie w *Die philosophischen Grundlagen* etc., jak to bliżej zobaczymy w następnym rozdziale, pragnąc dowieść logicznej niemożliwości jednoczesnego uznania mocy obowiązującej prawa pozytywnego i prawa naturalnego, Kelsen przypisuje prawu pozytywnemu moralną moc obowiązującą [3]. Przeciwstawia on moc obowiązującą jednego prawa

---

1 *Summa theologica* 1—2ae, 90, 4; por. M a r t y n i a k, *Le fondement objectif du droit d'après s. Thomas d'Aquin.* s. 26. Do podobnych wniosków doprowadza C h e l i ń s k i e g o analiza pojęcia rozkazu: „Rozkaz heteronomiczny, któryby nie był podany do wiadomości adresata, zawierałby w sobie wewnętrzną sprzeczność: ...wydać rozkaz, nie podając go do wiadomości adresata, jest to samo, co dążyć do napisania listu piórem bez użycia pióra. Źródłem więc konieczności zawiadomienia adresata jest tu logiczny pewnik sprzeczności". *Pojęcie rozkazu w świetle ogólnej teorii norm.* Prace z dziedziny teorii prawa. s. 106.

2 L e g a z y L a c a m b r a pisze: „Kelsen leugnet, dasz die Geltung des Rechts noch eine ethische sein kann, kennt nur seine logisch-juristische Geltung, erhebt sie aber unbewuszt zur ethischen Geltung". *Die ontologische Grundlage der Reinen Rechtslehre.* Zeitschr. für öffentliches Recht 1932. s. 650.

3 „Des Staates Wollen ist sein Sollen, seine Pflicht ist seine Wille".

drugiemu, czyli tym samym stawia je na jednej płaszczyźnie. Jest to mimowolne wyznanie, że innej mocy obowiązującej być nie może.

Błędne koło, w którym się kręci Kelsen, powstaje dlatego, że uważa on prawo pozytywne za porządek wiążący, mający moc obowiązującą [1], a mimo to niezależny od związku z prawem naturalnym i etyką. Tym czasem takie pojęcie prawa pozytywnego zawiera *contradictio in adiecto* gdyż to, co wobec człowieka ma moc obowiązującą, to co go wiąże, ma tym samym wartość moralną. Prawo mające moc obowiązującą niezależnie od swej wartości etycznej, to coś jak drzewo nie będące drzewem [2].

Hauptprobleme. s. 250. I. Czuma w następujących słowach analizuje to oświadczenie Kelsena: „To jest obowiązkiem dla państwa, co jest jego wolą. To, co jest wolą państwa jest rownocześnie tym, co być powinno. Nie jest zatym tym, co nie powinno być. Prawo obiektywne wyraża się w woli państwa. To już coś więcej niż zasada „sic volo, sic jubeo"! „Tak chcę, tak rozkazuję" pomija zagadnienie „dobroci", zagadnienie wartościowania normy narzucanej. Stwierdza tylko, iż wola winna być uszanowana, w czym mieści się implicite dodatek: „niezależnie od tego, czy to dobre czy złe". W Kelsena zasadzie „des Staates Wollen ist sein Sollen" tkwi zapowiedź, iż to co państwo narzuca, nie może być kwestionowane nie tylko od strony prawnej, organizacyjnej (konieczność posłuchu np.), co jest zrozumiałe i w pewnych granicach zupełnie uzasadnione, ale od strony moralnej. Dobrem jest to, co narzuca państwo, dobrem staje się przez wyrażenie woli ze strony państwa. Akt woli państwa nadaje tę „dobroć" moralną, tę doskonałość moralną normie prawnej, wydawanej z pomocą tej woli. Innego usprawiedliwienia norma nie potrzebuje. Aby tylko miała tę pieczęć formalnego pochodzenia od „woli" państwa. Norma wtedy nie może być „niesprawiedliwą", skoro pochodzi od tej „woli". Nie może być złą, głupią itp. Jeżeli norma, jeżeli wyraz „woli" wprowadza największy gwałt nad ludźmi, niczym moralnie, kulturalnie, także politycznie uzasadniony, jeśli jest jaskrawym błędem, jaskrawą niesprawiedliwością, nic to nie znaczy, gdyż „des Staates Wollen ist sein Sollen". *Absolutyzm ustrojowy*. s. 245-246.

1 „eine gültige, verbindliche Ordnung", *Idee des Naturrechtes*. s. 224.

2 Moór, który rozumie konieczność oparcia prawa o etykę i uznaje, że prawo ma wartość moralną, czyni beznadziejne wysiłki, aby wykryć spe-

Problem mocy obowiązującej prawa, to problem mieszany, prawno-moralny, który przez samą naukę prawa i tylko w jej obrębie rozstrzygnięty być nie może. Nauka prawa, a zwłaszcza czysta teoria prawa, może tylko orzekać, czy dana norma należy do systemu prawnego, czy też nie. A przynależność do systemu prawnego opiera się, i w tym zgodzić się należy z Kelsenem, na kryteriach czysto formalnych (sposób wytwarzania).

O ile czysta teoria prawa byłaby naprawdę wierna swoim założeniom metodologicznym, to problem mocy obowiązującej pozostałby całkowicie poza jej granicami. W czystej teorii prawa nie należałoby w ogóle poruszać tego problemu, lecz jedynie problem przynależności normy do systemu prawa. Przyczym jeszcze dodać należy, że przynależność do systemu jest to właściwie pojęcie logiczne, a nie specyficznie prawne. Mówiąc, że norma należy do danego systemu norm tym samym twierdzi się tylko, że nie stoi ona w logicznej sprzeczności z danym systemem, że nie naruszając zasady niesprzeczności, można ją do tego systemu włączyć. Na takiej płaszczyźnie logicznej obraca się zarówno Kelsen, jak i Merkl, i dlatego *Geltung* jednego, czy *Rechtskraft* drugiego w gruncie rzeczy powinny być pojęciami formalno-logicznymi [1].

---

cyficznie prawną moc obowiązującą (spezifisch rechtliche Geltung). „Unserer Ansicht nach, pisze on, hat diese spezifisch rechtliche Geltung ihren Ursprung in Zweckmässigkeitsüberlegungen, die im Schosze der Gesellschaft im Zusammenhang mit der rechtlichen Zwangsgewalt entstehem und aus denen die Forderung hervorgeht, dasz man, wenn man den rechtlichen Zwang vermeiden will, die Normen des Rechts befolgen solle". *Das Problem des Naturrechts.* Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 1935 Bd. XXVIII s. 564 nota. Tymczasem wszelkie *Zweckmässigkeitsüberlegungen* mają wartość moralną i, zależnie od okoliczności, odpowiednią moralną moc obowiązującą, gdyż każda celowa, a więc świadoma działalność człowieka podlega ocenie etycznej i w pewnych warunkach może być przez etykę nakazana.

1 Merkl pisze: „Dem Ausdrucke „Grund der Rechtskraft" könnte man, wenn man ihn für sich allein betrachtet, verschiedenerlei Bedeutungen unterlegen. In unserem Zusammenhange beschränkt sich aber schon durch

Nasze poglądy na przynależność do systemu odpowiadają poglądom Merkla na moc prawną (Rechtskraft). Według Merkla moc prawna każdej normy pochodnej oraz trwanie tej mocy są uwarunkowane przez normę wyższego rzędu, a w ostatecznej analizie przez normę podstawową (Ursprungsnorm). Zawsze norma wyższego rzędu określa sposób zmiany normy niższej, sposób zastąpienia jej przez inną normę [1]. Jeśli te twierdzenia zestawić z jego pojęciem mocy prawnej, to powiemy, że odpowiada ono naszemu pojęciu przynależności do systemu [2].

Do podobnych wniosków dochodzi uczeń Kelsena, Felix Kaufmann [3]. Niepotrzebnie tylko mówi o prawnej mocy obowią-

---

die Problemstellung der mögliche Sinn des Ausdruckes ausschlieszlich auf den Erkenntnisgrund". *Die Lehre von der Rechtskraft.* s. 100. To samo oczywiście mógłby powiedzieć Kelsen. Słusznie też uważa M y c i e l s k i: „Kelsenistyczny podział norm, z całym naciskiem podkreślić to musimy, to podział nie na normy wyższe i normy niższe, ale podział na normy logicznie wcześniejsze i logicznie późniejsze". *Czem błądzi współczesna nam nauka prawa.* Księga pamiątkowa międzynarodowego kongresu filozofii tomistycznej w Poznaniu. s. 336.

1 *Die Lehre von der Rechtskraft.* s. 179.

2 „Und unter der Rechtskraft selbst wollen wir die spezifische Geltungsdauer von Rechtlichen verstehen". *op. cit.* s. 177. M e r k l nie rozwiązuje problemu mocy obowiązującej prawa, a tylko go odsuwa: zastępuje jeden wyraz innym, nie określając znaczenia tego ostatniego. Skoro się bowiem powie, że *Rechtskraft* oznacza *Geltungsdauer*, to przez to jeszcze nic nie zostało wyjaśnione. Należałoby skolei określić co oznacza owo *Geltung.* M e r k l mówi tylko, że jest to specyficznie prawne istnienie (spezifisch rechtliche Existenz. s. 300) i że podstawą mocy prawa jest norma podstawowa, która jest postulowana i prawnie nie uwarunkowana. s. 178. *Tamże.* Jako wyjaśnienie, jest to mniej niż mało. Widzieliśmy już, że Kelsen czyni dokładnie to samo. Por. § 8. s. 147.

3 Pisze on: „Dasz ein Satz Rechtsgeltung besitzt, bedeutet, von dem verfahrensimmanenten Gesichtspunkt der Rechtsdogmatik aus gesehen, nichts anderes, als dasz er Bestandteil des auszulegenden Materials ist. Die Kriterien der Rechtsgeltung sind sohin die definitorisch festgelegten Bedingungen, unter denen ein Satz als Bestandteil dieses Materials aufgefaszt wird". *Methodenlehre der Sozialwissenschaften.* s. 298.

zującej (Rechtsgeltung), skoro pod tym terminem rozumie po prostu przynależność do określonego systemu norm. Powtarzamy: p. prawnik, a zwłaszcza prawnik pozytywista, który nie uznaje związku prawa z etyką, nie powinien posługiwać się terminem „moc obowiązująca prawa", może on tylko mówić o przynależności normy dosystemu prawa pozytywnego i wyszukiwać kryteria, na podstawie których będzie mógł zaliczyć normę do danego systemu.

Czy zaś dany system ma w ogóle moc obowiązującą, to problem zupełnie odrębny. Można ułożyć całe mnóstwo logicznie zwartych systemów, które jednak mocy obowiązującej mieć nie będą. Problemu tego jednak nie rozstrzygnie przyjęcie postulatu, że norma podstawowa ma moc obowiązującą (por. wyżej § 4 niniejszego rozdziału).

Termin „moc obowiązująca" jest terminem, który z pochodzenia i właściwego sensu jest terminem moralnym. Zagadnienie mocy obowiązującej prawa było początkowo badane przez teologów i moralistów, i nauka katolicka trwa stale na stanowisku, że prawo pozytywne ma moralną moc obowiązującą [1].

Z czasem termin ten zostaje, jeśli się tak można wyrazić, sekularyzowany. Prawnicy zachowują termin, wyłuskując zeń jego treść etyczną i tworzą pojęcie „prawna moc obowiązująca" (rechtliche Geltung), które przy bliższej analizie okazuje się nowym

---

1 Św. Tomasz z Akwinu pisał: „leges positae humanitus vel sunt justae vel injustae si quidem justae sint, habent vim obligandi in foro conscientiae a lege aeterna, a qua derivantur..." *Summa Theologica* 1-2ae, q. 96. art 5 Dalszy ciąg cytowanego tekstu określa bliżej, które prawa i dlaczego uważać należy za sprawiedliwe, a które za niesprawiedliwe. Jeden z najwybitniejszych współczesnych kanonistów, przytoczywszy cały szereg największych powag z teologii moralnej, konkluduje: „ad essentiam cujuscumque legis indubitanter pertinet, ut subditis obligationem moralem injiciat (secus enim non haberetur lex, sed votum, consilium, monitum vel exhortatio)..." G. Michiels, *Normae generales iuris canonici.* t. I. s. 245. Por. Hürth, F. *Rechtswirkung der Zivilgesetze im Bereich des Gewissens.* Scholastik. 1926. s. 113. Taka też jest oficjalna nauka Kościoła. Zob. np. encykliki Leona XIII. *Diuturnum illud* oraz *Immortale Dei.*

czysto formalnym pojęciem, określającym sposób tworzenia prawa przez organy prawodawcze. Ta przemiana łączy się ściśle z ogólnym procesem uniezależniania prawa od etyki, który był przeprowadzany stopniowo i coraz radykalniej od Thomasiusa, lub, jak chcą niektórzy, nawet od Grocjusza, aż do ostatnich czasów [1].

Wprowadzenie ścisłego rozróżnienia mocy obowiązującej prawa od pojęcia formalnej przynależności do określonego systemu norm może rzucić dużo światła na cały szereg problemów bezskutecznie dyskutowanych w nauce prawa. Weźmy tytułem przykładu znaną w nauce prawa konstytucyjnego kontrowersję dotyczącą nadrzędności ustawy konstytucyjnej. Jedni twierdzą, że konstytucja jest nadrzędna w stosunku do ustaw zwykłych i z formalnego punktu widzenia mają rację, gdyż władza ustawodawcza może pewnym objawom swej woli nadać wyższy stopień trwałości przez utrudnienie ich zmian, oraz postanowić, że, w razie sprzeczności dwu objawów jej woli, ma przeważać ten, który ona uzna za ważniejszy. Cały czas bierze się pod uwagę sposób tworzenia normy. On to decyduje o przynależności do danego systemu prawnego i o wyższym stopniu trwałości pewnych norm [2].

Inni znów są zdania, że moc obowiązująca wszystkich ustaw jest jednakowa, wszystkie bowiem pochodzą od państwowej władzy prawodawczej i są objawem jej woli. Nie można zaś przy-

---

1 Del Vecchio *Lezioni di filosofia del diritto* wyd. 3-cie s. 61.

2 Rousseau w swych *Considérations sur le gouvernement de Pologne et sur sa réforme projetée en 1772* pisał, że o ile sprzeciwiałoby się naturze ciała społecznego uchwalanie takich ustaw, których by ono nie mogło nigdy zmieniać, to wcale nie sprzeciwia się ani naturze, ani rozumowi, jeżeli ono nie będzie mogło odwoływać ustaw konstytucyjnych inaczej jak tylko z tą samą uroczystością, z którą je ustanowiło. Cyt. Stanisław Starzyński, *Nadrzędność czy równorzędność ustaw konstytucyjnych.* s. 4 (90).

jąć stopniowania woli: wola jest lub jej nie ma, ale nie może ona być w mniejszym lub większym stopniu [1].

Niewątpliwie, ustawa albo ma moc obowiązującą, albo nie. Ale nie może mieć wyższego czy niższego stopnia mocy obowiązującej.

Każdy z wymienionych poglądów jest słuszny, ale każdy mówi o czym innym. Rozstrzygnięcie tej kontrowersji bez ścisłego rozgraniczenia pojęć jest niemożliwe [2].

Dodajmy jeszcze, że moc obowiązująca prawa jest jednolita: albo ona istnieje, albo też jej nie ma. Jest to, jeśli używać utartych określeń, pojęcie z istoty swej materialne. Nie można więc np. twierdzić, że istnieje formalna moc obowiązująca, ale nie ma materialnej, lub odwrotnie. Dlatego też nie mówimy tu o formalnym i materialnym pojęciu mocy obowiązującej, lecz używamy dwu odrębnych pojęć: przynależność do systemu norm i moc obowiązująca prawa [3].

Niektórzy byliby może gotowi wysunąć zarzut, że takie rozgraniczenie pojęć prowadzi praktycznie do anarchii. Skoro bo-

---

1 por. S t a r z y ń s k i, *op. cit.* s. 3.

2 Podobnie można rozwiązać trudności wysuwane przez S u k i e n n i c k i e g o, który zresztą wyczuwa moralny charakter mocy obowiązującej prawa, pisząc: „W konsekwentnym zatym rozumowaniu należało by dojść do odmawiania mocy obowiązującej wszystkim, stającym w sprzeczności z bezwzględnymi zasadami etycznymi normom prawa pozytywnego". *Podstawa obowiązywania prawa narodów.* s. 82. Trudności, które dalej wysuwa odpadną, skoro się wyraźnie uzna, że moc obowiązująca prawa to pojęcie moralne, gdyż wtedy nie negując przynależności do systemu norm przepisu, wyraźnie sprzecznego z zasadą *suum cuique*, powiemy, że norma taka nie posiada moralnej mocy obowiązującej.

3 Słusznie pisze M e r k l, że przed jakimkolwiek podziałem pojęcia mocy prawnej, np. na formalne i materialne należy ustalić pojęcie mocy obowiązującej w ogóle (Ein Begriff der Rechtskraft schlechthin), które jest jednolite i wcześniejsze od innych. Dopiero gdy się je ustali, można czynić podziały. *Die Lehre von der Rechtskraft.* s 270 nn.

wiem moc obowiązująca prawa zależy od jego zgodności,a przynajmniej braku sprzeczności z etyką, to ponieważ zapatrywania etyczne zmieniają się, a nawet w danym momencie czasu z trudnością dają się ustalić, więc właściwie nigdy nie będzie wiadomo, które prawo ma moc obowiązującą, a które jej nie posiada. Trudność ta nie zniknie nawet w tym wypadku, gdy prawo decydowania odjąć jednostkom zainteresowanym i powierzyć organom państwowym. Każdy niemal sędzia i urzędnik ma odmienny pogląd na to co etyczne, a co nie etyczne.

Wydaje mi się, że trudności te nie są jednak tak wielkie, jak się na pierwszy rzut oka wydaje. Istnieje przede wszystkim cały szereg spraw, których rozwiązanie przy uznaniu związku prawa z etyką, nie będzie sprawiało kłopotu, nawet bez bliższego sprecyzowania co jest etyczne.

Weźmy np. słynny spór, który Szekspir unieśmiertelnił w swym *Kupcu weneckim* [1]. Któryż sędzia miałby dziś wątpliwości czy należy odmówić mocy wiążącej umowie, stosownie do której wierzyciel miałby prawo wykroić funt mięsa z ciała dłużnika? I czy trzeba by uciekać się aż do subtelnej, prawniczo zresztą nie dającej się utrzymać, formalistycznej interpretacji, a właściwie sofistycznego rozumowania sędziego, by uniemożliwić egzekucję roszczenia, które jest oczywiście sprzeczne z etyką? Bez wątpienia, dzisiaj sprawa ta nie wywoływałaby trudności. Zobowiązania sprzeczne z etyką i dobrymi obyczajami nie są na ogół przez prawodawstwa współczesne uważane za wiążące.

Jednak, moim zdaniem, umowa tego rodzaju nie ma mocy obowiązującej, nawet wtedy, gdy prawo nie uznaje wyraźnie swo-

---

1 Jak wiadomo, sprawa Shylocka była rozważana przez uczonych prawników. M. in. analizowali ją z prawnego punktu widzenia: Ihering (*Der Kampf ums Recht*) i Kohler (*Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz* oraz *Nachwort zu Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz*), Streszczenie polemiki, jaką ta sprawa wywołała między tymi dwoma uczonymi zob. Del Vecchio, *L'homo juridicus et l'insuffisance du droit comme règle de la vie*. s. 2.

ego związku z etyką. Związek ten jest bowiem warunkiem, powiedzmy nawet otwarcie, apriorycznym warunkiem mocy obowiązującej wszelkiego prawa. Skoro uznaje się jako rzecz samą przez się zrozumiałą, dopuszczalność apriorycznych tj. logicznych warunków formalnych istnienia prawa, to nie widzę powodu, dlaczego nie można by uznać tego rodzaju warunków materialnych czyli treściowych.

Treść i forma występują zawsze razem. Jeśli więc, analizując pojęcie prawa z formalnego punktu widzenia, dochodzimy do skonstatowania całego szeregu logicznie koniecznych warunków, to nie jest rzeczą *a priori* niedopuszczalną przypuścić, że analiza pojęcia prawa z materialnego punktu widzenia doprowadzi do wykrycia całego szeregu warunków, które logicznie stawiać się musi treści wszelkiego prawa pozytywnego. Jednym z takich warunków jest zgodność prawa z etyką. Prawo, które sprzeciwia się etyce, staje w sprzeczności z samym sobą, z racją własnego istnienia.

Zgodność prawa z etyką jest koniecznym warunkiem mocy obowiązującej prawa, ale jest to konieczność moralna tzn. taka, która powinna być przez prawodawcę uszanowana, mimo, iż on ma fizyczną możliwość jej nie uszanować. Prawodawca, który jej nie uszanuje, podkopie podstawy bytu społecznego. Dajmy przykład krańcowy, o którym mówi Moór [1]. Prawodawca ma fizyczną możliwość wydać przepis nakazujący zabijać wszystkie noworodki. Jednak dłuższe realizowanie tego „prawa" doprowadziłoby w prostej linii do unicestwienia społeczeństwa. Jeśli więc społeczeństwo ma istnieć, a racją bytu prawa jest organizacja społecznego bytowania ludzi, to prawodawca takiego przepisu wydawać nie powinien. O ile go wyda, to tego rodzaju przepis mocy obowiązującej nie ma [2].

Takie wypadki, w których sprzeczność z etyką jest dla nie-

---

1 Rozwinięcie tych myśli zob. R. VI. § 3. B.

2 Moór, *Das Problem des Naturrechts*. s. 565.

uprzedzonego umysłu oczywista, stanowią większość. Nie należy tylko zbyt wyolbrzymiać trudności i silić się na wielkie subtelności tam, gdzie wystarczy zwykły zdrowy rozsądek.

Trudności napotka się niewątpliwie, ale nie większe od tych, jakie istnieją przy interpretacji każdego prawa pozytywnego i przy stosowaniu go do konkretnych wypadków. Trudności te znacznie się zmniejszą, skoro się pozna i zrozumie obiektywny charakter etyki i uzna prawo naturalne, jako wspólny fundament zarówno etyki, jak i prawa pozytywnego.

ROZDZIAŁ IV.

Problem prawa naturalnego.

§ 1. Uwagi ogólne.
§ 2. Pozytywizacja formalna prawa naturalnego.
a. proces indywidualizacji.
b. prawo naturalne jako system normatywny.
c. błędy w poglądach Kelsena na prawo naturalne.
d. proces indywidualizacji a przemiana prawa naturalnego na pozytywne.
§ 3. Pozytywizacja materialna prawa naturalnego.
A. Poglądy Kelsena.
B. Zarys krytyki transcendentnej.
a. powinność a celowość.
b. związek powinności z rzeczywistością.
c. treść prawa naturalnego.
d. naukowe wartościowanie.
§ 4. Stosunek prawa naturalnego do prawa pozytywnego.
a. logiczna niemożliwość uznania prawa naturalnego obok prawa pozytywnego według Kelsena.
b. krytyka tego poglądu: logiczna konieczność uznania związku między prawem naturalnym a pozytywnym.
c. uwagi o metodzie typu idealnego.
d. odrzucenie poglądu o konserwatywnym charakterze nauki prawa naturalnego.

§ 1. Uwagi ogólne.

Stare, wielokrotnie z triumfem grzebane, a wiecznie odradzające się, zagadnienie prawa naturalnego jest znów jednym z może najbardziej dyskutowanych dziś w nauce prawa [1]. Zaczyna-

1 Słusznie pisze Jarra: „Prawo Natury w tej czy innej swej postaci jest trwałym przejawem właściwości psychicznej człowieka", a w nocie

ją go na nowo roztrząsać nawet w innych naukach społecznych[1]. Nie chcemy i nie możemy przytaczać tu całej literatury świadczącej o odrodzeniu prawa naturalnego [2]. Krótkim, ale wymownym, potwierdzeniem tego odrodzenia mogą być słowa samego Kelsena. Wyznaje on, że w momencie, w którym zdawało się, że pozytywizm zwalczył prawo naturalne, zjawia się świadomy ruch prawa naturalnego [3]. Ruchowi temu przeciwstawia się on, i w swych pracach stara się wykazać jego bezpodstawność naukową. Usiłuje tego dokonać specjalnie w trzech rozprawach [4]. Na nich głównie oprzemy wykład jego poglądów.

Analiza teorii normy podstawowej wykazała, mamy nadzieję dostatecznie, słuszność naszej tezy: mimo przeciwnych oświadczeń Kelsena zawarty jest w niej pogląd na podstawy mocy obowiązującej prawa. Moc obowiązującą prawa opiera Kelsen na sile, a jego powinność prawna sprowadza się do oportunistycznej

---

dodaje: „próżną też fatygą jest zatykać jego od wieków z niewyczerpaną energią wytryskające wciąż nowe źródła". *Ogólna Teoria Prawa.* wyd. 2 s. 30. Podobnie Legaz y Lacambra: „Es (das Naturrecht) ist nicht gestorben, nie wird es sterben", *Die ontologische Grundlage der Reinen Rechtslehre,* Zeitschr. für öff. Recht 1932. s. 643.

1 B. Raynaud, *La loi naturelle en économie politique.* Paris 1936.

2 Przegląd niektórych prac daje Le Fur, *Grands problèmes du droit.* s. 140-145. Zob. też G. Renard, *Le droit, l'ordre et la raison.* Paris 1937, oraz Charmont, *La renaissance du droit naturel.*

3 „Und gerade zu dem Zeitpunkte, da man vermeinte, dasz der Positivismus die naturrechtliche Spekulation endgültig aus dem Feld geschlagen habe — im zweiten Jahrzehnt des XX. Jahrhunderts—setzt eine bewuszt naturrechtliche Bewegung ein. Sie fällt zusammen mit einer Wendung der Naturphilosophie von durch Kants Kritizismus bestimmten Richtung zu einer neuen Metaphysik und einer Wiedegeburt des religiösen Gefühls". *Die philosophischen Grundlagen der Natutrechtslehre und des Rechtspositivismus.* s. 77.

4 Główna i podstawowa rozprawa to cytowana niejednokrotnie *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositismus.* Dwie pozostałe, choć parę miesięcy wcześniej wydrukowane, są w znacznej części dosłownym jej powtórzeniem, a raczej zapowiedzią. Są to: *Die Idee des Naturrechtes* Zeitschrift für öffentliches Recht 1928. s. 221-250 oraz *Naturecht und positives Recht. Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses.* Revue internationale de la théorie du droit. t. II. 1927/28. s. 71-94.

wskazówki. Rozdział poprzedni zawierał krytykę samej teorii Kelsena. Poruszając się w obrębie jego założeń staraliśmy się wykazać wewnętrzne sprzeczności czystej teorii prawa. Rozdział niniejszy ma być krytyką jego krytyki prawa naturalnego. Kelsen sądzi, że, aby ugruntować samoistność prawa pozytywnego, należy odmówić charakteru naukowego prawu naturalnemu tj. temu systemowi, od którego zwykle uzależnia się moc obowiązująca prawa pozytywnego. Nie zadawala się on rozdzieleniem tych systemów, lecz stara się odmówić prawu naturalnemu wartości naukowej w ogóle i wykazać niemożliwość jego istnienia, wychodząc z założenia, że skoro się raz uzna istnienie wartości absolutnych w postaci jakichś norm bezwzględnych, to będą one wywierały swój atrakcyjny wpływ na system prawa pozytywnego i mimo woli będzie się dążyło do przypisania temu ostatniemu cech dobroci, słuszności i sprawiedliwości absolutnej, które się zwykło łączyć z pojęciami etycznymi [1].

Takie ujęcie stosunku prawa naturalnego do pozytywnego jest syntezą poglądów kantowskich z pozytywistycznymi. W myśl pozytywistycznych założeń prawo ma stanowić przedmiot badań dostępny doświadczeniu i naukowemu tłumaczeniu. Z drugiej strony, jak Kant nauczał, czysty rozum nie może badać naukowo wartości absolutnych, a więc i sprawiedliwości, która jest, podobnie jak i one, postulatem rozumu praktycznego. Trzeba więc prawo odseparować od sprawiedliwości, jako od irracjonalnego ideału, stanowiącego wprawdzie niezbędną podstawę do działań ludzkich, ale niedającego się naukowo ustalić [2]. W ten sposób zapewni się prawu charakter naukowy.

Twierdzenia te uzasadnia Kelsen za pomocą metody podobnej do tej, której się często używa w geometrii pod nazwą dowodzenia za pomocą sprowadzenia do absurdu. Zakłada on istnienie prawa naturalnego, a w toku rozumowania, drogą wewnętrznej krytyki usiłuje wykazać, że takiego założenia utrzymać nie można. Uniezależnienie mocy obowiązującej prawa pozytywnego od

---

1 *Reine Rechtslehre.* s. 20.

2 *Reine Rechtslehre.* s. 16; *Idee des Naturrechtes.* s. 221.

prawa naturalnego przeprowadza więc Kelsen w sposób dość radykalny: po prostu unicestwia prawo naturalne czyli zabija przeciwnika.

Rozważania nasze zgrupujemy tu w następujący sposób: Najpierw rozpatrzymy problem pozytywizacji formalnej prawa naturalnego. Kelsen wywodzi, że z czysto formalnego punktu widzenia nie można uznać istnienia prawa naturalnego, gdyż prawo to uważa się za niezależne od działalności człowieka, a tymczasem bliższa analiza wykazuje, że nawet ono musi być wytworem człowieka, czyli już z czysto formalnego punktu widzenia prawo naturalne jest zastąpione przez prawo pozytywne, gdyż prawo będące wytworem człowieka nazywamy prawem pozytywnym (§ 2).

Analogiczne rozważania rozwija Kelsen z materialnego punktu widzenia. Jego zdaniem nie tylko formalnie, ale i materialnie tj. treściowo, prawo naturalne zostaje zastąpione przez prawo pozytywne. Wykazując niesłuszność tego poglądu będziemy mieli okazję do pozytywnego wyłożenia naszego punktu widzenia (§ 3).

I wreszcie w ostatnim paragrafie (4) zbadamy, idąc tokiem myśli Kelsena, stosunek prawa naturalnego do pozytywnego.

§ 2. Pozytywizacja formalna prawa naturalnego.

a. Proces indywidualizacji.

Niemożliwość istnienia prawa naturalnego ma się okazać przede wszystkim w procesie indywidualizacji (konkretyzacji) norm.

Prawo naturalne zarówno jak i prawo pozytywne, aby zostać zrealizowane, musi przejść przez proces indywidualizacji tj. norma ogólna musi być zastosowana do poszczególnego wypadku.

Otóż w czasie tego procesu prawo naturalne zamienia się, zdaniem Kelsena, na pozytywne, w wyniku badań okazuje się, że rzekome prawo naturalne stało się pozytywnym, a więc od początku istnieć nie mogło i domniemanie początkowe było nieprawdziwe. Szczegółowy bieg rozumowania Kelsena jest następujący [1]:

---

1 *Die Idee des Naturrechts.* s. 233.

Ogólna norma prawna, naturalna czy pozytywna łączy dwa fakty słowem „powinien" (soll) w stosunek powinności: jeden z tych faktów staje się warunkiem, drugi następstwem. Np. w systemie prawa naturalnego: jeśli dwaj ludzie zawrą umowę (warunek), to każdy z nich powinien się zachowywać w sposób przez nią ustalony (następstwo). Jest to prawne sformułowanie zasady *pacta sunt servanda*. Przykład z prawa pozytywnego: jeśli ktoś ukradnie (warunek), powinien być przez sędziego ukarany (następstwo).

Aby taka abstrakcyjna norma została zrealizowana musi przejść przez proces indywidualizacji czyli musi zostać skonkretyzowana. Proces ten idzie w dwu kierunkach. Pierwszy akt skonkretyzowania normy ogólnej polega na ustaleniu, iż rzeczywiście zaszedł wypadek, który jest w niej uważany za warunek. A więc, że dwaj ludzie rzeczywiście w określonym miejscu i na określony czas zawarli umowę określonej treści, czy też, że dany człowiek ukradł w określonym miejscu i czasie daną rzecz. Często ten akt ustalenia nazywa się podciągnięciem faktów pod normę i uważa za funkcję czysto logiczną: Otóż po pierwsze jest to określenie tylko jednego z dwu aktów przewidzianych w normie ogólnej (warunku), a następnie nie jest to operacja czysto logiczna polegająca na podciągnięciu faktu pod normę, lecz jest to akt stworzenia nowej normy, normy indywidualnej, konkretnej, która w ten sposób staje między faktem i normą ogólną. Taka norma konkretna, określająca a właściwie stanowiąca, że mamy przed sobą wypadek przewidziany w normie ogólnej jest niezbędnym warunkiem, aby zrealizować przewidziane w normie ogólnej następstwo.

Drugi akt w procesie indywidualizacji normy polega na ustanowieniu określonego treściowo, czasowo i przestrzennie następstwa. Należy więc przede wszystkim ustalić, jakie następstwo w ogóle jest związane z danym warunkiem według normy ogólnej i następnie dokładnie określić wszystkie okoliczności, w których następstwo to będzie urzeczywistnione.

W prawie naturalnym określenie następstwa zbiega się z określeniem warunku, gdyż tam następstwo polega po prostu na

zachowaniu się stosownie do umowy. Należy więc np. dokładnie ustalić treść umowy, aby wiedzieć jakie są jej skutki. Jednak nawet i tu trzeba będzie cały szereg okoliczności określić. Np. nawet jeśli ustalono, iż została zawarta umowa pożyczki, pozostać może do określenia gdzie i kiedy należy zwrócić pożyczoną sumę, z procentami czy bez. Jeśli nawet te okoliczności zostały ustalone, to może wyłonić się cały szereg innych, które trzeba będzie określić. Podobnie dzieje się w prawie pozytywnym. Często np. skutek jest określony ogólnie: za kradzież kara od roku do lat pięciu. Sędzia musi ją określić dokładnie. Nawet jeśli tego nie trzeba czynić, to należy określić, odkąd karę należy odsiadywać, gdzie itp.

Obydwa wyżej wymienione akty indywidualizacji normy ogólnej muszą być dziełem człowieka. Człowiek sam musi stwierdzić, że zaistniał warunek, on sam ustala, że w danym wypadku należy zastosować określone następstwo.

To spostrzeżenie ma, zdaniem Kelsena, ogromne znaczenie dla możliwości istnienia prawa naturalnego. Obiektywne prawo naturalne ma to być prawo nie będące wytworem ludzi, niezależne od ich dowolności, a tymczasem realizacja tego prawa, jego zindywidualizowanie jest możliwe tylko przez ludzkie działanie: nie można się obejść bez udziału ludzkiej myśli i woli. Jedynie w swej formule ogólnej, jako zasada sprawiedliwości, może prawo naturalne być uważane za normę leżącą w sferze transcendentnej w stosunku do empirycznych ludzi. Skoro jednak tylko chodzi o jej zindywidualizowanie, o zastosowanie do konkretnego wypadku, co wszak jest ostatecznym celem każdego prawa, to już działanie ludzkie jest niezbędne. Okazuje się więc, że w czasie procesu swej realizacji prawo naturalne przestaje być naturalnym w czystym tego słowa znaczeniu, a stać się musi sztucznym, stać się musi dziełem człowieka (Menschenwerk). To zaś oznacza, że prawo naturalne zamienia się na prawo pozytywne, to jest na prawo ustanowione działaniem ludzkim. Proces indywidualizacji prawa jest zarazem procesem jego pozytywizacji [1].

1 *Idee des Naturrechtes.* s. 236. Ta krytyka byłaby groźna dla koncepcji Bonnard'a, według której prawo pozytywne jest to prawo naturalne

Na razie mówimy o pozytywizacji w znaczeniu formalnym. Zobaczymy wkrótce, że, według Kelsena, pozytywizacja jest również materialna.

Te poglądy na proces indywidualizacji zawierają cały szereg błędów i nieścisłości. Nieścisłe jest twierdzenie, że prawo naturalne ze swego immanentnego punktu widzenia nie uważa się za wytwór człowieka. Przez takie podejście do krytyki prawa naturalnego Kelsen ogromnie sobie upraszcza zadanie i na końcu swych dociekań znajdzie tylko to, co sam na początku schował. Przeciwstawiając prawo naturalne, jako nie wytworzone przez człowieka i oczywiste, prawu pozytywnemu, które jest przez człowieka ustanowione, a następnie wykazując, że prawo, które nie jest przez człowieka wytworzone, w którym nie ma czynnego udziału rozumu i woli ludzkiej, istnieć nie może [1], obala słusznie nic innego jak tylko swoje własne twierdzenie, o którym zresztą sam wkrótce zapomni [2].

W pewnym znaczeniu wszystko cokolwiek dochodzi do świadomości człowieka, wszystko, co jest przedmiotem jego poznania, jest wytworem człowieka (Menschenwerk). Przede wszystkim w tym znaczeniu, że człowiek jest w akcie poznania aktywny, że on poznaje, on ujmuje rzeczywistość, on ją formułuje, czyli w takim czysto formalnym znaczeniu on ją tworzy. W tym znaczeniu powiedzieć można i trzeba, że człowiek tworzy prawo naturalne. Nie ma gotowych formuł prawa naturalnego, czło-

---

z dodatkiem uświadomienia sobie jego mocy obowiązującej przez większość członków danej społeczności. *Droit naturel et droit positif.* s. 9, 13. Koncepcja taka stanowi pomieszanie pojęć prawa naturalnego i pozytywnego i praktycznie doprowadza do unicestwienia prawa naturalnego, odrzuca je bowiem w jakąś sferę transcendentną w stosunku do człowieka. Praktycznie istnieje wtedy tylko prawo pozytywne.

1 *Idee des Naturrechtes* s. 224, 236, 249. *Die phil. Grundlagen.* s. 32.

2 Podobnie błędny pogląd na prawo naturalne głosi D a b i n, doktrynalnie stojący zresztą na biegunowo przeciwnym stanowisku niż Kelsen. Jednak w danej kwestji spotyka się on z Kelsenem, gdyż sądzi, że prawo naturalne w swym czystym pojęciu powinnoby stanowić jakieś gotowe *datum*, niewymagające pracy człowieka (naturel au sens de donné). *Règle morale et règle juridique.* s. 10 nota.

wiek musi je sformułować i w tym sensie wytworzyć pracą swego umysłu. Pod tym względem formalnie nie ma różnicy między prawem naturalnym, a pozytywnym. Formalnie wszystko podlega takiemu procesowi pozytywizacji [1], a więc także i ogólne zasady prawa naturalnego, a nie tylko, jak myśli Kelsen, ich konkretne zastosowanie. Nawet prawo naturalne zawiera więc, jakby powiedział Geny, *le construit* [2].

Przeciwnicy prawa naturalnego, którzy spostrzegają ową stronę ludzką, ową konieczność pozytywizacji, sądzą, że chodzi o pozytywizację materialną, a nie tylko formalną, zapominają, że istnieje, mówiąc słowami Geny, *le donné*, to co jest dane i czego człowiek treściowo nie tworzy, lecz tylko konstatuje.

W wyłożonym przez nas znaczeniu formalnym prawo naturalne jest wytworem człowieka zarówno w swych zasadach ogólnych jak i w szczegółowych skonkretyzowaniach. Jeśli zaś pozytywizacja jest nie tylko formalna, ale i materialna tzn. jeśli prawo naturalne zostaje zastąpione przez sprzeczne z nim prawo pozytywne, to mamy do czynienia albo z wypadkami omyłki albo ze złą wolą ludzką [3]. Ani jedno ani drugie w niczym nie narusza możliwości istnienia prawa naturalnego [4].

b. Prawo naturalne jako system normatywny.

Zresztą w przedstawieniu tego punktu doktryny prawa naturalnego przez Kelsena można zauważyć rozbieżności. Obok wymienionych ustępów, w których mówi, że doktryna prawa naturalnego nie uważa się na wytwór człowieka, lecz za porządek

---

1 Doskonałe uwagi wypowiada na ten temat L e F u r: „Tout droit est trouvé, je ne dis pas créé, inventé, mais découvert par une élite, doctrine ou jurisprudence, qui le tire de la réalité même, de la nature des choses, disent les anciens auteurs; puis il descend de l'élite dans la masse en réalité, le droit descend et ne monte pas comme on l'a cru parfois; et lorsque l'opinion politique est conquise, les gouvernements, même hostiles, doivent suivre, de plus ou moins bon gré". *La théorie du droit naturel depuis le 18 siècle et la doctrine moderne.* s. 266.

2 *Science et téchnique en droit privé positif.* t. I. s. 97.

3 To, na co się powołuje Kelsen, są to właśnie przykłady omyłek organów sprawiedliwości. *Idee des Naturrechtes.* s. 239, por. niżej s. 105.

4 Por. niżej § 3. B. c. Treść prawa naturalnego.

naturalny i odpowiadający jego dobrej woli, w przeciwieństwie do sztucznego, jakim jest wytworzone przez ludzi prawo pozytywne, znajdują się inne, w których podkreśla, że urzeczywistnienie prawa naturalnego zależy od wiedzy i woli ludzi i że niewystarczająca wiedza jak i zła wola mogą przeszkodzić jego realizacji [1]. Najbardziej może charakterystyczne będą tu ustępy, w których Kelsen podkreśla, że prawo naturalne stanowi system normatywny podobnie jak prawo pozytywne. Nie można utrzymywać, pisze on, że w prawie naturalnym następstwo automatycznie wypływa z warunku, gdyż oznaczałoby to przesunięcie prawa naturalnego z dziedziny powinności do dziedziny konieczności przyczynowej, a mimo całego szeregu różnic obydwa systemy, prawo naturalne i prawo pozytywne są systemami norm, obydwa wytwarzają pewną powinność, różniącą się istotnie od konieczności przyczynowej nauk przyrodniczych. W wypadku tej ostatniej mamy prawidłowość konieczności, przyczynowość (die Gesetzlichkeit des Müssens, die Kausalität) a w obu poprzednich wypadkach, w prawie naturalnym i pozytywnym, prawidłowość powinności, normatywność (die Gesetzlichkeit des Sollens, die Normativität lub die normative Gesetzlichkeit [2], polegającą na specjalnym powiązaniu w normie dwu aktów, warunku i następstwa, przez słowo powinność (durch das „Soll"). Natomiast w dziedzinie przyczynowej warunek jest powiązany z następstwem jako przyczyna ze skutkiem przez konieczność (das Musz). To jest najważniejsza różnica między normą a prawem natury (prawem przyczynowym), na niej też opiera się przeciwstawienie społeczeństwa i natury.

Często sama nauka prawa naturalnego zapomina, zdaniem Kelsena, o tej różnicy, i powinność swoich norm przedstawia tak, jakby to była konieczność przyczynowa. Płynie to stąd, że w prawie naturalnym następstwo wypływa z oczywistością z warunku, niejako samo przez się, jakby z powodu wewnętrznej ko-

---

1 *Die phil. Grundlagen.* s. 16. *Idee des Naturrechtes.* s. 237.

2 *Idee des Naturrechtes.* s. 228-9. *Die phil. Grundlagen.* § 3. Por wyżej.

nieczności. Ta konieczność z dziedziny powinności zostaje właśnie często źle pojmowana jako konieczność przyczynowa i to prowadzi do błędnego mniemania, że powiązanie warunku z następstwem w normie prawa naturalnego jest powiązaniem przyczynowym, takim, jakie jest właściwe prawom przyrodniczym.

Wpływ tego pomieszania daje się zauważyć w naturalistycznym kierunku szkoły prawa naturalnego, dla którego porządek naturalny staje się porządkiem przyczynowo zdeterminowanym.

Ten sam wpływ można dostrzec w socjologicznej teorii prawa, usiłującej uzasadnić prawo pozytywne, jako prawo rzeczywiste, jako porządek narzucający się z koniecznością, a więc przedstawiający prawo pozytywne jako coś naturalnego.

U podstawy tych kierunków leży, zdaniem Kelsena, pomieszanie konieczności normatywnej z przyczynową i błędna tendencja, aby wprowadzić tę ostatnią do dziedziny normatywnej. Prawo naturalne tylko o tyle można uważać za normę, o ile powiązanie warunku i następstwa jest wynikiem aktu woli człowieka, a nie działaniem konieczności przyczynowej [1].

I na tej konieczności działania człowieka polega właśnie istotna różnica, jaka według Kelsena, zachodzi między systemem prawno-etycznym tj. normatywnym a systemem przyrodniczym. W naukach przyrodniczych związek między przyczyną a skutkiem jest konieczny i automatyczny. Z chwilą, gdy zauważamy skutek, wnioskujemy o istnieniu przyczyny. I odwrotnie, jeżeli nie ma skutku, wnioskujemy, że nie było przyczyny, choćbyśmy z początku sądzili inaczej: np. jeśli przypuszczamy, że mamy przed sobą określony związek chemiczny, który wytwarza ciepło, a po zanurzeniu weń termometru okaże się, że ten związek ciepła nie wytwarza, to wnioskujemy, żeśmy się mylili, że dany związek nie jest tym, za jaki go uważaliśmy [2].

Inaczej jest w systemie normatywnym w dziedzinie powinności (Sollen). Tutaj związek między następstwem (skutkiem), a warunkiem (przyczyną) nie jest tego rodzaju, aby z istnienia pierwszego można wnioskować o istnieniu drugiego. Nie ma

1 *Idee des Naturechtes.* s. 241. nn.

2 *Idee des Naturrechtes.* s. 235. n.

między nimi związku koniecznego. Tu może się zdarzyć, że mimo zaistnienia warunku, nie będzie skutku i odwrotnie; może się zjawić skutek bez zaistnienia warunku, dlatego że tu zaistnienie warunku oraz powiązanie go ze skutkiem zależy całkowicie od woli człowieka. Człowiek sam przez swoje orzeczenie określa, że warunek zaistniał lub też nie zaistniał. Np. sędzia mylnie orzeka, że zaszedł wypadek kradzieży czy morderstwa i skazuje niewinnego, choć w rzeczywistości rzecz uległa zniszczeniu lub zaszedł nieszczęśliwy wypadek. Jest skutek (kara), choć nie było przyczyny. Może też zajść wypadek odwrotny: morderca uznany zostanie za niewinnego.

Analogiczne uwagi należy poczynić odnośnie do prawa naturalnego. Ono jako system normatywny również wymaga działania człowieka dla swojej realizacji.

Nie trudno dostrzec, jak wywody te sprzeczne są z tym, co Kelsen mówił analizując proces indywidualizacji normy ogólnej. Tam krytykował prawo naturalne z tego powodu, że ono rzekomo nie uważa się za wytwór człowieka. Tutaj zaś wyraźnie stawia je pod tym względem na równi z prawem pozytywnym, uznając tylko, że między prawem naturalnym a pozytywnym istnieje pewna różnica kwantytatywna raczej niż kwalitatywna, która utrudnia dostrzeżenie procesu indywidualizacji w prawie naturalnym. W tym ostatnim mianowicie akt indywidualizacji jest zwykle wypływem działania samego zobowiązanego, aczkolwiek stan taki, zdaniem Kelsena, należy uważać za zgoła niezadawalający i oparty na utopijnych założeniach. W prawie pozytywnym natomiast akt ten jest spełniany przez odrębny organ i dzięki temu łatwiej go tu zauważyć. W prawie naturalnym zwykle się go przeocza. Spostrzega się tylko przepis w jego ogólnej formule, nie zwracając uwagi na problem indywidualizacji norm ogólnych [1].

Fakt, że w prawie naturalnym akt indywidualizacji jest zwykle wypływem działania samego zobowiązanego, stanowi więc

---

1 *Idee des Naturrechtes.* s. 237.

różnicę między bezprzymusowym porządkiem prawno-naturalnym, a opatrzonym przymusem prawem pozytywnym, w którym akt indywidualizacji z reguły powierzy się organowi [1]. Kelsen będzie starał się wykazać, że stan taki jest w najwyższym stopniu niezadawalający, że dla realizacji prawa naturalnego również niezbędne jest istnienie organu, który by miał za zadanie konkretyzować ogólny przepis normy. Tym samym po raz drugi okazuje się, że niemożliwe jest uznać istnienie prawa naturalnego, gdyż prawo stanowione przez organ jest prawem pozytywnym, a nie naturalnym.

Jedyne pytanie, powiada Kelsen, jakie w systemie normatywnym można postawić, to nie takie, które czasem bywa stawiane, tj. czy następstwo automatycznie wypływa z warunku, lecz tylko: o jakie działanie ludzkie chodzi? Czy o akt woli samego zobowiązanego przez normę, czy też o akt woli jakiegoś odrębnego specjalnie w tym celu ustanowionego organu? Pozostawianie samemu zobowiązanemu określenia, że zaszedł wypadek przewidziany w normie ogólnej, jak to ma miejsce w prawie naturalnym, opiera się na pewnym domniemaniu, które jest całkowicie utopijne. Uważa się mianowicie, że każdy człowiek posiada wystarczającą wiedzę i dobrą wolę, aby stosować ogólne normy prawa naturalnego. Otóż takie przypuszczenie jest sprzeczne z codziennym doświadczeniem i stanowi utopię. Weźmy np. wspomnianą zasadę prawa naturalnego *pacta sunt servanda*. Co się dzieje, gdy chodzi o wypełnienie umowy? Powstaje cały szereg kwestyj spornych. Czasem jedna ze stron twierdzi, że umowy w ogóle nie było, że ustalono tylko warunki jej zawarcia, ale w sposób nieobowiązujący. Innym razem powstaje spór co do treści i znaczenia umowy, czy też co do terminu wymagalności itp. Wszystkie te kwestie sporne powstają bądź wskutek braku dostatecznej świadomości, bądź wskutek złej woli stron. A tymczasem w czystej idei prawa naturalnego przypuszcza się, że spór między stronami jest wykluczony, co opie-

---

2 *Idee des Naturrechtes*. s. 225 n. *Die phil. Grundlagen*. § 2.

rać się musi na utopijnym założeniu, że wiedza i wola stron są bez zarzutu.

Taką utopię, będącą w oczywistej sprzeczności z doświadczeniem należy porzucić i oddać rozstrzyganie sporów w ręce jakiegoś organu, który będzie mógł oceniać fakty w sposób bardziej obiektywny, tj. możliwie niezależny od interesów prywatnych oraz ustalać je w sposób wiążący. Przez to zaś prawo naturalne staje się prawem pozytywnym [1].

Z jaką więc doktryną Kelsen walczy? Czy z tą, która uważa prawo naturalne za wytwór człowieka, czy też z tą, która uważa, że ono jego wytworem nie jest?

c. Błędy w poglądach Kelsena na prawo naturalne.

Te sprzeczności w poglądach Kelsena na prawo naturalne można wytłumaczyć tylko stosowaną przezeń metodą typu idealnego. Pierwotny pogląd, który głosi, że prawo naturalne nie jest wytworem człowieka, to pogląd niekonsekwentnych i nie umiejących tak logicznie jak Kelsen myśleć, przedstawicieli doktryny prawa naturalnego. Drugi pogląd na prawo naturalne ujmujący je jako system normatywny i wyprowadzający z tego założenia logiczne konsekwencje, to pogląd Kelsena, który tworzy sobie idealny typ, czystą ideę prawa naturalnego i przedstawia doktrynę prawa naturalnego taką, jaką ona logicznie być powinna. Staraliśmy się wytłumaczyć, że pierwszy pogląd na doktrynę prawa naturalnego to tylko pogląd Kelsena, a nie jej przedstawicieli. Co się zaś tyczy drugiego to ta „czysta idea prawa naturalnego" w ujęciu Kelsena odbiega w wielu punktach od przedmiotu, który ma ujmować. Oczywiście prawo naturalne uważane jest za system normatywny. Sam Kelsen będzie właśnie zwalczał jego normatywność i będzie się starał wykazać, że jest nielogiczne uznawać moc obowiązującą prawa naturalnego, skoro się uznaje, jak to czynili przedstawiciele doktryny prawa naturalnego, moc obowiązującą prawa pozytywnego. (Zob. niżej § 4).

---

1 *Idee des Naturrechtes*. s. 237. *Die phil. Grundlagen*. s. 16.

Czysta idea prawa naturalnego wcale nie wyklucza sporu między zobowiązanym, a uprawnionym. Nauka prawa naturalnego, wbrew temu co myśli o niej Kelsen, nie twierdzi, że strony zawsze mają wszelkie wymagane zalety umysłu i woli, aby prawo to poznać i stosować [1]. Wprost przeciwnie doktryna prawa naturalnego wyraźnie uznaje możliwość niedostatecznej znajomości ze strony ludzi, a zwłaszcza możliwość braku chęci stosowania norm. Tak np. już zastosowanie najogólniejszych zasad może natrafić na trudności. Człowiek uznający zasadę, że należy czynić dobro, a unikać zła, przy zastosowaniu jej do poszczególnego wypadku może świadomie popełnić to, co sam uważa za zło, z powodu jakiejś namiętności, jak nienawiść, pożądanie itp. Namiętności i interesy ludzi wpływają bowiem na ich postępowanie, a nawet na ich sądy dotyczące dobra i zła. Doktryna prawa naturalnego dobrze sobie z tego zdaje sprawę i nie można powiedzieć, aby grzeszyła utopią przypisując ludziom nieomylność i wyłącznie tylko dobrą wolę [2].

Kelsen powiada, że normy prawa naturalnego z powodu oczywistości nie potrzebują przymusu dla swej realizacji [3].

Jest zupełnie niezrozumiałe, dlaczego oczywistość miałaby wykluczać konieczność przymusu. Tego rodzaju wniosek może wyciągnąć tylko ten, kto utożsamia intelekt z wolą, poznanie z działaniem, czyli ten, kto powtarza błędy starego Sokratesa. Oczywistość niekoniecznie musi pociągać za sobą automatyczną realizację. Kelsen wszak zdawał sobie sprawę, że coś może być oczywiste dla umysłu, a wcale nie pociągać woli [4]. Teraz sam błąd ten popełnia.

Mówiąc o prawie pozytywnym pisze: Należy się liczyć z możliwością, że ludzie będą postępowali inaczej, niż nakazują normy prawa pozytywnego [5].

---

1 *Idee des Naturrechtes.* s. 238.

2 Zob. np. św. Tomasz z Akwinu, *Summa theologica* 1-2 ae q. 94.

3 *Die phil. Grundlagen.* s. 9.

4 *Idee des Naturrechtes.* s. 242.

5 *Die phil. Grundlagen.* s. 9.

Z równą słusznością można to odnieść do prawa naturalnego i jeżeli „ten moment sprawia, że przymus staje się niezbędnym elementem prawa pozytywnego" *(tamże)*, to dla tej samej przyczyny należało by go uznać za niezbędny element prawa naturalnego, a nie przypisywać temu ostatniemu charakteru anarchistycznego [1].

Chyba tylko błąd sokratyczny, pomieszanie wiedzy z chceniem, mógł doprowadzić Kelsena do twierdzenia, że w swej czystej idei prawo naturalne jest porządkiem anarchistycznym, wykluczającym moment przymusu [2].

Wszak jedną z podstawowych tez nauki prawa naturalnego, która jest głoszona od Arystotelesa poprzez Stoików, św. Tomasza do chwili obecnej jest uznanie naturalnego charakteru państwa, a tym samym uznanie konieczności istnienia prawa pozytywnego opatrzonego przymusem. Aby się o tym przekonać wystarczy wziąć do ręki pierwszy lepszy podręcznik oparty na doktrynie arystotelesowsko-tomistycznej [3].

Doktryna ta głosi, że człowiek jako istota z natury swej przeznaczona do życia społecznego, powinien żyć w grupach uporządkowanych i zorganizowanych. Porządek zaś i organizacja

---

1 Ten punkt doktryny prawa naturalnego dobrze rozwija B o n n a r d: „le droit naturel n'est pas nécessairement par sa nature un droit non sanctionnable. Rien ne s'oppose en lui-même à ce qu'il soit un droit sanctionné. Car malgré son origine objective, le droit naturel n'a pas cette évidence qui l'impose à tous et entraine son respect. Il y a là une confusion entre l'efficience et l'efficacité de la norme. Il se peut que l'évidence de la norme naturelle — si évidence il y a — détermine la représentation qu'elle doit être obéie; mais cela n'implique pas du tout qu'elle sera obéie en fait. La réalisation du droit naturel rencontre dans l'être humain les mêmes obstacles que celle du droit positif. Si donc la sanction est utile à ce dernier, elle le sera aussi à l'autre". *Droit naturel et droit positif*. s. 14. Revue int. de la théorie du droit. t. III. 1928/29.

2 *Die phil. Grundlagen...* s. 10, 32, 34. *Idee des Naturrechtes*. s. 227.

3 Np. G r e d t, *Elementa philosophiae aristotelico-thomisticae*. T. II. s. 344 thesis XI: „...ipsa lex naturalis requirit ut lex civilis etiam sanctione positiva muniatur". Por. św. T o m a s z z A k w i n u *Summa Theologica* 1-2 ae, q. 95 art. 1. Utrum fuerit utile aliquas leges poni ab hominibus.

grupy społecznej są zapewniane przez władzę powoływaną dla spełniania tej właśnie funkcji. Władza spełnia swe funkcje ustanawiając ogólne przymusowe normy postępowania, które zwiemy prawem pozytywnym. Myślowe objęcie i ustalenie logicznego związku między ogniwami rozumowania: człowiek — istota społeczna — grupa społeczna — porządek — władza — prawo pozytywne — nie przedstawia chyba trudności.

Zupełnie nieuzasadniona jest negacja istnienia prawa naturalnego, oparta na twierdzeniu, że zarówno niewystarczająca wiedza jak i zła wola ludzi nie pozwalają na jego realizację. Identyczne rozumowanie można by zastosować do prawa pozytywnego: urzeczywistnienie prawa pozytywnego jest również zależne od wiedzy i woli ludzi (sędziów, urzędników), których działanie przekształca abstrakcyjne normy prawne na konkretne stosunki prawne. Zła wola w niczym nie może dotykać istnienia i mocy obowiązującej prawa naturalnego, podobnie jak pozostaje bez wpływu na istnienie i moc obowiązującą prawa pozytywnego. Jest rzeczą jasną, że realizacja jednego i drugiego zależy od dobrej woli ludzi stosujących je, ale to nie ma nic wspólnego z ich istnieniem i mocą obowiązującą.

d. Proces indywidualizacji a przemiana prawa naturalnego na pozytywne.

Twierdzenie, iż stanowienie norm przez organ czyni z nich prawo pozytywne świadczy, że Kelsen nie odróżnia skonkretyzowania normy ogólnej, czyli, jak mówi, procesu indywidualizacji normy, od jej przemiany na prawo pozytywne. Przede wszystkim ogólna norma prawa naturalnego, którą poddano procesowi indywidualizacji, pozostaje nadal normą prawa naturalnego nie zmieniając się na normę prawa pozytywnego. Norma ogólna zastosowana do konkretnego wypadku wcale nie zmienia swego charakteru [1].

---

1 Por. D e r y n g, *Główne tendencje rozwojowe prawa narodów*. R. VI. Tendencja konkretyzacji prawa narodów. s. 97 nn.

Zarówno ogólny przepis kodeksu karnego nakazujący za kradzież nakładać karę określoną dość szeroko (np. w granicach od roku do lat 5) jak i wyrok sądu orzekający, że osobnik X za kradzież danej rzeczy zostaje skazany na dwa lata więzienia — są to normy prawa pozytywnego, a z drugiej strony ogólna norma mówiąca: nie należy zabierać cudzej własności, jak i stwierdzenie, że X nie powinien zabierać rzeczy należących do Y — są normami prawa naturalnego.

W pierwszym wypadku o charakterze normy decyduje sposób jej ustanowienia, w drugim zaś tylko jej treść. Okoliczność, kto konkretyzuje ogólną normę, nie wpływa na jej charakter [1].

Nawet jeśliby określenie tego, co jest wymagane w jakimś konkretnym wypadku przez prawo naturalne, powierzono komuś trzeciemu, a nie żadnej ze stron zainteresowanych, to prawo naturalne nie zmieniłoby się jeszcze w prawo pozytywne. Dopóki ktoś, wszystko jedno, czy to będzie osoba zainteresowana, czy jakiś organ, określa, co w danym wypadku jest wymagane przez prawo naturalne, to tylko indywidualizuje, konkretyzuje ogólną normę prawa naturalnego, ale takie skonkretyzowanie ogólnej normy prawa naturalnego nie jest równoznaczne z jej przemianą na prawo pozytywne. Prawo pozytywne to, według określenia samego Kelsena, normy stanowione w określony sposób przez władzę i, co więcej, jego zdaniem, niezbędną cechą prawa pozytywnego jest przymus [2].

Z punktu widzenia naukowego pozytywizmu prawny porządek z istoty swej jest porządkiem przymusu. Polega on po prostu na powiązaniu określonego faktu z aktem przymusu. Prawne zobowiązanie kogoś oznacza nic innego jak to, że zachowanie sprzeczne z przepisem spotka się z aktem przymusu ze strony organu państwowego.

W konsekwencji takiego poglądu Kelsen odrzuca zwykły

---

1 *Die phil. Grundlagen.* s, 6.

2 *Idee des Naturrechtes.* s. 225; *Reine Rechtslehre.* s. 28; *Die phil. Grundlagen.* § 2.

sposób przedstawiania nakazu prawa w postaci dwu norm, z których jedna głosi, że pewne zachowanie jest obowiązujące, a druga dopiero ustanawia sankcję, którą należy stosować w razie złamania normy pierwszej. Taka dwustopniowość norm może nasunąć mniemanie, że już pierwsza norma sama stwarza obowiązek prawny. Tymczasem stwarzać może ona jakiś obowiązek naturalny. W takim przedstawieniu nakazów prawa znać wpływ ideologii prawa naturalnego. Z punktu widzenia pozytywistycznego wystarczy tylko druga norma, określająca kiedy się stosować będzie przymus. Dla krytycznego pozytywizmu norma prawa pozytywnego jest to norma, która została ustanowiona w określony sposób i opatrzona przymusem i która ma moc obowiązującą właśnie z tych powodów. Natomiast norma prawa naturalnego ma moc obowiązującą z powodu swej treści i zależnie od sankcji. Dopóki więc norma nie jest opatrzona przymusem to, stosownie do jego własnych założeń, nie może być uważana za normę prawa pozytywnego, chociaż będzie ustalana przez jakiś organ.

Reasumujemy dotychczasowe rozumowania Kelsena: Istnienie porządku prawno-naturalnego jest niemożliwe. Dowodem tego ma być analiza procesu konkretyzacji normy ogólnej, która wykazuje, że określenie, czy rzeczywiście zaszedł wypadek przewidziany w tej normie, oraz czy i jaki ma pociągnąć za sobą skutek, należy do człowieka, czyli, że zawiera się w formie pozytywnej, a nie naturalnej. A ponieważ prawo naturalne, ze swego immanentnego punktu widzenia, wcale nie uważa się za wytwór człowieka, przeto głosi, że jego istnienie jest niezależne od tego, czy ludzie je uznają, czy nie. Innymi słowy, doktryna prawa naturalnego ignoruje problem realizacji, a właśnie zbadanie tego problemu wykazuje w drodze krytyki immanentnej, że musi się ono stać dziełem człowieka (Menschenwerk), że proces indywidualizacji prawa naturalnego staje się procesem jego pozytywizacji, a więc, że w ciągu procesu realizacji znika sama idea prawa naturalnego, która, jak z tego wynika, może istnieć wyłącznie w jakiejś sferze transcendentalnej w stosunku do ludzi. Po wtóre porządek naturalny z istoty swej jest bezprzymusowy (zwangsfreie), a przez to anarchistyczny. Realizacja takiego porządku suponuje, że ludzie mają

wystarczającą znajomość prawa naturalnego i dobrą wolę do podporządkowania się jemu. Supozycja ta jest utopią, gdyż doświadczenie poucza, że ludziom brak takiej wiedzy i dobrej woli, a więc bezprzymusowy porządek naturalny istnieć nie może. Istnieć może tylko porządek przymusowy czyli pozytywny, w którym jakiś organ stojący ponad zainteresowanymi stronami czuwa nad jego przymusową realizacją.

Staraliśmy się wykazać niesłuszność zarzutu, że prawo naturalne musi zamieniać się na pozytywne, z tego powodu że musi ono być określone przez człowieka. Prawo naturalne, nawet jako wytwór człowieka, pozostaje naturalnym i w swych ogólnych zasadach powszechnym. A możliwość błędów i omyłek ze strony ludzi przy procesie indywidualizacji, przy jego realizowaniu w niczym nie może naruszyć jego istnienia, tak jak nie może się naruszyć istnienia prawa pozytywnego. Twierdzenia o bezprzymusowym i anarchistycznym charakterze prawa naturalnego były wywołane chyba tylko nieznajomością doktryny prawa naturalnego, która zawsze broniła i broni naturalnego charakteru państwa i prawa pozytywnego czyli głosiła konieczność przymusowego porządku politycznego [1].

---

1 Z innego punktu widzenia krytykę wewnętrzną procesu wytwarzania prawa pozytywnego oraz porównanie tego procesu do wytwarzania prawa naturalnego przeprowadza M o ó r J. w pracy *Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus.* Dowodzi on punkt po punkcie, że dopóki Kelsen pozostaje na płaszczyźnie czysto normatywnej, to podstawy i sposób jego rozumowania są analogiczne do tych, które stosuje się w nauce prawa naturalnego. To znaczy, zdaniem M o ó r a, że czysto normatywne badanie prawa zbiega się z badaniem prawno-naturalnym. Kelsen włączając do swego systemu teorię stopniowej budowy prawa i zgłębiając problem pozytywności prawa z czasem miał lepiej zrozumieć znaczenie faktów z dziedziny rzeczywistości dla prawa pozytywnego i osłabił, sądzi Moór, swoje przeciwstawienie się tendencjom socjologistycznym, które z początku tak silnie akcentował. Oznaką tego ma być właśnie późniejsze wzmożenie jego walki z prawem naturalnym. M o ó r stawia dylemat: albo czysta normatywność i w takim razie całkowite upodobnienie czystej teorii prawa do doktryny prawa naturalnego, albo porzucenie czystości normatywnej przez uwzględnienie momentów socjologicznych, których prawo pozytywne uniknąć nie może, i w takim razie odseparowanie się od prawa naturalnego. Tymczasem alternatywa: albo socjologia albo doktryna prawa naturalnego nie jest konieczna.

§ 3. Pozytywizacja materialna prawa naturalnego.

A. POGLĄDY KELSENA.

Widzieliśmy, że Kelsen jest apostołem formalizmu w prawie (por. wyżej s. 21). Ale nie zadawala się on sformalizowaniem prawa pozytywnego, lecz przechodzi niejako do ataku i stara się wykazać, że i samo prawo naturalne, a więc to, które z pozoru jest dziedziną obcą formalizmowi na formalizmie kończy. To co sprawiedliwe jest względne i ulega nie tylko zmianie przy przekształcaniu prawa naturalnego na prawo pozytywne, ale nawet w obrębie prawa pozytywnego przy przekształcaniu ogólnej normy na indywidualną. Tak więc bardzo nikłe są szanse zrealizowania jakiejś absolutnej sprawiedliwości, nawet jeśli jej istnienie uzna się za możliwe. Jeśli bowiem już nawet proces indywidualizacji ogólnych norm prawa pozytywnego może je zniekształcać, to tym bardziej zniekształcenie grozi normom prawa naturalnego, które muszą przejść przez podwójny proces przemiany nim zostaną zrealizowane: muszą najpierw być zamienione na ogólne normy prawa pozytywnego, a następnie dopiero zastosowane do konkretnego wypadku.

Widzieliśmy, że jeśliby nawet uznać istnienie prawa naturalnego jako systemu norm ogólnych, to zdaniem Kelsena, tylko nielicznym ludziom można by powierzyć zadanie zastosowania tych norm do konkretnych wypadków, a zwłaszcza ustalenie i zrealizowanie konkretnych następstw. Skoro się uzna, że poznanie prawa naturalnego nie dla wszystkich jest dostępne, to w konsekwencji należy również zgodzić się, że nawet dla tych nielicznych, którzy je mogą poznawać, przedstawia to niemałe trudności. Istnieją najpierw trudności w sformułowaniu ogólnych zasad (trudności prawodawcy), a następnie trudności w stosowaniu

---

Przeciwstawienie to jest całkowicie błędne. Socjologia nie oddala od prawa naturalnego, lecz doń prowadzi. Zob. D e p l o i g e, *Le conflit de la morale et de la sociologie.* Natomiast słusznie wykazuje M o ó r, jak sprzeczne z postulatem metodycznej czystości jest stopniowe włączanie elementów socjologicznych do czystej teorii prawa. Logika systemu pozytywistycznego musiała jednak Kelsena do tego doprowadzić (por. R. III § 7. s. 140).

ich do poszczególnych wypadków (trudności sędziego). Trudno jest np. wiedzieć, jaką karę nałożyć w wypadku morderstwa: czy karę śmierci, czy więzienie i w jakim wymiarze. Inny przykład: w wypadku błędu popełnionego przy umowie sprzedaży należy zapłacić umówioną cenę względnie zwrócić towar, a dopiero w wypadku niewypłacenia względnie niezwrócenia towaru orzec czy zastosowanie egzekucji będzie sprawiedliwe. Wszystko to musi określić organ. To też w tych wypadkach prawo pozytywne musi stanąć na miejscu prawa naturalnego i bez względu na to czy orzeczenie będzie sprawiedliwe, czy nie, będzie ono obowiązujące, aby tylko spór został rozstrzygnięty [1]. Przy zastosowaniu ogólnych zasad najważniejsze jest już nie to, aby orzeczenie ustalające, że zaszedł wypadek przewidziany w normie, było zgodne z prawdą, sprawiedliwe, lecz po prostu to, aby było wydane. Sędzia orzeka, że w danym wypadku zaszedł akt kradzieży i nakłada karę temu, kto w rzeczywistości wcale nie ukradł. Jest to wszak sprzeczne z ogólną normą prawa naturalnego, więc nie jest zastosowaniem normy ogólnej, lecz stworzeniem nowej normy prawa, zastąpieniem normy ogólnej przez inną normę prawa, przez normę pozytywną. Jest to więc pozytywizacja nietylko formalna, ale i materialna, to znaczy, że prawo naturalne jest nie tylko przez człowieka formułowane, ale że i jego treść jest całkowicie od człowieka zależna. Sprawiedliwością w tym sensie względnym będzie to, co jest zgodne z normą prawa pozytywnego, tj. z ustanowioną normą, a „niesprawiedliwością" to, co się jej sprzeciwia.

Ideał sprawiedliwości w prawie naturalnym staje się rzekomo w końcu tym samym, czym norma podstawowa w pozytywizmie: formułą mającą za zadanie przekształcenie danego empirycznie materiału prawnego w sensowny tj. pozbawiony sprzeczności porządek i to formułą, która może się pogodzić z każdym systemem prawa pozytywnego. Ideał sprawiedliwości zamienia się na ideał spokoju. Przy czym ten drugi przeciwstawia się pierw-

---

1 *Idee des Naturrechts.* s. 232.

szemu, gdyż głosi on, że nie tyle chodzi o to, aby każdy otrzymał, co mu się należy, ile o to, aby sporom położyć kres. Większość ludzi nie wie, czy zachowanie nakazane lub zakazane przez prawo pozytywne jest nim dlatego, że jest zgodne względnie sprzeczne z prawem naturalnym, że jest sprawiedliwe czy słuszne. Zdaniem Kelsena jest to zresztą bez znaczenia, jako rzecz nie dająca się skontrolować.

Rezultatem pozytywizacji materialnej jest zrelatywizowanie treści prawa naturalnego. Jak w prawie pozytywnym tak i tu, właściwie każda treść może być uważana za prawno-naturalną. I ostatecznie dochodzi się do takiego formalizmu jak w prawie pozytywnym.

Nauka prawa naturalnego od strony transcendentalnej dochodzi więc, według Kelsena do tego samego co krytyczny pozytywizm od strony empirycznego materiału: do formalnego pojęcia porządku (formale Gedanke der Ordnung) I to wszystko co może dać nauka. Określenie treści porządku to znaczy, kto i co jest równe, pozostawia się pozytywnemu prawodawcy. Oznacza to nawrót do starej prawdy, że nauka nie jest w stanie wartościować, że to nie należy do jej kompetencji. Nauka prawa może być nauką o wartościach, ale sama nie może tworzyć wartości. Jak nauki przyrodnicze nie tworzą materiału doświadczalnego, lecz jedynie z materiału dostarczonego przez zmysły konstruują specjalny przedmiot poznania, podobnie nauka prawa nie tworzy wartości, lecz jedynie z dostarczonych jej przez wolę wartości konstruuje sensowny tj. pozbawiony sprzeczności system norm [1]. Ale system pozbawiony sprzeczności nie zawsze będzie odpowiadał jakiemuś absolutnemu ideałowi sprawiedliwości. Pokój nie zawsze jest stanem urzeczywistniającym ideał sprawiedliwości. W pokoju może być zainteresowana tylko jedna grupa społeczna, ta której interesy są najlepiej w danym porządku zabezpieczone.

Inne natomiast mogą się tylko na pokój godzić, nie dlate-

---

1 *Die phil. Grundlagen.* s. 70.

go, że uważają go za sprawiedliwy, lecz z konieczności, ze względu na swoją słabość i jako na stan ochraniający minimum ich interesów. A tymczasem prawo naturalne stara się znaleźć absolutne uzasadnienie dla każdorazowego porządku pozytywnego, jako zapewniającego spokój. Otóż jest to wyrzeczeniem się pierwotnego ideału sprawiedliwości na rzecz czysto formalnego pojęcia porządku. I w końcu pod pozorem że się wolę tj. siłę ogranicza, określając co jest sprawiedliwe, dochodzi się po prostu do uzasadnienia jej działań.

Odpowiedzieć naukowo na pytanie, na czym polega sprawiedliwość, zdaniem Kelsena, nie można. Tysiącletnie próby w tym kierunku doprowadziły do formuł pozbawionych treści w rodzaju: czyń dobro, unikaj zła; suum cuique; trzymaj się słusznego środka. Nawet kategoryczny imperatyw Kanta jest bez treści.

Jeśli pytać naukę o określenie powinności, jako wartości absolutnej, to ta umie odpowiedzieć tylko tautologią: powinieneś to, co powinieneś. Za tą tautologią ukrywa się logiczna zasada tożsamości: dobro jest dobrem, a nie złem; sprawiedliwość jest sprawiedliwością, czyli A jest A, a nie jest non-A. Taki jest jedyny rezultat prób naukowej odpowiedzi na pytanie, które z natury rzeczy do badań naukowych się nie nadaje [1].

Dotyczy to pojęcia równości, które w prawie naturalnym jest najczęściej uważane za istotę sprawiedliwości. Zdaniem Kelsena zasada równości: równym należy się równe (Gleichen Gleiches gebühre, suum cuique), w gruncie rzeczy jest logiczną zasadą tożsamości, czyli niesprzeczności, a więc oznacza to samo co zasada jednolitości systemu. Jeśli bliżej zbadać tę zasadę to, powiada Kelsen, okazuje się, że prawo naturalne nigdy nie mogło określić, co jest równe, tylko, że jeśli A i B są równe, to należy je jednakowo traktować. Tak więc, jeśli A winien zachować się w określony sposób, a B jest równy A, to i B również w ten sposób zachować się winien. Inaczej gwałciłoby się zasadę

---

1 *Reine Rechtslehre.* s. 14 i 15.

niesprzeczności. To zredukowanie ideału sprawiedliwości do pojęcia równości czy jedności, oznacza ni mniej ni więcej tylko zastąpienie ideału etycznego przez logiczny, czyli zracjonalizowanie tego, co w założeniu jest irracjonalne [1].

B. ZARYS KRYTYKI TRASCENDENTNEJ.

Zarzut, że doktryna prawa naturalnego dochodzi do zastąpienia ideału sprawiedliwości czysto formalnym pojęciem porządku jest bardzo poważny i gdyby był słuszny, to on jeden wystarczyłby do zdyskredytowania całej doktryny. Aby wykazać jego niesłuszność, musimy znów sięgnąć do filozoficznych podstaw myśli Kelsena i wykazać, tym razem pozytywnie, że istnieje związek między światem bytu, a światem powinności. Jest to konieczne, gdyż przed chwilą przytoczone poglądy Kelsena o rzekomo nieuchronnej pozytywizacji materialnej prawa naturalnego mają swe źródło w uznawanej przezeń tezie o rozdziale *Sein* i *Sollen* oraz w wypływającym z niej subiektywistycznym pojmowaniu rzeczywistości. Wykazaliśmy już, że, wbrew własnym założeniom, nawet Kelsen porzuca swój programowy dualizm (por. wyżej s. 129 nn.). Problem stosunku rzeczywistości do powinności nie jest w nauce nowy. W gruncie rzeczy jest to fragment odwiecznego problemu prawa naturalnego. W różny sposób i pod różnymi postaciami jest on stale roztrząsany. W nauce francuskiej jest on znany jako *problème du passage de l'indicatif à l'impératif*, w nauce niemieckiej, jako problem *Sein und Sollen*. Naszkicujemy tutaj tylko na tle krytyki poglądów Kelsena kontury tego stosunku, gdyż w pracy poświęconej głównie krytyce immanentnej systemu Kelsena nie możemy długo udowadniać związku bytu i powinności. Jednak po krytyce wewnętrznej pragniemy bodaj zarysować konstrukcję pozytywną i powiedzieć, choć krótko, dlaczego ontyczny rozdział rzeczywistości i powinności jest sprzeczny z faktycznym stanem rzeczy, dlaczego w dziedzinie czynów ludzkich, a więc i w dziedzinie prawa, roz-

---

1 *Die phil. Grundlagen.* s. 68 nn.

działu tego przeprowadzić nie należy, dlaczego tu to, co jest (Sein) poucza o tym, co być powinno (Sollen).

a. Powinność a celowość.

Musimy zacząć od ustalenia celowościowego charakteru powinności. Słusznie mówił Schopenhauer, że pojęcie bezwzględna powinność (unbedingtes Sollen) stanowi *contradictio in adiecto*, tak jak berło z drewnianego żelaza [1].

Powinność jest uwarunkowana celem: coś jest powinnością dlatego, że stanowi środek do osiągniecia celu, że jest warunkiem jego realizacji. Jeśli odrzuci się celowościowy charakter rzeczywistości, to unicestwi się powinność [2].

---

1 zob. Druks, *Z zagadnień filozofii prawa.* Przegląd współczesny, sierpień 1924 r. s. 284. Nawet imperatyw kategoryczny Kanta jest interpretowany teleologicznie. Według Felixa Kaufmanna niewyznaną podstawą tego imperatywu jest uznanie pewnej celowości. Ma ona mianowicie zdążać do utrzymania ludzkiej społeczności, która gwarantuje pokojowe współżycie ludzi i zapewnia nienaruszalność pewnych sfer indywidualnej wolności. *Methodenlehre der Sozialwissenschaften.* s. 108.

2 Tomasz z Akwinu, analizując powinność, którą stwarza sumienie, używa terminu „necessitas conditionata, scilicet ex finis suppositione". *De Veritate.* q. 17 art. 3. Taką koniecznością uwarunkowaną celem jest każda powinność. Ze szczegółowych i zawiłych analiz pojęciowych Felixa Kaufmanna wynika, że pojęcie wartości w ogóle uważa on za nierozłącznie związane z pojęciem celu. Dochodzi on do wniosku „dasz es keine „Richtigkeit schlechthin" gibt sondern dasz der Begriff der Richtigkeit ein Relationsbegriff ist. Demgemäsz sind Sollsätze nur insofern der Verifizierung zugänglich, als sie Angaben von Zielen enthalten". *Methodenlehre der Sozialwissenschaften.* s. 169; por. *tamże* s. 91—110. Ihering po zapoznaniu się z pracami św. Tomasza, napisał: „Ich meinerseits, hätte vieleicht mein ganzes Buch nicht geschrieben, wenn ich sie gekannt, hätte, denn die Grundgedanken, um die es mir zu tun war, finden sich schon bei jenem gewaltigen Denker in vollendeter Klarheit und prägnantester Fassung ausgesprochen" *Zweck im Recht* t. II. wyd. 4. s. 125 nota. Gdyby F. Kaufmann zapoznał się z analizą pojęcia dobra w filozofii scholastycznej, to jego wykład, zawierający dużo cennych myśli, zyskałby jeszcze na pogłębieniu i jasności. W każdym razie jest rzeczą wiele mówiącą, jeśli myśliciel, którego nauko-

Powtarzamy raz jeszcze: Kelsen ma słuszność, że uznanie powinności wypływającej z potencjalnej a więc celowej rzeczywistości suponuje uznanie normy mówiącej: należy postępować zgodnie z wymaganiami rzeczywistości, *sequere naturam* itp. Formalnie więc powinność opiera się na innej powinności, ale między powinnością a rzeczywistością istnieje stały, nieuchronny związek. Negacja tego związku prowadzi do całkowitej dowolności, do wprowadzenia w dziedzinę powinności chaosu, który uniemożliwi naukowe jej badanie.

Zresztą nie tylko obiektywna powinność ale w ogóle jakakolwiek powinność ma zawsze charakter celowościowy. Aby np. norma mówiąca: kto ukradnie, powinien odcierpieć karę więzienia, stwarzała powinność, to trzeba przede wszystkim uznać, że celem postępowania jest zgodność z postanowieniami prawa. To też pełne sformułowanie tej myśli powinno brzmieć następująco: jeśli się ma być w zgodzie z normą prawną, to ten kto ukradnie, powinien odcierpieć karę więzienia. Oczywiście, ta powinność prawna musi mieć, jak podkreślaliśmy, oparcie w powinności metaprawnej. Podobnie też zarachowanie ma zawsze charakter celowościowy. Jako skutek zarachowania występuje działalność organów państwa. A więc ta działalność była celem zarachowania. Zarachowanie zostało ustanowione w tym celu, aby państwo mogło karać lub stosować egzekucję wobec podmiotu zarachowania [1]. A chęć czy potrzeba karania i stosowania egzekucji również była dyktowana przez jakiś inny, dalszy cel [2].

---

wy punkt wyjścia był bardzo daleki od tomizmu, po kilkunastu latach pracy myślowej dochodzi samodzielnie do wniosków bardzo bliskich filozofii tomistycznej.

1 Por. B i n d e r, *Philosophie des Rechts*. s. 720.

2 To samo podkreśla L o s o n c z y St. pisząc: „Diese ausschlieszlich formale und jeden Inhalt notwentig auszer acht lassende Betrachtungsweise der reinen Rechtslehre ist übrigens auch vom immanenten, normativen Standpunkt aus unrichig. Ein Telos, ein zu verwirlichender Wert gehört nämlich zu den logischen Voraussetzungen der Norm und somit jeder Sollverbindung". *Über die Möglichkeit und den Wissenschaftscharakter der Rechtswissenschaft*. Zeitschr. für öffentliches Recht 1937 zeszyt 2 s. 185. F. K a u f m a n n również dowodzi, że k ażde zarachowanie prawne w intencji prawodawcy ma charakter celowo-

Bez wątpienia, powinność prawna niezależna jest od celu w znaczeniu podmiotowym tj. od zamiaru, chęci czy pragnienia zobowiązanego względnie uprawnionego [1]. Ale ta niezależność nie wyklucza zależności, w momencie stanowienia, od podmiotowego celu prawodawcy, od jego woli. Formalnie rozróżnić można wolę czy ustanowienie powinności, jako akty psychiczne, od samej normy, jako duchowej, idealnej treści. Ale to rozróżnienie nie znosi ich zależności. Jest rzeczą jasną, że treść normy zależy od woli czy życzeń prawodawcy i że jest zawsze stanowiona w jakimś celu [2].

ściowy. Prawodawca może się mylić, może zupełnie fałszywie ustanawiać związki przyczynowe (np. działanie czarownika uważać za przyczynę wywołującą deszcz i karać go, o ile deszcz nie spadnie), ale zawsze za pomocą przypisania pragnie wywołać skutki społeczne, które uważa za pożądane. *Methodenlehre der Sozialwisenschaften.* s. 183—186.

1 *Hauptprobleme.* s. 68.

2 Celowościowy charakter powinności wynika też z badań prowadzonych inną metodą, z badań introspekcyjnych. Analizując zwroty powinnościowe konstatuje Br. Wróblewski również, że zawsze punktem wyjścia przebiegu psychicznego jest przeżycie oceny emocjonalnej lub utylitarnej pewnego spostrzeżonego lub wyobrażonego stanu rzeczy, do czego dołącza się chęć zmiany go na inny, *Studia z dziedziny prawa i etyki.* R. I. Ocena to zakwalifikowanie czegoś jako dobra względnie zła. Dobro zaś ma charakter celowościowy. Bonum habet rationem finis—pisał św. Tomasz z Akwinu. (*Summa theologica* I, 5, 4). Ponieważ ocena znajduje się już w punkcie wyjścia przeto wydaje mi się, że każdy akt woli, czyli, jak mówi Wróblewski, każde przeżycie wolowe jest celowościowe. Zawsze chcę czegoś. Owo coś, przedmiot chcenia, nazywamy celem. Można oczywiście, a nawet trzeba odróżniać cel przedmiotowy i podmiotowy czyli, w terminologii cytowanego autora, cel ustanowionej normy i cel jej wyjawiania (*op. cit.* s. 164), ale to już jest dalsza kwestia. W każdym razie o celowym charakterze normy decyduje już punkt wyjścia: przeżycie oceny przedmiotu punktu zaczepienia, a nie dopiero punkt dojścia. Innymi słowy, wydaje mi się, że teleologicznym jest każdy sąd powinnościowy jako sąd rozumu praktycznego (w sensie tomistycznym), zawierającym, *ex definitione*, elementy wolitywne obok elementów poznawczych. Celowościowym jest więc *Sp A*, a nie tylko jak sądzi Wróblewski, *Sp B* (*op. cit.* s. 159—162).

O celowościowym charakterze norm pisze również Kotarbiński, *Elementy teorii poznania, logiki formalnej i metodologii nauk* s. 450. Kotarbiński odróżnia normy właściwe od zdań normatywnych: „Przez pierwsze,

Nawet jeśliby się zgodzić, że prawnik dogmatyk ma badać tylko już dane gotowe normy prawne, to jednak nie można sprawić, aby momenty celowości znikły z norm i pojęć prawnych. Jeśli normy prawne mają charakter teleologiczny, to i pojęcia prawne, tak jak one są dane, muszą również zawierać w sobie momenty celowościowe i momenty te muszą być przedmiotem

---

pisze, rozumiemy wypowiedzi o typie rozkazów, rad, ostrzeżeń itp., jak „Nie zabijaj", „Miłujcie nieprzyjacioły wasze" etc. „Normy właściwe zasadniczo, z natury rzeczy, nie należą do nauki; nie są bowiem ani prawdami, ani fałszami, gdyż nie są w ogóle zdaniami oznajmującymi. Niepodobna ich zatem ani uzasadniać, w sensie okazywania prawdziwości, ani obalać, w sensie okazywania fałszywości. Można je tylko zwalczać lub propagować. Inaczej ze zdaniami normatywnymi, czyli ze zdaniami typu „Aby się stało to a to, niezbędne jest takie a takie zachowanie się czynne" lub „aby się stało to a to, wystarczy takie a takie zachowanie się czynne", lub tp., albo „Takie a takie postępowanie byłoby wstrętne", „Tak a tak zachować się w tej sytuacji byłoby uczciwie" i tp. Zdania normatywne są zdaniami oznajmującymi, jedne z nich są prawdziwe, inne—fałszywe; można je w licznych przypadkach naukowo uzasadniać lub obalać", *op. cit.* s. 449 n. Wydaje mi się, że Kotarbiński niesłusznie przywiązuje wagę do formy wypowiedzenia normy. Kelsen miał rację, mówiąc, że taka czy inna gramatyczna budowa zdania nie stanowi istotnego sprawdzianu formalnego normy. Norma może być ustanowiona równie dobrze przez zdanie w trybie oznajmującym czy warunkowym jak i przez zdanie w trybie rozkazującym. I odwrotnie: nie trzeba sądzić, że każde użycie słowa „powinien", czy trybu rozkazującego jest równoznaczne z ustanowieniem normy. *Hauptprobleme.* s. 70. Normy właściwe Kotarbińskiego są odpowiednikiem sądów praktyczno-normatywnych czyli zasadniczych Petrażyckiego. Jak wiadomo, Petrażycki dzielił sądy praktyczne na zasadnicze i celowościowe. Odpowiednio do tego należało by chyba prócz norm właściwych odróżniać i normy celowościowe. Byłyby one imperatywnymi odpowiednikami zdań normatywnych Kotarbińskiego. Różnica między normami właściwymi a celowościowymi, względnie między sądami zasadniczymi a celowościowymi polega tylko na stopniu świadomości podmiotu przeżywającego normę: przy pierwszych podmiot nie uświadamia sobie uzasadnienia np. szczepcie ospę. Natomiast uzasadnienie norm celowościowych jest podmiotowi znane, np. należy poddać dziecko szczepieniu ochronnemu, aby uchronić je od zachorowania na ospę. Celowość normy, która istnieje również i w pierwszym wypadku, aczkolwiek nieuświadomiona, w drugim staje się zupełnie świadoma. Stopień świadomości zależy oczywiście od wie-

badania. Kelsen wyklucza z nauki prawa badanie celowości, mówiąc, że treść prawa, jego stronę historyczną czy polityczną pozostawia socjologowi, badającemu prawo w całości jako zjawisko społeczne. Nauka prawa, jego zdaniem, przy swej specjalnej metodzie badania może się zajmować tylko jedną stroną prawa, jego stroną formalną [1].

Niezrozumiałe są w takim razie wszystkie wywody o pozaprzyczynowym i pozacelowościowym charakterze zarachowania prawnego. Należało by skończyć na oświadczeniu następującego rodzaju: „Jestem dogmatykiem prawa. Badam tylko normy prawa pozytywnego. Powinnością nazywam to, co nakazuje norma prawna. Dlaczego ona coś nakazuje, to mnie nie obchodzi i nie mogę powiedzieć, czy dlatego, że istnieje jakiś związek przyczynowy między działaniem podmiotu lub jego wolą, a pewnym stanem rzeczy, z którym ustawodawca łączy skutki nieprzyjemne dla tego podmiotu, czy też dlatego po prostu, że tak się prawodawcy podobało". To byłoby jasne i dawno znane stanowisko dogmatyczno-prawne. Z chwilą jednak, gdy Kelsen zaczyna mówić o pozaprzyczynowym i pozateleologicznym charakterze zarachowania, to już przekracza skromne granice dogmatyki rozstrzygając przy tym cały szereg bardzo skomplikowanych problemów filozoficzno-prawnych leżących poza granicami czystej teorii prawa. Jednym z pierwszych takich proble-

---

dzy podmiotu przeżywającego normę (por. W r ó b l e w s k i, *Studia z dziedziny prawa i etyki*. R. I. s. 46, oraz Z n a m i e r o w s k i, *Prolegomena do nauki o państwie*. s. 43). W każdym razie powinność, której sformułowanie stanowi norma jest, obiektywnie rzecz biorąc, celowościowa, uwarunkowana celem. *Unbedingtes Sollen*, raz jeszcze powtórzyć wypada cytowane w teście słowa S c h o p e n h a u e r a, stanowi *contradictio in adiecto*.

Przy tej okazji pragniemy przypomnieć, że bardzo interesujące analizy przeżyć etycznych były czynione już przez scholastyków. Z nowszej literatury zob. np. W o r o n i e c k i, *Katolicka etyka wychowawcza*. W pracy *Le fondement objectif du droit d'après saint Thomas d'Aquin*. s. 19-23 starałem się przeprowadzić za św. T o m a s z e m z A k w i n u analizę aktu stanowienia normy prawnej i wykazać, że jako akt wolitywny ma on charakter celowościowy.

1 *Hauptprobleme*. s. 92.

mów jest problem powinności. W ogóle Kelsen nie zdaje sobie sprawy, że czysto formalne ujęcie prawa z założenia wyklucza możliwość badania powinności. Bardzo cenne dla zrozumienia tego są analizy prof. Br. Wróblewskiego, który zwroty powinnościowe dzieli na zdania powinnościowe, stanowiące tylko swoiste ujęcie myślowe określonej treści, oraz sądy powinnościowe będące wyrazem swoistego przeżycia powinnościowego [1].

Rozważania Kelsena obracają się na płaszczyźnie zdań powinnościowych, na której nie można mówić o właściwym istnieniu powinności. Ta ostatnia zaczyna istnieć dopiero z chwilą ustanowienia. Dopóki nie ma ustanowienia, dopóki nie ma owego swoistego przeżycia powinnościowego, co najmniej ze strony normodawcy, to nie ma w ogóle powinności [2].

Sam Kelsen zresztą uznawał jako niezaprzeczalny fakt, że stanowienie norm odbywa się w pewnym celu i podlega prawu celowości, oraz, że możliwe i dopuszczalne jest badanie teleologiczne normy. Co więcej, wyznaje, że materialno-normatywne badanie normy, czyli badanie jej treści, prowadzi inną drogą do tego samego wyniku co teleologiczne, gdyż cel jest właśnie treścią powinności. „Gdy pytamy o cel powinności, którą norma stanowi, o to, co jest powinnością na podstawie normy, to dochodzimy inną drogą do tego samego rezultatu, do jakiego byś-

---

1 *Studia z dziedziny prawa i etyki*. s. 1, 150 n.

2 Znamierowski pisze: „właściwie jedynym źródłem (obowiązywania normy) jest stanowienie. Stanowienie jest tym aktem naszej woli, którym zapoczątkowujemy okres czy stan rzeczy obowiązywania danej normy". *Podstawowe pojęcia teorii prawa*. s. 53 por. tenże, *Prolegomena do nauki o państwie*. s. 32 n. Tę samą myśl rozwija doskonale Wróblewski: „Można myśleć o powinności wchodzącej do zwrotu powinnościowego, rozważać ją, wypowiadać się o niej, a są to sprawy różne, niż ustanawianie zwrotu powinnościowego, chociażby myślana, rozważana, wypowiadana powinność w swej treści pokrywała się z powinnością zwrotu ustanowionego... Jeśli ja czy ktoś ustanawia zwrot powinnościowy, to ową myślaną powinność skierowuje się do urzeczywistnienia, chce się aby nastąpiła jakaś, biorąc formalnie, zmiana, aby coś było lub czegoś nie było, a owej zmiany podstawą ma być ustanowiony zwrot powinnościowy". *Studia z dziedziny prawa i etyki*. s. 151.

my doszli stawiając teleologiczne pytanie: jaki cel ma norma" [1]. To wszystko nie przeszkadza mu jednak twierdzić, że pojęcia prawne nie mają charakteru celowego, że cel leży poza sferą prawnego tworzenia pojęć [2]. Trudno zrozumieć, jak fakt, że stanowienie normy ma pewien cel, że podlega prawu celowości, można nazwać faktem niezaprzeczalnym, a zaraz o kilkanaście wierszy niżej twierdzić, że moment celu leży poza prawnym tworzeniem pojęć. Wszak stanowienie norm zaliczymy chyba do prawnego tworzenia pojęć [3].

Formalno-normatywne badanie prawa ma przecież, jak mówi Kelsen, określić formę prawa, sposób i rodzaj, w jaki prawna powinność, prawny obowiązek są stanowione [4]. A sposobu stanowienia zrozumieć w pełni i określić nie można bez uwzględnienia celu stanowienia [5]. Kelsen powiada, że zadaniem czystej te-

---

1 *Hauptprobleme.* s. 69.

2 *Hauptprobleme.* s. 91.

3 Podobnie wypowiada się P e r e t i a t k o w i c z w *Teorii prawa i państwa H. Kelsena.* s. 501, a na s. 505 pisze: „Dochodzimy zatem do wniosku, że proponowana przez Kelsena zupełna eliminacja momentów celowości z rozważań prawniczych nie tylko jest trudna do zaakceptowania, ale stanowi zasadniczy błąd całej teorii prawnej Kelsena, który tłumaczy nam szereg braków w konstrukcjach prawniczych szczegółowych".

4 *Hauptprobleme.* s. 70.

5 Zdaniem F. K a u f m a n n a, „der Sinn der Norm ist für den Juristen ihr Inhalt, nicht ihre Richtung auf einen individuellen oder überindividuellen, transcendenten Zweck". *Logik und Rechtswissenschaft.* s. 80. Ale trzeba pamiętać, że właśnie treść normy jest celowościowa, że w niej tkwi immanentny cel, który może uniezależnić się nawet od celu prawodawcy. O ile ten ostatni źle sformułował swą myśl, o ile redakcja przepisu prawnego jest wadliwa i paczy zamiar prawodawcy, to nawet wtedy przepis ma swój sens, a więc niejako swój wewnętrzny cel, aczkolwiek cel ten nie pokrywa się z celem prawodawcy. Prawnik badający treść przepisu może i powinien dojść do wykrycia tego wewnętrznego celu normy. Cel w tym znaczeniu zbiega się z rezultatem przyczynowego działania prawa. Prawo działa w sposób przyczynowy na psychikę człowieka, a przez nią i na życie społeczne. Przewidywany rezultat tego działania możemy nazywać celem prawa. Będzie to cel w o tyle nieścisłym znaczeniu, że w pojęciu celu *stricto sensu* zawarty jest moment świadomego działania.

orii prawa jest określenie istoty prawa pozytywnego. Czyż można określić istotę jakiegoś zjawiska, nie uwzględniając jego celu? Jest to co najmniej wielki problem filozoficzny, problem celowości, który w żadnym razie nie może być *a priori* rozstrzygnięty. Kelsen sądzi, że można poznać istotę prawa nie mówiąc o jego celowości. Inni znów są zdania, że poznanie istoty prawa musi uwzględnić momenty celowości [1]. I która alternatywa jest prawdziwa, tego, przed udowodnieniem, naukowo ustalić nie można. A jeśli się uzna, że dane zjawisko podlega prawu celowości, czyli że jest celowe, to poznanie jego istoty musi tę celowość uwzględniać. Wprawdzie ustalenie elementów jakiejś instytucji prawnej, opisanie jej funkcjonowania, może się odbyć bez wprowadzenia momentu celu, można np. podać opisową definicję zastawu bez określenia jego celu. Mogę za Kelsenem określić bibliotekę, jako „zgromadzony w jednym miejscu uporządkowany zbiór książek" [2]. Będzie to określenie opisowe nie uwzględniające

---

1 Tak np. Druks pisze: „Konstrukcja pojęć prawnych w danym czasie, danym społeczeństwie uzależniona jest od pewnych wartości, jako cel pomyślanych. Ten cel zabarwia ogół stanowień prawnych. Poznanie prawa obejmuje nie tylko logiczny rozbiór istniejących pojęć prawnych, ale także stwierdzenie celu lub celów, dla których one skonstruowane zostały. Badanie celu jest nieodzownie konieczne dla zrozumienia pojęć prawnych, gdyż ich budowa została celem, wartością przewodnią spowodowana. Eliminowanie badania celu prowadzi do redukcji przepisu prawnego, do mniej lub więcej algebraizowanej formy zdania, do bezpłodnego operowania formułami. Formuły, obrazy zaczynają prowadzić żywot samodzielny. Następuje zamiana formy obrazu i formy myślenia, względnie zamiana formy słownej z formą myślenia". s. 287. ...„Zdaniem moim nie można budować teorii prawa zgodnej z wymaganiami przedmiotu przy zupełnym eliminowaniu pojęć celu i wartości. Każde bowiem zdanie prawne określa jakieś dane społecznego życia schematycznie i poddaje je jakiejś ocenie, wartościowaniu (s. 288). ...Cel konstrukcji jest jednym z istotnych tematów teorii prawa. Jurysprudencja zaniedbująca badanie celu, pozostaje na prymitywnym stopniu rozwoju, podobnym do nauki przyrody organicznej w stadium samej tylko klasyfikacji przed poznaniem głębszych związków biologicznych". Druks, *Z zagadnień filozofii prawa*. Prz. współcz. 1924. s. 289. Peretiatkowicz również jest zdania, że „metoda teleologiczna jest istotna dla badań prawnych", *op. cit.* s. 506.

2 *Hauptprobleme*. s. 96.

celu, a tymczasem biblioteka swój cel posiada. Toteż, gdy chcę wyjaśnić całkowicie istotę biblioteki, to muszę do określenia wprowadzić pojęcie celu i odpowiedzieć na pytanie, po co zgromadzono zbiór książek. Jeśli ktoś chce ograniczyć swe badania do opisu i klasyfikacji zewnętrznych cech zjawisk, to ma prawo to uczynić pod warunkiem, że nie będzie pretendował do wyczerpującego poznania zjawisk, do poznania ich istoty, i że nie będzie wykluczał w swych określeniach istnienia tych cech, które z założenia pozostawia poza zasięgiem swych badań [1].

b. Związek powinności z rzeczywistością.

Ustalenie celowościowego charakteru powinności nie wystarcza jednak do zapewnienia jej charakteru obiektywnego. Aby uzasadnić istnienie obiektywnej powinności, musimy sięgnąć aż do stosunku powinności i rzeczywistości. Na ogół prawo ma związek z faktami np. z faktem urodzenia dziecka czy śmierci w rodzinie łączą się pewne prawa i obowiązki, powstaje cały szereg stosunków moralnych i prawnych. Podobnie w stosunkach międzynarodowych: z faktem posiadania przez jakieś państwo wielkiej gęstości zaludnienia i energicznego przyrostu naturalnego również łączą się pewne uprawnienia, wprawdzie przede wszystkim moralne, jednak i prawo międzynarodowe nie powinno na nie pozostać nieczułe, gdyż inaczej da dowód niezdolności wykrycia zasad trafnej równowagi sił[2].

Słusznie powie Kelsen, że z wymienionymi faktami powinność łączy się dlatego, że uznajemy normę mówiącą: należy się liczyć z tego rodzaju faktami. Ale decydującym jest to, że normę tę uznać musimy, o ile nie chcemy dojść do całkowitej do-

---

[1] Nawet Hold-Ferneck przeciwstawia naukę badającą treść prawa (Inhalt) nauce badającej jego istotę (Wesen). *Staat als Übermensch.* s. 16. Takie przeciwstawienie wydaje nam się niedopuszczalne.

[2] Por. Dembiński, *Wojna jako narzędzie prawa i przewrotu.* s. 198. Zgadzamy się tu z Morgenthau, że „l'opposition absolue entre l'être et le devoir-être dont parle la science normative n'a dans la réalite qu'une portée relative et limitée". *La réalité des normes.* s. 4.

wolności w stanowieniu powinności, że faktycznie normę tę uznają wszyscy, nawet, jak widzieliśmy, uznaje ją Kelsen. Toteż nie można utrzymywać, że powinność nie ma związku z rzeczywistością [1]. Związek ten był zresztą zawsze uznawany. Odnośnie do przeciwstawienia dwu pojęć, pojęcia natury, jako sumy wszystkiego co istnieje, co jest i co być musi, ze względu na działanie praw przyczynowości, oraz pojęcia sprawiedliwości (Idee der Gerechtigkeit) jako tego, co być powinno, stosownie do wymagań jakiegoś innego prawa, innej normy, Kelsen, spostrzega pewien paradoks myśli ludzkiej, mianowicie, stale i zawsze sprawiedliwym porządkiem w dziedzinie działań ludzkich jest nazywany porządek naturalny, a więc najwyższą wartością nazywa się najwyższą rzeczywistość. I pyta, czy nie potrzeba w tym widzieć cienia rezygnacji, jaki język, mowa rzuca na myśl ludzką, znosząc z góry przeciwstawienie wysuwane przez tę ostatnią między wartością a rzeczywistością, między powinnością a bytem, między społecznym bytowaniem tzn. sprawiedliwością a naturą.

Mowa ludzka, tak u Greków starożytnych i Rzymian, jak u Niemców i Francuzów znosi to przeciwstawienie, utożsamiając sprawiedliwe z naturalnym a naturalne ze sprawiedliwym. *Lex naturalis, l'ordre naturel, das Naturrecht* oznacza wszędzie to co jest sprawiedliwe, słuszne [2].

Czyż nie należało by raczej w tym fakcie doszukiwać się wskazówki zdrowego rozsądku ludzkości, który przeciwstawia się rozdzielaniu dziedzin wartości i rzeczywistości? Kelsen nie chce zrozumieć tej lekcji i odrzuca wielką tradycję największych umy-

---

[1] Por. A. Szymański: „fakt może być źródłem prawa, nie jako czysty fakt, lecz jako wyraz pewnego porządku, pewnej celowości. Poznanie tego porządku może zamienić to, co jest na to, co być powinno". *Zakon przyrodzony.* s. 6. Przykładem oparcia na celowej rzeczywistości jest następujące rozumowanie: „Si le monde est créé par Dieu avec une intention que nous pouvons retrouver dans la nature, le fait de la génération indique la volonté divine que l'humanité se continue par cette voie, donc le devoir des hommes de se continuer". Leclercq, *Leçons de droit naturel.* III. *La famille.* s. 11.

[2] *Idee des Naturrechtes.* s. 222.

słów ludzkości (Arystoteles, św. Tomasz z Akwinu), które uważały właśnie, że powinność, wartość, dobro ma ontyczny związek z rzeczywistością, z bytem.

W twierdzeniu, że powinność może pochodzić tylko z powinności, tak jak rzeczywistość tylko z rzeczywistości, jest trochę prawdy. Analogicznej myśli bronił św. Tomasz z Akwinu, wykazując niedostateczność argumentu św. Anzelma dla udowodnienia istnienia Boga [1]. Niemożliwe jest dowieść a priori istnienia Boga wychodząc z pojęcia istoty najwyższej, zawierającej wszelkie atrybuty, a więc i atrybut istnienia, gdyż wychodząc z pojęcia możemy dojść tylko do innego pojęcia, czyli cały czas obracać się będziemy w dziedzinie myśli, w sferze możliwości logicznej, a więc bytu idealnego, a nie w dziedzinie bytu rzeczywistego. Podobnie niemożliwe jest a priori dokonać przeskoku z dziedziny powinności do rzeczywistości. Fakt, że coś jest uważane za powinność, nie dowodzi, że to coś istnieje, czy istnieć będzie w rzeczywistości. I odwrotnie: z faktu, że coś istnieje, nie możemy wnioskować a priori, że to coś istnieć powinno [2].

Jednakże to, czego nie można dowieść a priori dowodzi się a posteriori. Istnienia Boga dowodzi się na podstawie istnienia świata, argumentując koniecznością uznania przyczyny dla wytłumaczenia istniejącego skutku. Analogicznie, a posteriori, istnienie rzeczywistości doprowadza do konieczności uznania powinności. Oczywiście, pod jednym, jak wkrótce zobaczymy, warunkiem: o ile się uzna założenie, że istniejąca rzeczywistość ma nadal istnieć. I to będzie nasza norma podstawowa, której konieczności negować nie będziemy. W każdym razie powinność, którą ona wyraża, od początku znajduje się w ścisłym związku z rzeczywi-

---

1 *Summa Theologica* 1-a q. 2. art. 1. Por. Garrigou Lagrange, *Dieu.* s. 67 nn.

2 Podobne rozważania snuje F. Kaufmann: „Wie wir erkannt haben, ist der Sinn der Behauptung, dasz ein Handeln bestimmter Art an den Tag gelegt werden soll, der, dasz ein Handeln dieser Art praktisch richtig, d. h. in bezug auf anzugebende Ziele zielgerecht ist. ...Aus dieser generellen Kennzeichnung kann selbstverständlich ebensowenig wie aus irgendeiner anderen generellen Kennzeichnung die Realität des Gekennzeichneten deduziert werden. etc. *Methodenlehre der Sozialwissenschaften.* s. 176.

stością. Istnienie rzeczywistości jest nawet niezbędnym warunkiem dla uzasadnienia powinności [1].

Kluczem do zrozumienia związku między powinnością a rzeczywistością, a zarazem gwarancją obiektywnego charakteru powinności jest stare arystotelesowskie odróżnienie aktu i możności (actus, potentia). Powinność dla powinności, w oddzieleniu od rzeczywistości, całkowicie od niej odseparowana nie ma w ogóle sensu. Powinność jest zrozumiała tylko w stosunku do rzeczywistości. Problem powinności powstaje na gruncie rzeczywistości i w ścisłym związku z rzeczywistością, wtedy, gdy tę ostatnią trzeba zreformować i przekształcić na skutek zauważenia przez człowieka jej niewystarczalności, niepełności i niewykończenia, i dążeń do jej przekształcenia według zadatków, jakie ona sama w sobie mieści. Jednym słowem, problem ten powstaje na skutek zauważenia przez człowieka potencjalnego, a więc celowego charakteru rzeczywistości [2].

Poczynając od Kanta, filozofia współczesna zrywa wszelki związek między dobrem a rzeczywistością (naturą). W rzeczywistości, w bycie nie chce widzieć żadnej skłonności ku dobru. To ostatnie staje się czymś całkowicie zewnętrznym w stosunku do bytu, czymś wyznaczanym przez arbitralną władzę woli (autonomia woli), a nie obiektywnym celem, odpowiadającym skłonnościom natury. Takie pojęcie dobra jest błędne. Rzeczywistość jest petencjalna. Każdy byt stworzony jest punktem wyjścia, sumą skłonności ku pewnemu celowi, który stanowi jego dobro, nie

---

[1] W pewnym znaczeniu ma więc rację F. Kaufmann, pisząc, że „aus dem Denken im allgemeinen und dem sozialwissenschaftlichen Denken im besonderen niemals „letzte", „absolute" Ziele hergeleitet werden können. *Methodenlehre.* s. 178. Odrzucając cele absolutne i ostateczne, Kaufmann ma na myśli wartości bezwarunkowe, normy acelowe. Odrzucenie tego rodzaju pojęć jest słuszne. Pogłębiając problem, należało by zdać sobie sprawę, że cele zawarte są w istniejącej rzeczywistości, niezależnie i wcześniej od ustanowienia ich przez człowieka i, że w tym znaczeniu, jako niezależne od ustanowienia ludzkiego, mogą być one nazwane absolutnymi.

[2] Por. Davy, *Le problème de l'obligation chez Duguit et chez Kelsen,* Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique 1933 n. 1—2. s. 11.

ze względu na jakieś autonomiczne, arbitralne ustanowienie woli, lecz z powodu swej ontycznej budowy, ze względu na swe ontyczne właściwości, czyli ze względu na swą naturę. Cytowany przez Kelsena z aplauzem Kitz powiada, że powinność odróżnia się tym od rzeczywistości, że ani urzeczywistnienie ani jej pochodzenie z rzeczywistości nie są konieczne dla jej istnienia: mimo braku jednego i drugiego jest ona i pozostanie powinnością [1].

Niewątpliwie urzeczywistnienie nie stanowi niezbędnego warunku dla zaistnienia powinności: nie należy kraść, kłamać itp. Mimo to, że ludzie kłamią, kradną itd. Należy dochowywać wierności małżeńskiej, wychowywać i kształcić swe dzieci, szanować rodziców itp. mimo, że ludzie nie zawsze to czynią. Jednak, aby wytłumaczyć istnienie powinności, mimo braku jej urzeczywistnienia musimy odwołać się do rzeczywistości. Musi w tej rzeczywistości istnieć jakaś cecha potencjalna (w danym wypadku wymagania społecznej natury człowieka), która pozwoli sensownie ustanowić powinność. Jeśliby tej cechy nie było, to powinność nasza byłaby całkowicie arbitralna. Czasem mogłoby to doprowadzić do jakiegoś absurdalnego narzucenia człowiekowi powinności sprzecznej z tą, której jest on z natury poddany. Innymi słowy, jeżeli coś być powinno in actu, to dlatego, że to coś istnieje obecnie in potentia. Być może, że ono nigdy nie zaistnieje w przyszłości in actu, ale wszak Kelsen oświadcza, że brak skuteczności normy nie uchyla jej mocy obowiązującej [2]. Norma nie przestaje być normą, nawet jeśli nie zostaje spełniona, właśnie dlatego, że jej substratem jest potencjalna rzeczywistość.

---

1 *Hauptprobleme.* s. 8.

2 *Hauptprobleme.* s. 23. Konieczność oparcia powinności o potencjalną rzeczywistość zauważa R o s s, mówiąc, że norma jest funkcją rzeczywistości: „Soll eine Verbindung zwischen der Norm: A soll sein und unsere Wirklichkeitserkenntnis, etabliert werden, so scheint es unzweifelhaft, dasz diese Verbindung sich auf die eine oder andere Weise an A's Existenz heften musz. Der Aussage A soll sein—dieselbe Bedeutung zu geben wie A ist, wäre augenscheinlich eine ganz sinnlose Verdoppellung. Das einzig mögliche scheint zu sein, dasz man mit der Norm A soll sein — eine Funktion von As Existenz oder Nicht-Existenz ausdrückt". s. 270, oraz dalej: Die Norm ist eine Wirklichkeitsfuntion etc...". s. 278. *Theorie der Rechtsquellen.*

Tą potencjalną rzeczywistością jest nie jakaś subiektywna, chwilowa dyspozycja jednostki, nie jakiś proces duchowy w postaci nastawienia woli, jak sądzi Kelsen [1], ale biologiczna i psychiczna struktura człowieka niezależna od jego aktualnych przejściowych dyspozycji. Kelsen zna i zwalcza teorię, uważającą normę za zobiektywizowany popęd w sformułowaniu Windelbanda [2], która rzeczywiście jest zbyt symplistycznie psychologiczna. Windelband, podobnie zresztą jak Kelsen, zdaje się zupełnie nie rozumieć potencjalności natury ludzkiej. Nie spostrzega ani on ani jego krytyk, że w człowieku istnieją duże możliwości, że nie wszystko jest w nim gotowe, wykończone, że nie można go traktować jako czysty akt (actus purus), ale jako byt potencjalny (ens in potentia). Mówiąc, że prawo ma charakter celowy, nie utożsamiam celu prawa z celem prawodawcy. Nie twierdzę, że celem prawa jest to, co prawodawca chce, lecz staram się określić, co prawodawca chcieć powinien. Takie jest znaczenie twierdzenia, że celem prawa jest dobro publiczne (bonum commune). Jest rzeczą jasną, że dobro publiczne nie stanowi, niestety, aż nazbyt często, subiektywnego celu prawodawcy. Niejednokrotnie celem tym jest jego własne dobro, lub dobro węższej grupy społecznej, do której prawodawca należy (klasy, stanu, narodowości). Mimo to, wychodząc z faktu, że człowiek jest istotą rozumną i społeczną, mogę powiedzieć, że obiektywnym celem prawodawcy powinno być dobro publiczne.

Koncepcja taka jest oczywiście antypodem czystej teorii prawa, zbudowanej na nieuzasadnionej ani naukowo ani życiowo hipotezie, żeby nie powiedzieć fikcji, rozdziału rzeczywistości od powinności. Dzięki oparciu o potencjalną rzeczywistość wartość naukowa doktryny prawa naturalnego przerasta wartość, krytycznego pozytywizmu Kelsena, którego podstawą jest subiektywna, arbitralna norma podstawowa. Takie oparcie dobra o byt pozwala rozstrzygnąć problem treści prawa natural-

---

1 *Hauptprobleme.* s. 24.

2 *Normen und Naturgesetze.* 1884.

nego, a zarazem problem obiektywnego czyli naukowego wartościowania [1].

c. Treść prawa naturalnego.

Według św. Tomasza z Akwinu najogólniejsza zasada prawa naturalnego mówi: należy czynić dobro, a unikać zła. Dla innych najogólniejszą zasadą będzie nakaz: *suum cuique tribuere*. Kelsenowi wydaje się, że są to tautologie, głoszące: należy czynić to, co należy czynić, względnie: jeśli A jest równe B, to należy jednakowo je traktować, ale niewiadomo jak; pozostawia się to do określenia prawu pozytywnemu. Nic bardziej sprzecznego z rzeczywistością. Takiego zdania może być tylko ten, kto w ogóle neguje możliwość poznania, kto jest wyznawcą krańcowego subiektywizmu, posuniętego aż do solipsyzmu i całkowitego amoralizmu. Gdyby zasada „należy czynić dobro" była tautologią, to każdy czyn byłby dobry i to dobry moralnie, bo w prawie moralnym ocenia się moralną wartość czynu. Takiego absurdu doktryna prawa naturalnego uznać nie może i nie wygłasza twierdzenia, że wszystko, co ktoś uznaje za dobro jest dobrem, choć niektórzy są skłonni jej go przypisać. Nie każdy czyn jest dobrem moralnym. Każdy czyn może być uważany jako dobro, ale w zupełnie innym znaczeniu jako coś istniejącego. Każdy czyn jako byt, jako zaktualizowanie pewnej możności jest w tym ontologicznym znaczeniu dobrem. *Omne ens in quantum est ens est bonum* [2]. Ale moralnie dobrym nazwiemy tylko czyn

---

1 Oparcie dobra o byt jest jedną ze stałych tez filozofii tomistycznej. Oto parę zdań, które padły na Kongresie filozofii tomistycznej w Poznaniu, a które dobrze dopełniają z konieczności zwięzłe uwagi tekstu: „nous affirmerons l'objectivité, la réalité des valeurs, en constatant la réalité et même l'existence de leur fondement, l'être, et en ne lui ajoutant qu'un simple rapport nécessaire et essentiel, d'ailleurs, avec le sujet"... Mais la raison pour laquelle l'être est voulu, c'est sa perfection en tant qu'elle est capable de procurer la perfection du sujet. C'est donc de nouveau dans l'être en lui-même que se trouve le fondement de la tendance et du bien... etc. René Kremer, *Éthique matérielle ou formelle*. Księga Pamiątkowa Międzynarodowego Kongresu Filozofii Tomistycznej w Poznaniu. s. 60-62.

2 *Summa theologica* I-a, q. V, art. 3 c.

zgodny z celem człowieka, który odcyfrować można z jego natury. Z niektórych wyżej przytoczonych poglądów Kelsena wynikało by, że uważa on prawo naturalne za rodzaj autonomicznej moralności, utożsamiając je z subiektywnym przekonaniem jednostki, że coś jest słuszne, sprawiedliwe. Dlatego też chyba sądzi, że użycie przymusu dla zrealizowania prawa naturalnego jest zbędne, a nawet pozbawione sensu [1]. Takie zapatrywanie na prawo naturalne jest błędne [2].

O ile prawo naturalne ma mieć jakiś sens, to musi posiadać charakter obiektywny. I posiada go, bo, jak sama nazwa wskazuje, jest to prawo ludzkiej natury, czyli jest to ogół zasad, będących normatywnym sformułowaniem psycho-fizycznej natury człowieka. Obiektywność jego musi uznać każdy, kto nie będzie wbrew oczywistości, utrzymywał, że psycho-fizyczna struktura człowieka, jego popędy i właściwości psychiczne, czyli właśnie to, co nazywamy naturą, jest zależne od subiektywnego przekonania jednostki. Prawo naturalne, to nie rodzaj autonomicznej moralności wydedukowanej z jaźni podmiotu poznania, lecz jest to zespół reguł postępowania, niezależny od subiektywnych przekonań jednostek, często im przeciwny [3]. Są pewne rzeczy niezależne od przekonań jednostki, są pewne dobra, które zawsze dobrami dla człowieka będą, choćby on ich uznać nie chciał. Człowiek może nie uznawać tylko ich specjalnych modalności, jak np. życia w danych, określonych warunkach, rozwijania umysłu w taki to określony sposób, ale człowiek nie może sprawić, aby życie w ogóle nie było dlań dobrem, aby poznawanie czyli życie intelektu również tym dobrem nie było. Chyba, że przestanie być człowiekiem *„ipse se fugiet ac naturam hominis as-*

---

1 *Idee des Naturrechts.* s. 226.

2 Gurvitch robi wiele wysiłków, aby dowieść „que la notion de droit purement autonome est une contradiction dans les termes" i wydaje mu się, że przez to zwalcza prawo naturalne. *Droit Naturel ou Droit Positif?* Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique. 1933 nr. 1-2. s. 69.

3 O nieznajomości prawa naturalnego mówi św. Tomasz, *Summa Theologica.* 1-2-ae q. 34 art. 4 i 6.

pernatus hoc ipso luet maximas poenas" — jak pisał Cycero w swej Republice [1]. Prawo naturalne i, co za tym idzie, etyka, a w podstawowych kwestiach i prawo pozytywne, musi się opierać na biologii, psychologii i na tym polega jego charakter naukowy.

Prawo naturalne, w rozumieniu tomistyczno - arystotelesowskim jest oparte na pojęciu natury ludzkiej, które nie jest jakimś pojęciem apriorycznym, wyciągniętym z głowy samotnego spacerowicza, w rodzaju Jana Jakóba Rousseau'a, lecz jest rezultatem długowiekowej obserwacji. Formuła „animal rationale" jest skrystalizowaniem długich obserwacji, doświadczeń i porównań. Takimi też są wszystkie zasady ogólne, podawane przykładowo przez św. Tomasza i w nich nie ma miejsca na żadną formalną tautologię. Św. Tomasz, ustaliwszy wspomnianą zasadę: *bonum est prosequendum et malum vitandum*, zaraz precyzuje, co jest tym dobrem dla człowieka: zachowanie życia, posiadanie i wychowanie potomstwa, unikanie ignorancji, życie w społeczeństwie [2]. Czyń dobro, a unikaj zła, to według natury wspólnej człowiekowi i wszystkim substancjom znaczy: zachowuj życie, a unikaj tego, co mu szkodzi. Czyń dobro, a unikaj zła, w dziedzinie skłonności wspólnych człowiekowi i zwierzętom jest tym samym co: zawieraj związki w celu posiadania i wychowywania dzieci, a unikaj tego, co te rzeczy uniemożliwia. Czyń dobro, a unikaj zła, to w dziedzinie skłonności specyficznie ludzkich, czyli właściwych tylko istocie rozumnej, oznacza: unikaj ignorancji, poznawaj prawdę, żyj społecznie, nie czyń szkody tym, z którymi masz współżyć itp [3]. Czyż można tu mówić o czysto formalnych formułkach?

---

1 Zob. Senn Feliks, *De la justice et de droit*. s. 64. Georges Renard, *Le droit, l'ordre, la raison*. s. 48 nn.

2 1-2ae, q. 94 art. 2 por. O. Schiling, *Die Staats- u. Soziallehre des hl. Thomas v. A.* § 8. Der Inhalt des sittlichen Naturgesetzes. s. 34 nn.

3 Na innej płaszczyźnie i w innych słowach myśli te rozwija R. Kremer: „Comme une forme, l'idée de bien est partout présente; mais cette forme n'est jamais séparée de la détermination matérielle, voir contingente. Un même principe diversifié en lui-même par la loi de l'analogie de l'être et des transcendantaux, permet de résoudre les grands problèmes de l'éthique et d'en apercevoir le lien interne. Il est superflu d'insister sur ce

Nie wydaje się, aby te zasady zasługiwały na miano tautologii.

Prawo naturalne mówi więc nie tylko: jeżeli A jest równe B, to należy je traktować jednakowo, lecz mówi zarazem, jak należy traktować A i B. Kelsen się myli, sądząc, że konieczne są przepisy prawa pozytywnego, aby prawo naturalne wypełnić treścią [1].

I aczkolwiek w wyżej wymienionym znaczeniu formalnym (por. wyżej s. 172) musi ono być wytworem człowieka, tzn. człowiek musi sformułować zasady prawa naturalnego, — to ich treść jest niezależna od jakiegokolwiek prawa pozytywnego.

Wydaje mi się, że legitymacja naukowa prawa naturalnego jest najzupełniej zadawalająca. Jest ono normatywnym sformułowaniem warunków życia człowieka, jako istoty społecznej. Warunki te nie są wytworem fantazji czy subiektywnej intuicji, lecz stanowią pewne obiektywne datum, które człowiek ma poznać i na podstawie tego poznania sformułować zasady, których przestrzeganie jest konieczne dla istnienia i rozwoju ludzi i społeczeństw.

Rozważania Kelsena dotykają ogólniejszego problemu o konieczności organu dla ustalenia norm prawa naturalnego. Czy prawo naturalne jest znane przez wszystkich ludzi, czy też tylko przez niektórych? Z wyżej przytoczonych wywodów Kelsena o konieczności organu dla ustalenia norm prawa naturalnego wynika, że nawet gdy uznać jego istnienie, to mogliby je znać tylko nieliczni i to niedokładnie, tak, że o powszechności w ogóle mówić

---

que cette unité apporte au thomisme, non pas simplement de valeur esthétique intellectuelle mais d'inébranlable solidité...". *Éthique matérielle ou formelle?* s. 74.

1 *Die phil. Grundlagen...* s. 38. Podobnie myli się i niezupełnie dobrze ujmuje ten punkt scholastycznej nauki prawa naturalnego cytowany już profesor budapeszteńskiego Uniwersytetu, gdy pisze w swej, bardzo zresztą głębokiej i wnikliwej, pracy: „Wir sahen auch, dasz sich die sog. inhaltliche Bestimmtheit des scholastischen Naturrechtes auf einige ganz allgemein formulierte Grundsätze formalen Charakters beschränkt und dasz die Füllung dieses Rahmens mit konkretem Inhalt dem positiven Recht überlassen bleibt". M o ó r, *Das Problem des Naturrechts.* s. 547.

nie można. Pogląd taki wydaje się dość dziwny. Prawo naturalne, to chyba takie prawo, które jako naturalne jest wszystkim znane przynajmniej w ogólnych zarysach. Jeśliby tak nie było, to na czym właściwie polegałaby jego „naturalność"? Jedną z oznak jego naturalności musi być jego powszechność. Może to nie będzie powszechność idealna, całkowita, niedopuszczająca żadnych odchyleń, bo w dziedzinie społecznej musimy się zadawalać regułami, które mają zastosowanie w większości wypadków, *ut in pluribus* i nie możemy żądać, by prawa społeczne były jakimiś prawami przyrodniczymi, nie dopuszczającymi żadnego wyjątku, ale w każdym razie jakiś stopień tej powszechności istnieć powinien. Nie moglibyśmy chyba lepiej odpowiedzieć, jak przypominając pokrótce głębokie analizy Summy teologicznej św. Tomasza z Akwinu. Odróżnia on *prima principia communia* i *conclusiones propriae*. Pierwsze są to pewne najogólniejsze zasady prawa naturalnego, takie jak: należy utrzymać się przy życiu, należy posiadać i wychowywać potomstwo, należy żyć w społeczeństwie itp. Zasady te w swym ogólnym sformułowaniu są powszechnie znane. Drugie, będące niemal bezpośrednimi wnioskami z pierwszych, np. należy zwracać depozyty, są znane jeszcze w większości wypadków. A dopiero znajomość pewnych szczegółowych nakazów prawa naturalnego przestaje być powszechna [1].

Normy ogólne są zarazem tego rodzaju, że ich skonkretyzowanie, czy ich zindywidualizowanie dla nikogo trudności nie przedstawia. Normalnie każdy chce zachować swoje życie. Większość ludzi nieprzeintelektualizowana postępowymi doktrynami, pragnie ustabilizowanych związków rodzinnych i posiadania potomstwa. Każdy, oczywiście w stopniu odpowiadającym jego możliwościom, spontanicznie dąży do poznania otaczającego świata. Olbrzymia większość pragnie żyć w zorganizowanych grupach

---

1 Por. M a r t y n i a k, *Le fondement objectif du droit d'après St. Thomas d'Aquin.* s. 60 nn. *Summa theologica* 1-2ae, q. 94.

społecznych [1]. Wyrażając się w wielkich skrótach myślowych i upraszczając pojęcia, można sobie pozwolić na następujące przeciwstawienie. Dla Kelsena decydującą jest forma prawna, dla nas—jego treść. Dla Kelsena jakakolwiek treść może być prawem, byleby tylko przyjęła formę zdania prawnego. Dla nas niemal każda forma może być prawem, o ile zawiera określoną treść. Kelsen głosi dogmatyzm formy, a relatywizm treści, my zaś przeciwnie: wyznajemy dogmatyzm treści, a relatywizm formy.

Uważamy za rzecz najistotniejszą, by podstawowe przepisy prawa pozytywnego były odbiciem prawa naturalnego, a w jakiej to będzie formie ustrojowej, czy w monarchii, czy w republice, czy w liberalnej demokracji, to rzecz drugorzędna. I w tym znaczeniu głosimy indyferentyzm polityczny: forma ustrojowa jest rzeczą względną, do pewnego stopnia jakby obojętną. Najgłówniejszą rzeczą jest treść porządku prawnego. I, aby doprowadzić to przeciwstawienie do formy, którą tak lubił Oskar Wilde, możemy zakończyć następującym paradoksem: Relatywizm Kelsena jest bardziej dogmatyczny niż doktryna prawa naturalnego, albowiem głosi on wyłączną dopuszczalność jednej formy zdania prawnego. Nauka prawa naturalnego zaś w stosowaniu ogólnych zasad, w konkretyzowaniu ich treści dopuszcza pewnego rodzaju relatywizm. Nie mówi ona, jak to przed chwilą zaznaczono, że społeczne życie ludzi może być jedynie i wyłącznie zorganizowane na jedną modłę, że państwo może mieć tylko jeden ustrój polityczny (np. monarchiczny czy republikański). W tych i w wielu innych kwestiach dopuszcza różnolitość. Jednak, mimo tej pewnego rodzaju względności w szczegółach, ogólne wytyczne, podstawowe zasady są obiektywne, bo obiektywny jest fundament, który je podtrzymuje, tj. natura człowieka. Prawo naturalne wymaga, aby człowiek żył w społeczeństwie, tzn. z innymi ludźmi i aby to społeczeństwo było zorganizowane tak,

1 I na tym polega pozytywność prawa naturalnego, której nie może zrozumieć M o ó r (*Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus.* s. 100) podobnie jak nie rozumie, że prawo naturalne stanowi nie tylko negatywną granicę dla prawa pozytywnego, lecz, że daje ono, choć bardzo ogólne, ale pozytywne wskazówki (*tamże.* s. 104).

aby zapewniło człowiekowi rozwój jego naturalnych właściwości. Niekiedy prawo naturalne da wskazówki bardziej ścisłe np. jeśli chodzi o instytucję rodziny [1].

d. Naukowe wartościowanie.

Opierając się na potencjalnej i pełnej treści rzeczywistości, można uzasadnić istnienie naukowego wartościowania tj. istnienie ocen nie będących wypływem czysto subiektywnego przekonania, lecz dających się uzasadnić rozumowo. Problemu tego nie będziemy mogli tu rozpatrzyć szczegółowo, gdyż jest on tak obszerny, że mógłby stanowić wyłączny temat pracy o wiele większej niż niniejsza. Ograniczamy się tutaj do ogólnych uwag, wprost do paru szkicowych rzutów myśli, których rozwinięcie i naukowe uzasadnienie mamy nadzieję dać w jednej z przyszłych prac.

Od dość dawna pokutuje w nauce przesąd, że nauka nie jest w stanie wartościować, że obiektywnych wartości, dających się uzasadnić naukowo, nie ma. Wszak, doświadczalnie rzecz biorąc, wszystko się zmieniało i zmienia. Obserwacja wskazuje istnienie i nie tylko rzeczy zgodnych, ale i sprzecznych z prawem naturalnym. Ludzie mają różne poglądy, przekonania i oceny. Skąd można wiedzieć, które są fałszywe a które prawdziwe? Wartości dowieść nie można, głosi się powszechnie od czasów Kanta[2].

Pogląd ten jest zresztą o wiele starszy. Wiąże się on z materialistycznym i mechanistyczno-przyczynowym pojmowaniem natury i świata. Np. już zdaniem Spinozy sądy wartościujące (de bono et malo, merito et peccato, laudo et vituperio, ordine et confusione, pulchritudine et deformitate) nie mają naukowego

---

1 J. Moór, który z początku wydaje się daleki od prawa naturalnego, kończy na częściowym uznaniu go jako „negatives Naturrecht". Trudność, z jaką mu to przychodzi, płynie, moim zdaniem, z błędnego utożsamiania doktryny prawa naturalnego ze szkołą prawa natury w. 17-go i 18-go, i pewnych nieporozumień, o których wspomniano w poprzedniej nocie.

2 „Werte sind realiter nicht aufweisbar" — pisał Felix Kaufmann, *Kant und die reine Rechtslehre*. Kantstudien 1924. s. 239. Ostatnia jego praca *Methodenlehre der Sozialwissenschaften* odbiega już daleko od tych dogmatów młodości.

uzasadnienia [1]. Można tylko skonstatować, że obraz jakiś komuś się podoba, względnie, że ktoś daną czynność uważa za dobrą, ale nie można nigdy dowieść, że dany obraz jest rzeczywiście piękny, względnie, że dana czynność jest rzeczywiście dobra [2].

Każdy pogląd jest równouprawniony. Każda ocena jest tylko wyrazem subiektywnego przekonania i żadna nie może pretendować do naukowej wartości. Krótko mówiąc: ponieważ są różne oceny, więc wszystkie mają wartość czysto subiektywną, nie ma żadnej, którą by można naukowo uzasadnić. Stary, ale stale odradzający się argument sceptyczny. Pogląd ten dziś jeszcze wydaje się niemal takim samym podstawowym kanonem naukowości, jak kilkadziesiąt lat temu wydawała się niewzruszoną i jedynie naukową hipoteza pochodzenia człowieka od małpy, lub, w dziedzinie socjologii, teorie Schäfflów i Lilienfeldów. Cóż pozostało dziś z tych tak ongiś czczonych fetyszów naukowych? Czas też chyba najwyższy, aby krytycznie spojrzeć i na ten pozostały fetysz, który został spopularyzowany i utrwalony przez znany aforyzm: *la science ne parle jamais à l'impératif, elle parle toujours à l'indicatif.*

Problem wartościowania ściśle się łączy z problemem niezmienności i powszechności prawa naturalnego, który jest trudny, jest to może nawet najtrudniejszy punkt całej doktryny.

Pytanie, czy nauka może wartościować (kann Wissenschaft zu werten) może mieć podwójne znaczenie. Albo pytamy, czy nauka może tworzyć wartości i wtedy odpowiedź powinna być negatywna. Albo też pytamy, czy nauka może poznawać wartości i hierarchizować je. I na to pytanie damy odpowiedź afir-

---

1 Cyt. Del Vecchio, *Lezioni di filosofia del diritto.* wyd. 3-cie. s. 368. Por. *tamże.* s. 68.

2 F. Kaufmann, *Kant und die Reine Rechtslehre.* s. 240. Podobnie S. Frydman, dla którego nawet, zdaje się, każde ustalenie sensu jest konwencjonalne. Z jego wywodów wynikałoby, że poznajemy tylko wtedy, gdy obserwujemy ludzi „poznających" sens ustaw, dzieł sztuki, literatury i tp. Natomiast gdy sami poszukujemy sensu, to zajmujemy stanowisko konstrukcyjne i tylko quasi-poznawcze. *Dogmatyka prawa w świetle socjologii.* Studium I. O wykładni ustaw. in Ogólna nauka o prawie. (Studia pod red. Prof. Bronisława Wróblewskiego, tom I. Wilno 1936. s. 174 (314).

matywną. Zgodzimy się więc z Kelsenem, że nauka nie ma ustanawiać wartości [1].

Ale to nie wyklucza, że nauka może wartości poznawać, jeśli one istnieją w rzeczywistości. Nauka, dążąca do poznania rzeczywistości, treściowo, materialnie tworzyć nie powinna, a tylko myślowo ujmować to, co jest dane.

Jest chyba rzeczą dowiedzioną, że nauka ma do czynienia nie tylko z ilościami, ale i z jakościami. Czy jakości można hierarchizować, ustanawiać między nimi jakieś gradacje? Jeżeli należą one do jednej dziedziny, jeśli są współmierne, to oczywiście tak. Mając kilka barw czerwonych o różnym stopniu nasycenia, mogę je uszeregować według stopnia czerwoności.

Podobnie rzecz ma się w dziedzinie zjawisk humanistycznych: jak tam jakości, tak tu wartości stanowią pewne *datum*. I aby wykazać, że nie tylko to ładne, co się komu podoba, że nie tylko to dobre, co ktoś chce za dobro uważać, lecz, że są pewne kryteria, które pozwolą powiedzieć, że dana rzecz jest piękna i napewno obiektywnie piękna, choć się nie wszystkim podoba, że dany czyn jest dobry, choć nie wszyscy go za taki uważają, trzeba się oprzeć na prawie naturalnym, na życiowych wymaganiach człowieka. Człowiek nie może np. sprawić, aby pewne połączenia dźwięków czy barw nie działały nań kojąco, uspakajająco, a inne drażniąco, rozstrajająco. Tak samo nie może sprawić, aby pewne postępki, np. rozpusta, pijaństwo, nie niszczyły jego organizmu i zdolności psychicznych. Do pewnego stopnia przez przyzwyczajenie można człowieka znieczulić, zwiększyć jego odporność na rozdrażnienie i rozstrój, tak samo organizm może być w pewnym stopniu uodporniony i znieczulony na niszczące działanie alkoholu, ale jeśli się nie chce zaprzeczyć, że człowiek powinien żyć i rozwijać te władze i zdolności, z którymi przychodzi na świat, to nie można przeczyć, że jedne rzeczy normalnie powinny się podobać i będą się podobać, a inne nie, oraz nie można odmawiać wartości jednym czynom, a przy-

---

1 *Die philosophischen Grundlagen*. s. 70. Por. wyżej s. 187.

pisywać ją innym. Nie znaczy to, że dopuszczalna jest tylko jakaś jedyna estetyka, jedyna szkoła literacka, malarska itd., względnie jeden możliwy sposób etycznego życia. Oczywiście skala możliwości jest dość szeroka, lecz istnieje właśnie pewna, choć szeroka, ale ograniczona, skala możliwości, i rzeczy znajdujące się poza jej granicami pod miano pięknych względnie dobrych podpadać nie będą, nawet jeśliby ktoś sądził inaczej. Przy czym skala etyczna jest znacznie mniejsza niż estetyczna.

Aby więc uzasadnić możliwość naukowego wartościowania, trzeba tylko ustalić czy rzeczywistość humanistyczna, tj. człowiek i jego życie społeczne jest celowościowe czyli intencjonalne, czy też nie. Jeśli tak, to naukowe wartościowanie jest możliwe. Jeśli rzeczywistość społeczna jest intencjonalna, jeżeli człowiek ma cel obiektywny, niezależny od subiektywnych celów drugorzędnych, które sam sobie zakreśla, to można obiektywnie oceniać jego czyny, jako zgodne lub niezgodne z tym celem. Te, które doń prowadzą, ocenimy jako dobre, te zaś, które przeszkadzają jego realizacji, jako złe.

Nieuzasadniona jest ironia Kelsena, dotycząca rzekomo nierozwiązanego do dziś, mimo tysiącletnich wysiłków, problemu sprawiedliwości [1]. Ukrywa się pod nią może podświadome pragnienie rozwiązania problemu sprawiedliwości raz na zawsze, dla wszelkich okoliczności, co było by niczym innym, jak odnowioną teorią abstrakcyjnych doktrynerów z tzw. szkoły prawa natury XVII i XVIII wieku.

Problem sprawiedliwości musi być na nowo rozwiązywany przez każde pokolenie. Niezmienne są tylko ogólne zasady. Ich zastosowanie musi być zmienne, bo musi się liczyć z konkretnymi warunkami, które się stale zmieniają. Nie mogę dziś powiedzieć, co będzie sprawiedliwe w państwie polskim w XXIV w., ale mogę powiedzieć, według jakich zasad problem sprawiedliwości będzie musiał być w tym okresie rozstrzygany. Natomiast wbrew mniemaniu Kelsena [2] można odpowiedzieć na pytanie: na

---

1 *Idee des Naturrechtes.* s. 243.

2 *Reine Rechtslehre.* s. 14.

czym dziś polega sprawiedliwość *in wissenschaftlicher, d. h. rationaler, auf der Erfahrung orientienter Erkenntnis* i to w sposób, który jest co najmniej tak samo naukowy jak cała czysta teoria prawa. Trzeba uznać tylko pewien postulat: jak w czystej teorii prawa trzeba postulować, że *Grundnorm* ma moc obowiązującą, tak tu trzeba postulować, że należy uwzględnić dobro wszystkich obywateli, lub wszystkich istniejących grup społecznych. Oczywiście dobro nie stojące w sprzeczności z prawem naturalnym. A po tym wystarczy w sposób naukowy, przez poznanie oparte na doświadczeniu ustalić ilość tych grup, ich znaczenie dla dobra publicznego i wtedy określić naukowo, na czym polega sprawiedliwość. Bez wątpienia nie wyklucza to możliwości pewnych marży, których użytkowanie czy przeznaczenie pozostawione być może do decyzji władzy. W każdym razie mogę określić w sposób naukowy, tj. oparty na doświadczeniu, na czym dziś polega sprawiedliwość społeczna, jeśli będę miał w ręku dane odtwarzające obecny stan faktyczny i uznawał celowościową naturę człowieka i życia społecznego [1].

Bezsprzecznie, u podstaw tego wartościowania leży uznanie pewnej normy podstawowej, uznanie mocy obowiązującej normy mówiącej: należy żyć i rozwijać swą istotę zgodnie ze wskazówkami natury [2]. Ale nasza norma podstawowa tym się różni od

---

1 Jasno rozwija tę myśl A. Szymański: „Mając poczucie moralności w ogóle i sprawiedliwości w szczególności, będące wyrazem prawa przyrodzonego, umysł bada konkretne sytuacje i stosunki i tworzy sprawiedliwe prawo przyrodzone dla danego okresu historycznego lub dla danej cywilizacji. Jest rzeczą bowiem jasną, że sprawiedliwe rozstrzygnięcie wypadnie inaczej w różnych historycznych warunkach gospodarczych, prawnych, ideologicznych, inaczej np. w okresie feudalizmu, a inaczej w okresie kapitalizmu. Rzecz naturalna, ta różnorodność może być tylko względna, gdyż niewzruszoną podstawą zakonu przyrodzonego prawnego pozostaje ta sama natura ludzka i ta sama natura grupy społecznej". *Zakon przyrodzony.* s. 16. Odbitka z księgi pamiątkowej ku czci prof. Wł. Abrahama. Lwów 1931. Zob. w tejże księdze I. Czuma, *Sprawiedliwość w dziedzinie skarbowej.*

2 Gdy się zrozumie konieczność uznania takiej normy, to nie trudno odpowiedzieć na pytania, które stawia Merkl: „Warum, pyta on, soll dann was dem öffentlichen Interesse widerspricht, von Rechts wegen nicht möglich, warum soll ferner, was dem öffentlichen Interesse entspricht, von Rechts wegen

Kelsenowskiej, że nie jest arbitralna, lecz obiektywna, bo dyktowana przez stan rzeczy, który stale istnieje niezależnie od nas. Ta norma może być uważana za samowystarczalną, aczkolwiek można i trzeba wyjść poza nią, biorąc pod uwagę istnienie Twórcy natury czyli Boga. I tak prawo naturalne doprowadzi do prawa wiecznego. W każdym razie nauka prawa naturalnego jest co najmniej tak samo naukowa, jak krytyczny pozytywizm, który również opiera się na uznaniu pewnej normy podstawowej i którego pozycja jest o tyle słabsza, że jego norma jest czysto subiektywna i arbitralna [1].

---

geboten sein? Warum soll endlich das öffentliche Interesse von sich aus schon irgend eine Rechtsfolge bedingen, namentlich die Rechtskraft eines Aktes bewirken oder ausschliszen? Das verstehe wer kann! Das versteht nur, wer den politischen Wunsch zum Vater des juristischen Gedankens machen kann". *Die Lehre von der Rechtskraft.* s. 162. W pojęciu dobra publicznego krystalizuje się chęć istnienia człowieka, istoty społecznej. Ta chęć ludzkiego bytowania to nie jakieś tam sobie dowolne życzenie polityczne, lecz wymagania natury człowieka. Wymagania te muszą być wprawdzie przez człowieka sformułowane, ale one nie są jego subiektywnym wytworem. Por. wyżej. s.173. Pojęcie dobra powszechnego analizuje obszernie i wnikliwie I. C z u m a w pracy *Ustrojowe podstawy skarbowości.* Lublin 1937. s. 1-108. Zob. t e n ż e *Duchowe pierwiastki w skarbowości.* Lwów 1938. Odbitka z przeglądu ekonomicznego. W świetle tych rozważań można też ocenić co jest słusznego w teorii D u g u i t'a, a co w niej jest niedociągniętego. D u g u i t pisał: „Reguła prawna jest regułą faktyczną, regułą, która narzuca się ludziom nie ze względu na jakąkolwiek wyższą zasadę, dobro, interes, szczęście, lecz jedynie siłą faktów, ponieważ człowiek żyje w społeczeństwie i tylko w społeczeństwie żyć może. Jest to pewnego rodzaju prawo życia społecznego. Reguła ta powiada człowiekowi: czyń to, ponieważ to jest. Nie opiera się ona na zasadzie wyższej, tylko na rzeczywistości". *L'État, le droit objectif, la loi positive.* s. 16. cyt. i tłum. P e r e t i a t k o w i c z, *Studia prawnicze.* s. 193. Słuszne jest oparcie norm na rzeczywistości: czyń to, ponieważ to jest. Błędne natomiast jest twierdzenie, że reguła ta nie opiera się na zasadzie wyższej. Opiera się ona na zasadzie głoszącej: należy iść za głosem natury, względnie: należy słuchać Boga.

1 Przeciw Kelsenowi można użyć starego i już klasycznego argumentu, który się wytacza przeciw relatywizmowi i sceptycyzmowi w ogóle. Jeśli nauka nie mogłaby wartościować, to Kelsen nie miałby prawa oceniać krytycznie poglądów różnych autorów, jak to czyni w każdym niemal ze swoich dzieł, krytyka bowiem jest wartościowaniem. A Kelsen chyba ma pre-

Głosząc potrzebę uznania pewnej normy podstawowej, nie znaczy to bynajmniej, że tym samym uważamy naszą normę za równie hipotetyczną, jak normę Kelsena. Norma nasza mogłaby tylko w tym wypadku być hipotetyczną, gdyby hipotetyczne było istnienie natury człowieka i gdyby natura ta nie miała charakteru celowościowego. Lecz istnienie natury człowieka jest faktem, faktem również są jej określone właściwości, a m. i., jej charakter finalistyczny, celowościowy.

Charakter obowiązkowy tej normy opiera się ostatecznie na istnieniu Boga. Powinność, jaką ona stwarza, nie może być pozostawiona dowolnemu uznaniu człowieka, tak, jak od uznania człowieka nie mogą zależeć pewne fakty. Stanąwszy przed domem, człowiek może wprawdzie wbrew oczywistości utrzymywać, że tego domu nie ma, ale to nie zmieni faktu. Podobnie stanąwszy wobec porządku wszechświata (Kosmosu), człowiek, bądź z powodu braku dobrego rozeznania, bądź z powodu braku dobrej woli, może utrzymywać, że nie kosmos istnieje, lecz chaos. Skoro się jednak dojdzie do wniosku, że istnieje określony porządek i że istnienie tego porządku nie może być wytłumaczone inaczej jak przez uznanie istnienia Inteligencji, która powzięła jego koncepcję i Woli, która tę koncepcję zrealizowała, to porządek ów nabiera charakteru obowiązującego [1].

W konkluzji musi dojść do stwierdzenia tego, co Kelsen przeczuwał już w przedmowie do pierwszego wydania *Hauptprobleme*, tj. do stwierdzenia związku między zasadniczymi konstrukcjami prawnymi, a pewnymi ogólnymi zasadami filozoficznego światopoglądu [2]. Kończąc swą pracę o filozoficznych podstawach

---

tensje do tego, że jego prace są naukowe i że jego krytyka jest też naukowa. Podobnie zbija relatywizm Kelsena Hold-Ferneck: „Er (Kelsen) nimmt für seine Lehre, dasz nichts Wirkliches wertvoll sein kann, einen Wert, nämlicht Richtigkeit in Anspruch. Seine Lehre ist wirklich, folglich kann sie nicht richtig sein". *Der Staat Als Übermensch.* s. 24.

1 Myli się więc Moór, pisząc że w filozofii scholastycznej „natura keine normative Ordung, sondern eine kausale Wirklichkeit bedeutet". *Das Problem des Naturrechts.* Archiv für Rechtsphilosophie Bd. XXVIII. s. 545.

2 Uznanie istnienia prawa naturalnego i jego charakteru obiektywnego opiera się na teorii poznania arystotelesowsko-tomistycznej: istnieje

nauki prawa naturalnego i pozytywizmu prawnego, Kelsen powiada, że przeciwstawienie nauki prawa naturalnego i krytycznego pozytywizmu ma swe źródło w różnicy światopoglądów i charakterów, jest to odwieczna i nigdy niekończąca się walka duchów [1]. Bardzo dziwnie brzmi to w ustach krytycznego pozytywisty, który czyni coś, jakby przeciwstawienie jednej wiary z drugą. Kelsen robi nam zbyt wielkie ustępstwo.

Wraz z Fr. Geny i L. Le Fur'em głosimy laickość prawa naturalnego tzn. jego niezależność od takiej, czy innej wiary. Innymi słowy, uważamy, że istnienie prawa naturalnego i istnienie jego treści, a w konsekwencji i naukowe wartościowanie, może być uzasadnione za pomocą rozumowych, a więc naukowych argumentów, a nie musi się opierać na jakimś, nie dającym się rozumowo dowieść, akcie wiary [2].

świat zewnętrzny, odrębny od podmiotu poznającego; nasze władze zmysłowe i umysłowe odtwarzają nam prawdziwy obraz tego świata, *veritas est conformitas rei et intellectus.* Jeśli w teorii poznania spali się mosty między jaźnią a światem zewnętrznym, to musi się pozostać nieuchronnie przy jakimś subiektywnym prawie, np. *droit intuitif* Gurvitcha. Autor ten, krytykując Kanta, w wielu punktach, bez dyskusji, jako rzecz zupełnie zrozumiałą, przyjmuje kantowską teorię poznania, toteż jego prawo musi w konsekwencji być autonomicznym, czyli takim, które sam zwalcza. *Droit Naturel ou Droit Positif Intuitif?* Archives de Philosophie du droit N. 3-4 1933. s. 55 nn.

1 *Die phil. Grundlagen.* s. 78.

2 Zob. Geny, *La laicité du droit naturel.* Archives de philosophie du droit etc. 1933 n. 1-2. s. 7-27. Le Fur, *Les caractères essentiels du droit en comparaison avec les autres règles de la vie sociale.* s. 53 nn. Por. Martyniak, *Le fondement objectif du droit* ect. § 33. Caractère philosophique de la doctrine. s. 87 n. Znamienną rzeczą jest, że nawet Durkheim, ten racjonalista, uznawał możliwość naukowego wartościowania. Jego zdaniem, naukowe rozróżnienie faktów normalnych od patologicznych jest możliwe i nauka może służyć do kierowania postępowaniem. Wychodzi on również z pewnego rodzaju normy podstawowej, będącej w gruncie rzeczy niczym innym jak starym *sequere naturam.* „En effet, pisze, pour les sociétés comme pour les individus, la santé est bonne et désirable, la maladie, au contraire, est la chose mauvaise et qui doit être évitée. Si donc nous trouvons un critère objectif, inhérant aux faits eux-mêmes, qui nous permette de distinguer scientifiquement la santé de la maladie, dans les divers ordres de

§ 4. Stosunek prawa naturalnego do prawa pozytywnego.

a. Logiczna niemożliwość uznania prawa naturalnego obok prawa pozytywnego według Kelsena.

Zakładając hipotetycznie istnienie prawa naturalnego, Kelsen zajmuje się też analizą jego stosunku do prawa pozytywnego. Utrzymuje on, iż jest logiczną niemożliwością uznać prawo naturalne obok prawa pozytywnego, co ma raz jeszcze wykazać, że istnienie prawa naturalnego jest niemożliwe. Wywody Kelsena o logicznej niemożliwości uznania prawa naturalnego obok prawa pozytywnego stanowią może najbardziej ciekawą, a zarazem najbardziej wnikliwą, co jednak nie znaczy całkowicie słuszną, część jego rozważań na ten temat.

Jeśli istnieją dwa zespoły norm, odnoszące się do jednego przedmiotu i dające się sprowadzić do dwu różnych norm podstawowych, to wtedy mamy do czynienia z dwoma różnymi systemami, z których tylko jeden może mieć moc obowiązującą, a nigdy obydwa równocześnie. To jest podstawowe twierdzenie Kelsena, na którym opiera się jego teoria o stosunku prawa naturalnego do prawa pozytywnego. Przedmiotem obydwu systemów, naturalnego i pozytywnego, jest zachowanie się ludzi. Jeśli się uznaje, że nad normą podstawową jednego systemu znajduje się jakaś wyższa norma, że np. nad systemem prawa pozytywnego mamy system prawa naturalnego, który uznaje się za wyższy i nadrzędny w stosunku do pierwszego, to wtedy są one tylko pozornie dwoma różnymi systemami norm i rzekoma norma podstawowa prawa pozytywnego w gruncie rzeczy podstawową nie jest. Wtedy cały system prawa pozytywnego nie stanowi systemu odrębnego, lecz część obszerniejszego systemu norm [1]. Kto uz-

---

phénomènes sociaux, la science sera en état d'éclairer la pratique tout en restant fidèle à sa propre méthode". *Les règles de la méthode sociologique*, s. 61. Za obiektywne kryterium normalności faktu społecznego Durkheim uważa jego powszechność. Zob. cały rozdział III. Règles relatives à la distinction du normal et du pathologique. s. 59-93. *op. cit.*

1 *Die phil. Grundlagen.* § 13. s. 27. *Naturrecht und positives Recht.* s. 73, 87.

naje moc obowiązującą systemu prawa naturalnego, nie może uznać niezależności prawa pozytywnego. I odwrotnie: konsekwentny pozytywista, uznający prawo pozytywne, jako najwyższy i niezależny system norm, nie może uznać mocy obowiązującej prawa naturalnego.

Jeśli więc mamy do czynienia z dwoma rzeczywiście różnymi i niezależnymi systemami, które odnoszą się do jednego przedmiotu, to wtedy tylko jeden z nich może mieć moc obowiązującą. Jeśliby bowiem przypuścić, że obydwa obowiązują, to doszło by się do sprzeczności norm, gdyż mogło by się zdarzyć, że norma jednego systemu wymaga w określonych warunkach zachowania się *a*, zaś norma drugiego systemu wymaga w tych samych warunkach zachowania się przeciwnego (non-a), co stanowi logiczną sprzeczność. Twierdzenia: „obowiązuje a" i „nie obowiązuje a" wykluczają się wzajemnie, podobnie, jak twierdzenia: „jest a" i „nie jest a". Zasada niesprzeczności ma równą wartość w dziedzinie rzeczywistości, jak i w dziedzinie powinności. Aby nie popaść z nią w konflikt, nie można twierdzić, że obowiązują jednocześnie dwa różne systemy norm. Często nie wydaje się to oczywiste dlatego, że miesza się pojęcia rzeczywistości i powinności i robi przeskoki z jednej dziedziny do drugiej. Nie ma sprzeczności między sądami twierdzącym i przeczącym, o ile każdy z nich należy do innej dziedziny. Tak więc nie ma sprzeczności między twierdzeniami: „a jest" i „nie obowiązuje a". Obydwa są jednocześnie możliwe i wskazują tylko na przeciwstawienie między tym, co jest, a tym, co być powinno. Pomyłki i wahania zdarzają się dlatego, że często stan psychiczny uważa się za powinność czyli za normę, a tymczasem należy ściśle odróżniać normę, jako powinność, i normę, jako stan psychiczny, są to bowiem dwie różne rzeczy. Norma jako akt psychiczny jest to, ściśle mówiąc, wyobrażenie względnie pragnienie normy, które należy do dziedziny rzeczywistości, a norma, jako powinność, jest to coś, co leży w dziedzinie powinności. Nie ma więc sprzeczności i nie uznaje się mocy obowiązującej dwu systemów, jeśli się twierdzi, że obowiązuje norma *a* i, że zarazem ludzie chcą, czy wyobrażają sobie, że obowiązuje norma *non-a*.

W pierwszym wypadku jesteśmy na płaszczyźnie powinności, w drugim—na płaszczyźnie rzeczywistości. To, co się zwykle nazywa kofliktem obowiązków, jest właściwie konfliktem przeżyć, a więc sytuacją, która całkowicie leży w dziedzinie bytu, a nie w dziedzinie powinności. Człowiek zdaje sobie sprawę, że z dwu stron domagają się odeń dwu przeciwnych rzeczy: *a* i *non-a*. Istnieje walka psychicznych motywów działania mających przeciwny kierunek. Walka ta nie zawiera żadnej logicznej sprzeczności i jest możliwa podobnie, jak możliwe jest działanie dwu przeciwnych sił na jedno ciało.

Analogiczne rozważania rozwijał Kelsen, analizując wzajemne stosunki różnych systemów prawno-pozytywnych. Jego zdaniem, z punktu widzenia normatywnego tylko jeden system prawny może mieć moc obowiązującą (Geltung). Nie można mówić, jak to się zwykle czyni, że tu obowiązuje jeden system prawny, a gdzieindziej (w granicach innego państwa) inny. Nie można uznać mocy obowiązującej dwu systemów jednocześnie, jeśli się ich nie sprowadzi do jakiegoś jednego, wyższego systemu, do jednej podstawy obowiązywania (Geltungsgrund). W twierdzeniu, że jedno państwo istnieje tu, a inne tam, zawiera się myśl, że ich systemy ograniczają wzajemnie swoją moc obowiązującą, że zakres mocy obowiązującej każdego z nich jest ograniczony. I jeśli się głosi, że, aby wejść do prawnej społeczności, państwo musi być uznane przez inne, to tym samym uznaje się wyłączność mocy obowiązującej jednego systemu prawnego, gdyż uznanie mocy obowiązującej systemu prawnego obcego państwa jest, z punktu widzenia państwa uznającego, niczym innym, jak delegowaniem tego systemu. W takiej teorii uznania mieści się twierdzenie, że suwerenność jednego państwa nie da się pogodzić z suwerennością innego. Za suwerenny uznaje się z każdej strony tylko swój system prawny. I z normatywnego punktu widzenia jest to, zdaniem Kalsena, koncepcja jedynie możliwa do przyjęcia. Inaczej uznanie mocy obowiązującej różnych systemów prawnych sprowadza się do zaobserwowania faktu, że ludzie zachowują się w określony sposób, że pewne systemy wywierają swój wpływ motywacyjny. To zaś nie podpada pod normatywny

punkt widzenia, a tylko pod eksplikatywny: jest to skonstatowanie prawa przyczynowego, należącego do dziedziny rzeczywistości, a nie powinności [1].

Zdaniem Kelsena, nie można więc uznać istnienia dwu odrębnych systemów powinności i konstruować między nimi stosunków, nie można twierdzić, że obowiązują jednocześnie dwa systemy norm, gdyż popadnie się w konflikt z zasadą niesprzeczności. Moc obowiązującą może posiadać tylko jeden system normatywny. Wprawdzie często uważa się za obowiązujące dwa różne systemy norm. Jest to jednak mniemanie błędne zawierające wewnętrzną sprzeczność. Pozornie sprzeczności tej unika się, głosząc rozdział między różnymi systemami np. między prawem a etyką, czy między prawem niemieckim a francuskim i mówi się: to obowiązuje prawnie, chociaż etycznie nie obowiązuje itp. W każdym wypadku przyznaje się więc właściwie moc obowiązującą wyłącznie jednemu systemowi. Inaczej być nie może, uznanie mocy obowiązującej dwóch systemów jest bowiem, jak przed chwilą dowiedzieliśmy się, logicznie niemożliwe. Należy zawsze poprzestawać na uznaniu mocy obowiązującej jednego systemu i nie doszukiwać się stosunku między różnymi, rzekomo jednocześnie obowiązującymi, systemami norm. Z chwilą gdy się mówi o stosunku między prawem naturalnym, a pozytywnym, to zawsze, świadomie, czy nieświadomie, uważa się jeden z tych systemów za podporządkowany drugiemu, a więc w gruncie rzeczy przestaje się je uważać za systemy niezależne [2]. Stosunek delegacji (Delegationsverhältnis) między systemem prawa naturalnego, a systemem prawa pozytywnego oznacza więc pochłonięcie jednego systemu przez drugi.

Jeśli uznać prawo naturalne za obowiązujący system norm, to wtedy prawo pozytywne może być uważane tylko za czysty fakt, a więc za zjawisko z dziedziny bytu, a nie z dziedziny powinności i wtedy można mówić o stosunkach między nimi w po-

---

1 *Allgemeine Staatslehre.* s. 121.

2 *Die philosophischen Grundlagen.* § 14, 15 i 16.

dobnym znaczeniu, jak się mówi o stosunku działania ludzkiego do odpowiadającej mu normy. Działanie może się zgadzać z normą, lub się jej sprzeciwiać, zależnie od tego będzie nazwane sprawiedliwym, lub niesprawiedliwym. Podobnie prawo pozytywne, zgodne z prawem naturalnym nazwie się sprawiedliwym, a niezgodne z nim, niesprawiedliwym. Będzie to w każdym razie stosunek *Sein* do *Sollen*, a nie dwu *Sollen*. Czyli uznając rzekomo stosunek delegacji, uznaje się właściwie tylko jeden system za obowiązujący. Kelsen konkluduje, że za taki może być uznany jedynie system prawa pozytywnego.

b. **Krytyka: logiczna konieczność związku między prawem naturalnym a pozytywnym.**

Taka konkluzja opiera się chyba tylko na nieuznaniu istnienia prawa naturalnego. Staraliśmy się wykazać, że usiłowania Kelsena, aby unicestwić prawo naturalne spełzły właściwie na niczym. Jego wnioski o rzekomej niemożliwości istnienia prawa naturalnego wcale nie są dostatecznie uzasadnione (por. wyżej s. 169 nn). Skoro zaś prawo naturalne istnieje, to musi się uznać istnienie stosunku między nim a prawem pozytywnym. Wszak są to systemy normatywne, obydwa regulujące działalność ludzką. Już więc z tytułu wspólności przedmiotu istnieć musi związek między nimi. Kelsen zresztą też to rozumie [1] i dlatego czuje się zmuszony negować istnienie prawa naturalnego i odmawiać wartości naukowej etyce [2].

Jednak przekreślenie piórem tego, co istnieje w rzeczywi-

---

1 *Idee des Naturrechtes*. s. 227.

2 *Reine Rechtslehre*. s. 14. Doskonale pisze Del Vecchio: „Solo un cieco dogmatismo potrebbe impedire di riconoscere ciò che v'ha d'ingiustizia nella storia giuridica dell'humanità. Ma il diritto naturale sussiste, nondimeno, immutato nella sua sfera, ed anzi „brilla di uno splendore insolito", come scrisse il Rosmini, allorchè nel fatto è violato, o è contradetto dal diritto positivo". *Lezioni di filosofia del diritto* 3-cie wyd. s. 378. Jednak Del Vecchio, jako kantysta, daje prawu naturalnemu za podstawę zasady aprioryczne (autonomia woli, kategoryczny imperatyw), których naukowo, opierając się na doświadczeniu, uzasadnić nie można. To też w walce o naukowość teorii, ten kantysta i zwolennik prawa naturalnego nie byłby w stanie zwyciężyć neokantystę i pozytywistę Kelsena.

stości, nie może być skuteczne. Prawo pozytywne posiada wartość moralną wbrew wszystkim teoriom i niezależnie nawet od zapatrywań, zamiarów czy chęci prawodawcy. Prawodawca nie jest w stanie wkroczyć w dziedzinę prawa pozytywnego bez jednoczesnego wkroczenia w sferę etyki, gdyż wszystko, co jest wymagane przez dobro publiczne, już z tego tytułu posiada wartość moralną [1].

Etyka wartościuje wszystkie świadome czyny ludzkie, a więc i czyny regulowane przez prawo. Krótko mówiąc: między prawem pozytywnym a prawem naturalnym i etyką istnieje związek z powodu wspólności przedmiotu materialnego. Ściślej mówiąc, przedmiot materialny prawa stanowi część przedmiotu materialnego etyki. Etyka bowiem reguluje i wartościuje wszystkie rozumne czyny człowieka, prawo zaś tylko ich część. Mianowicie tylko te czyny, które mają związek z dobrem publicznym.

Ocenie etycznej podlega więc zarówno prawna działalność obywateli, jak i działalność prawodawcy. Obywatele, spełniając obowiązki prawne, będąc posłuszni prawom sprawiedliwym, postępują etycznie, zaś czyniąc przeciwnie, nieetycznie. Prawodawca, wydając prawa, postępuje etycznie, o ile jego prawa są sprawiedliwe, zaś nie etycznie, gdy prawa przezeń wydane są niesprawiedliwe [2].

Kelsen sądzi, że prawo pozytywne to nic innego, jak tylko aparat przymusu, któremu nie należy przypisywać żadnej wartości politycznej czy etycznej [3].

Prawo pozytywne, rozpatrywane w oderwaniu od ludzi, może zdoła abstrahować od wartości etycznych i politycznych. Ale

---

1 „ex ipsa institutione divina seu vi legis naturalis de ratione omnis legis est, ut sit praeceptiva, ut obliget vinculo morali, consequenter sub onere conscientiae, cum alius non possit cogitari vinculum morale quam obligatio conscientiae; quare, quando lex fertur a superiore competente, eo ipso obligat in conscientia, sive velit sive non velit legislator; non potest enim velle legem et simul non praecipere". G. Michiels, *Normae generales iuris canonici*. t. 1. s. 258.

2 Powody, dla których prawo jest sprawiedliwe lub niesprawiedliwe. wylicza św. Tomasz z Akwinu, *Summa theologica*. 1-2ae, q. 96 art. 4,

3 *Reine Rechtslehre*. s. 32.

o takie „prawo samo w sobie" nikt kopii kruszyć nie będzie. Każde prawo jest dla ludzi, każde jest związane ze wszystkimi wartościami ludzkimi, bo życie, które ono stara się uregulować, nie składa się z czystych formuł, ani abstrakcyjnych pojęć samych w sobie, lecz jest pełne treści, mającej wartość etyczną i polityczną. I cały problem dotyczy właśnie tego, czy takie konkretne prawo, ustanowione dla ludzi i grające w ich życiu dużą rolę, czy może ono abstrahować od wartości etycznych i politycznych. Jak przed chwilą podkreśliliśmy, odpowiedź na tak postawiony problem może być tylko przecząca. A jeśli nauka prawa ma badać, jak każda nauka, to co jest dane, to musi badać nie tylko formę, ale i treść norm oraz ich wartość etyczną i polityczną.

Problem ten jest zupełnie analogiczny do tego, który jest roztrząsany w ekonomice, gdy mówi się o stosunku ekonomiki do etyki [1]. Być może, iż rozpatrując stosunki gospodarcze same w sobie, w oderwaniu od ludzi, można je analizować, abstrahując od etyki. Ale w konkretnych stosunkach gospodarczych tego uczynić nie można, gdyż są to stosunki w pełni ludzkie, a więc i gospodarcze i etyczne zarazem [2].

Zwolennicy formalizmu i odseparowania prawa względnie ekonomii od etyki stale robią w myśli nieświadomie ten przeskok od pojęć abstrakcyjnych do stosunków konkretnych. Ich twierdzenia, dopuszczalne w granicach teoretycznej analizy pojęć, stają się błędne, gdy się je stosuje do konkretnych stosunków zachodzących w życiu.

Zamiast więc pisać o logicznej niemożliwości uznania prawa naturalnego obok prawa pozytywnego, z większym uzasadnieniem można mówić o logicznej konieczności związku między nimi [3].

---

1 Zob. A. Szymański, *Ekonomika i etyka*, tenże, *Zagadnienia społeczne*. s. 45. Del Vecchio, *Volkwirtschaftslehre und Rechtswissenschaft*. Por. moją recenzję tej ostatniej pracy w *Ruchu prawniczym, ekonom. zesz.* III. 1937.

2 Jasne rozwinięcie tej myśli daje Maritain, *Religion et culture*. s. 45 n

3 Legaz y Lacambra słusznie podkreśla, że Kelsen nie rozumie stosunku prawa naturalnego do prawa pozytywnego: „Kelsen ist in einem

Niewątpliwie jeśli badać prawo naturalne i pozytywne z jednego punktu widzenia, niejako na jednej płaszczyźnie, a taką może być tylko płaszczyzna moralna, na której znajduje się prawo naturalne, to w razie konfliktu tylko jedno z nich ma moralną moc obowiązującą i w gruncie rzeczy obydwa systemy z tego punktu widzenia dadzą się sprowadzić do jednego. W tym Kelsen ma słuszność i te rozważania świadczą o jego wnikliwości.

I jest rzeczą zrozumiałą, że jako pozytywista nie uznający związku prawa z etyką, tym bardziej nie mógł on uznać jego zależności od etyki. Ale wytworzyła się sytuacja dość nieoczekiwana i paradoksalna: oto pozytywista, który nie chce traktować prawa na jednej płaszczyźnie moralnej z prawem naturalnym, aby nie być zmuszonym uznać nadrzędności tego ostatniego, umieszcza sam prawo pozytywne na płaszczyźnie moralnej, albowiem chociaż jego powinność jest w gruncie rzeczy tylko oportunistyczną wskazówką (por. wyżej s. 146), to w rozważaniach swych utożsamia on powinność prawną z powinnością moralną. Łatwo to dostrzec w wywodach o logicznej niemożliwości uznania prawa naturalnego obok prawa pozytywnego. Cały czas obydwa pojęcia powinności są sobie przeciwstawiane. Kelsen uznaje, że mogą się one nawzajem wykluczać, są więc one traktowane na jednej płaszczyźnie. Nasz autor nie dostrzega, że te jego wywody przekreślają to wszystko, co mówił o specyficznym charakterze powinności prawnej (por. wyżej. s. 147).

Inaczej zresztą być nie mogło, gdyż, jak to starałem się przed chwilą uzasadnić, między prawem, a etyką, istnieje nieuchronny związek; powinność prawna nie może być oderwana od powinności moralnej. Co więcej: nie można poznać istoty prawa, abstrahując od etyki i nie podobna uważać elementów etycznych za metaprawne tj. za leżące całkowicie poza prawem.

Irrtum, wenn er annimmt dasz das Naturrecht sich keine Brücke zum positiven Recht schlagen könne, ohne sich selbst aufzuheben oder ohne das positive Recht unnütz zu machen". *Die ontologische Grundlage der reinen Rechtslehre.* Z. f. öff. Recht 1932, s. 642.

Raz jeszcze powtórzyć wypada: można i trzeba odróżniać prawo od etyki, ale nie należy ich rozdzielać [1].

Właściwie w czystej teorii prawa badanie stosunku prawa do etyki jest bardzo nie na miejscu. Jest zrozumiałe, dlaczego mimo to Kelsen uważał za potrzebne zbadanie tego stosunku: wydawało mu się, że uznanie choćby milczące związku między prawem a etyką, czy prawem naturalnym podważy samoistność prawa, a tym samym samoistność nauki prawa. Toteż jedną z jego największych trosk było wykazać logiczną niemożliwość tego związku. Przy tym jednak nie tylko że popełnił cały szereg błędów, nic nie udowodniwszy, ale zarazem przekroczył granice, które sam sobie wytknął, granice ścisłego formalizmu: wszak z chwilą, gdy zaczyna mówić o stosunku prawa pozytywnego do prawa naturalnego, z tą chwilą musi się zajmować treścią, bo prawo naturalne to system statyczny treściowy, czysta teoria prawa zaś o treści nic mówić nie powinna.

Ten błąd Kelsena jest jednym więcej potwierdzeniem, że nie można rozdzielać badań formalnych od badań materialnych. Można robić najpierw analizy formalne, a potem materialne, ale w końcu trzeba uznać i podkreślić ich związek i przejść do syntezy obydwu tych punktów widzenia, które są właśnie niczym więcej jak tylko punktami widzenia, z których oglądamy jedną i tę samą rzeczywistość (unum in re).

Poza tym, jeśli nawet należy przyznać prymat jednemu z dwu systemów normatywnych, to dlaczego w wypadku kolizji przyznać go trzeba prawu pozytywnemu, a nie naturalnemu? Wyboru swego Kelsen nie uzasadnia, nie można bowiem uważać za uzasadnienie nie dających się utrzymać wywodów o niemożliwości ist-

---

1 Niezmiernie trafną myśl wypowiada M o ó r: ...unseres Erachtens diejenigen Elemente die nach einer Begriffsbestimmung zum Wesen des Rechtes gehören, nicht als „metarechtliche" bezeichnet werden können. Wenn das positive Recht tatsächlich soziologische Merkmale hat, so sind diese Merkmale des Rechtes nicht Metarecht". *Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus.* s. 100 nota. Szkoda tylko, że nie umie tej zasady zastosować, gdy chodzi o stosunek prawa pozytywnego do prawa naturalnego i etyki.

nienia prawa naturalnego. Dowodzi on jeszcze, że z immanentnego punktu widzenia danego systemu jest logiczną niemożliwością uznać moc obowiązującą jakiegokolwiek innego systemu. Łatwo odpowiedzieć na to, że z immanentnego punktu widzenia prawa naturalnego również można mówić o logicznej niemożliwości uznania mocy obowiązującej innego, sprzecznego systemu normatywnego. A jeśli nawet należy uznać jeden tylko system za obowiązujący, to dlaczego miałby nim być system prawa pozytywnego a nie prawa naturalnego? Raz jeszcze Kelsen opiera swe poglądy na pewnym nieudowodnionym postulacie [1].

c. Uwagi o metodzie typu idealnego.

Stosunek delegacji ma być jeszcze dlatego niemożliwy, że przy jego uznaniu pojęcie prawa naturalnego zmienia się rzekomo na pojęcie prawa pozytywnego. W swoim czystym pojęciu prawo naturalne jest systemem statycznym, a prawo pozytywne dynamicznym (por. wyżej s. 93). Twierdzenie, że prawo pozytywne jest delegowane przez prawo naturalne oznacza nic innego jak uznanie, że w tym ostatnim istnieje norma upoważniająca jakąś najwyższą władzę do stanowienia norm obowiązujących. Normy te obowiązują więc nie ze względu na swoją treść, lecz z tego powodu, że zostały ustanowione przez władzę działającą z upoważnienia prawa naturalnego. Otóż taka norma upoważniająca (Delegationsnorm) jest normą dynamiczną, a nie statyczną. I skoro się twierdzi, że stanowi ona część systemu prawa naturalnego, to zanieczyszcza się go, wprowadza się doń elementy

---

1 Jöckel pisze: „Kelsen hat keineswegs nachgewiesen, sondern als ein—naturrechtliches?—Postulat lediglich vorausgesetzt, dasz es vom Standpunkt der theoretischen Staatslehre nicht möglich ist, zwei oder mehrere statliche Rechtsordnungen als isolierte Systeme nebeinander in Geltung stehend anzunehmen". *Kelsens rechtstheoretische Methode.* s. 88. Jego zdaniem same państwa uznają, że zakres mocy obowiązującej ich systemów jest ograniczony ibid. s. 89.

Św. Tomasz z Akwinu odróżniał dwa rodzaje walki z argumentami przeciwnika: „Si quid autem in dictis philosophorum inveniatur con-

właściwe prawu pozytywnemu, krótko mówiąc, system prawa naturalnego zmienia się, zdaniem Kelsena, na system prawa pozytywnego.

Mówiąc o rozdziale strony formalnej i materialnej, widzieliśmy do jakiej rozbieżności z rzeczywistością doprowadza Kelsena stosowana przezeń metoda typu idealnego (por. wyżej s. 117 nn.) Zupełnie podobnie rzecz ma się tutaj przy stosunku prawa naturalnego do pozytywnego. Przeciwstawienie jednego prawa drugiemu jako systemu statycznego systemowi dynamicznemu jest niezgodne z rzeczywistością i utrzymać go nie można. Każdy konkretny system normatywny jest statyczny i dynamiczny zarazem. W prawie naturalnym i w etyce istnieje nie tylko problem statyczny, problem treściowej (materialnej) wartości norm, lecz podobnie jak w prawie pozytywnym istnieje również problem dynamiczny, formalny, problem podstawy mocy obowiązującej: te systemy mają moc obowiązującą, ponieważ są ustanowione przez określony autorytet. Jedni nazwą go Naturą, inni rozumem, inni jeszcze, idąc głębiej, dojdą do pojęcia Boga i Jego woli, ujawnionej w ustanowionych przez Niego prawach natury. Można więc w pewnym znaczeniu powiedzieć, że prawo naturalne podobnie jak i prawo pozytywne ma hipotetyczną moc obowiązującą (hipothetisch gilt): i ono obowiązuje na podstawie założenia, że człowiek ma taką a nie inną naturę, czy idąc głębiej, że taką jest wola Prawodawcy Natury tj. Boga, i że należy słuchać praw natury (sequere naturam), względnie być posłusznym woli Boga. To jest formal-

---

trarium fidei, hoc non est philosophiae sed magis philosophiae abusus ex defectu rationis. Et ideo impossibile est ex principiis philosophiae huius modi errorem refellere vel ostendendo omnino esse impossibile, vel non esse necessarium. Sicut enim ea quae fidei sunt non possunt demonstrative probari, ita quaedam contraria his non possunt demonstrative ostendi esse falsa sed potest ostendi non esse ea necessaria", *in librum Boetii de Trinitate expositio*, q. 2 art. 3. Opuscula omnia ed. Lethielleux, t. 3. Opusculum XVI. *Mutatis mutandis*, pamiętając, że doktryna prawa naturalnego jest doktryną filozoficzną, a nie teologiczną, rozumowanie powyższe można zastosować do interesującego nas wypadku.

na podstawa mocy obowiązującej prawa naturalnego (formales Geltungsprinzip). Zupełnie niezrozumiałe jest, dlaczego Kelsen zasadę stanowienia norm przez Boga, Naturę, czy Rozum, nazywa zasadą materialną, a zasadę stanowienia przez autorytet ludzki zasadą formalną [1]. Obydwie zasady są zasadami stanowienia i jako takie obydwie są formalne.

Łatwo się przekonać jak sztuczne i naciągane są wywody Kelsena, mające rzekomo wykazać niemożliwość istnienia prawa naturalnego, jeśli zastosować jego metodę do prawa pozytywnego. Wtedy bowiem krytyka immanentna tego ostatniego wykaże, że w czasie procesu indywidualizacji prawo pozytywne zmienia się na prawo naturalne, że proces indywidualizacji prawa pozytywnego *dessen Idee aufhebt, die wenn überhaupt, nur in einer den empirischen Menschen transcendenten Sphäre möglich ist* [2]. Krótko mówiąc, krytyka immanentna prawa pozytywnego prowadzona metodą Kelsena, może doprowadzić do analogicznych wniosków, jakie on wyciągnął z immanentnej krytyki prawa naturalnego. Dla uzasadnienia tego twierdzenia wystarczy wziąć pod uwagę, że, według Kelsena, prawo pozytywne jest systemem dynamicznym, a prawo naturalne systemem statycznym i że ich przeciwstawienie może być rozpatrywane jako przeciwstawienie między tymi dwoma systemami. W systemie statycznym, jak wiemy, powiązanie i shierarchizowanie norm odbywa się na zasadzie treści, a w dynamicznym na zasadzie stanowienia. W tym ostatnim możliwa jest delegacja, przekazywanie władzy stanowienia: władza wyższa przekazuje władzę stanowienia organom niższym. Normy wydane przez te ostatnie, zaliczymy do tego samego systemu, co i normy wydane przez władzę wyższą, właśnie na podstawie tego stosunku delegacji [3]. Otóż jeśli przypuścić, tak jak to czyni Kelsen w stosunku do prawa naturalnego, istnienie ta-

---

1 *Die phil. Grundlagen.* s. 8.

2 *Idee des Naturrechtes.* s. 249.

3 „Die Einheit des dynamischen Systems ist die Einheit eines Delegationszusammenhanges". *Die phil. Grundlagen.* s. 19. Por. *Reine Rechtslehre.* 33 n.

kiego czystego systemu dynamicznego, niezależnego od prawa naturalnego, to okaże się, że w czasie indywidualizacji ten system dynamiczny musi zmienić się na system statyczny, gdyż, jak wyznaje sam Kelsen (por. wyżej s. 126), czysty system dynamiczny nie może istnieć jako system i każda norma prawa pozytywnego jest nie tylko normą delegacyjną, ale zarazem normą określonej i wiążącej treści, a więc, stosownie do definicji Kelsena, normą prawa naturalnego.

Do takich rezultatów może doprowadzić metoda typu idealnego (Methode des Idealtypus). Kelsen stwarza sobie czyste, tj. abstrakcyjne pojęcia — byty umysłowe, stanowiące urojone wzory, bez związku z żadną konkretną rzeczywistością. Analizując je, dostrzega z rozbrajającym zdziwieniem, że nie ma w nich nic ze świata rzeczywistego, że to są czyste idee, utopie, które nie mogą znaleźć miejsca w świecie rzeczywistym, i potem rozwija triumfalną i druzgocącą krytykę. Cóż dziwnego, że nie znajduje w swych koncepcjach nic z konkretnego i żywego życia, skoro na początku sam je starannie tego pozbawił. *Circulus vitiosus* występuje w takiej metodzie typu idealnego w całej wprost rozbrajającej naiwności. Zresztą w końcu i Kelsen wyznaje, że ani prawo pozytywne, ani prawo naturalne nie są czystymi systemami dynamicznymi względnie statycznymi, choć początkowo jego twierdzenia zdają się wykluczać taką możliwość. Niejednokrotnie twierdzenia swe wygłasza on w postaci sądów kategorycznych i powszechnych, a dopiero w dalszych wywodach okazuje się, że są to właściwie sądy warunkowe i szczegółowe. Tak też przeciwstawia zrazu kategorycznie prawo naturalne i pozytywne, jako systemy statyczne i dynamiczne, a zaraz na następnej stronie okazuje się, że prawo pozytywne nie jest czystym systemem dynamicznym, że zawiera nie tylko normy delegacyjne (Delegationsnormen), ale i normy określonej treści, normy regulujące zachowanie się delegowanych organów i określające co i jak mają one stanowić. Dalej zaś okazuje się nawet, że prawo pozytywne jest porządkiem pełnym treści (sinnvolle Ordnung), że

norma podstawowa nie może być tylko zasadą delegacji itp. [1].

Po wyznaniu, że czyste systemy dynamiczne i statyczne nie istnieją, nie ma właściwie przeszkód, aby uznać, że prawo naturalne może delegować władzę państwową do stanowienia norm, a zarazem określać, choćby najogólniej jej kompetencje treściowe. Wszak w ten statyczny sposób kształtują się stosunki nawet w obrębie prawa pozytywnego, który Kelsen uważa za system dynamiczny. Żaden zwierzchnik nie daje swemu podwładnemu władzy nieograniczonej treściowo. I jak można badać, czy organ ma zleconą delegację do stanowienia norm, tak też można i należy badać, czy normy przezeń wydane nie przekraczają jego treściowej kompetencji. W praktyce nawet rzadko te dwie kwestie się rozdziela, a właściwie rzadko ma się roztrzygać, czy organ ma w ogóle prawo stanowienia norm, gdyż to nie nastręcza trudności. Może natomiast być wątpliwe, czy ma on prawo stanowienia norm danej treści.

Analogicznie rzecz ma się, gdy chodzi o stosunek prawa naturalnego do pozytywnego. Jest to stosunek delegacji ograniczonej treściowo. Istnieje między nimi przede wszystkim zależność formalnej natury: prawo naturalne domaga się istnienia prawa pozytywnego, ono deleguje prawo pozytywne. Innymi słowy prawo naturalne nakazuje istnienie porządku państwowego i prawa pozytywnego i w tym znaczeniu jest ono *staatliche Ordnung*. Prawo pozytywne, jako przezeń delegowane, nie może nie posiadać wartości moralnej. To też z zależnością formalną łączy się i z niej wypływa zależność materialna. Prawo naturalne nie jest obojętne na treść prawa pozytywnego i w tym znaczeniu można powiedzieć, że nie głosi ono owej obojętności politycznej, z której jest tak dumny twórca czystej teorii prawa. Nakazując szanować prawo pozytywne, tj. nakładając moralny obowiązek słuchania prawa pozytywnego, prawo naturalne nie może

---

1 *Die phil. Grundlagen...* s. 19, 20, 21. Por. wyżej s. 126.

się nie interesować jego treścią. Inaczej można by dojść do twierdzenia, że prawo naturalne nakazuje szanować takie prawo pozytywne, które stoi z nim samym w sprzeczności, co byłoby oczywistym absurdem [1].

Toteż prawo naturalne odróżnia sprawiedliwe i niesprawiedliwe prawa pozytywne. Zgodność prawa pozytywnego z naturalnym służy za kryterium jego moralnej wartości.

d. Odrzucenie poglądu o konserwatywnym charakterze nauki prawa naturalnego.

Kelsen wyznaje, że stosunek prawa pozytywnego do naturalnego nie był zwykle przedstawiany, tak jak on to uczynił, że nawet zwykłe ujęcie różni się zasadniczo od uczynionego przezeń. On przedstawił stosunek ten takim, jakim on logicznie być powinien, biorąc pod uwagę czyste pojęcia prawa pozytywnego i prawa naturalnego. Nauka prawa naturalnego wszystkich ludów i wszystkich czasów nie była tak logiczna i bardzo ostro zwalczała pogląd głoszący, że prawo pozytywne obok prawa naturalnego staje się zbędne lub wręcz szkodliwe, a nie przychodziło jej w ogóle na myśl, że istnienie prawa pozytywnego obok prawa naturalnego jest logicznie niemożliwe [2].

Nauka prawa pozytywnego uważała prawo pozytywne nie za czysty fakt z dziedziny bytu, lecz za system norm obowiązujących, który, wraz z równie obowiązującym systemem prawa naturalnego, leży w dziedzinie powinności. Między tak błędnie pojętymi systemami nauka ta następnie konstruowała różne stosunki starając się jednak na ogół unikać rozwiązywania problemu możliwych konfliktów między prawem naturalnym a pozytywnym. Najwięksi i najliczniejsi przedstawiciele tej nauki albo w ogóle nie rozwiązują tego problemu, albo zajmują się nim tylko ubo-

---

1 Cathrein, *Recht, Naturrecht und positives Recht.* s. 311.

2 *Die phil. Grundlagen.* s. 37.

cznie, tak jakby nie chodziło o podstawowy problem całej teorii, lecz o jakąś kwestię drugorzędną. Istnieje też mnóstwo teoryj, z których jedne starają się wykazać, że konflikt między prawem pozytywnym a naturalnym jest niemożliwy, drugie, że jeśli jest możliwy, to nieprawdopodobny, inne jeszcze, że nie jest on dla prawa pozytywnego niebezpieczny. Wszystkie te teorie wynaturzają, zdaniem Kelsena, czystą teorię prawa naturalnego, upodobniając ją do idei prawa pozytywnego, przy tym, od Ojców Kościoła aż do Kanta, głosi się niezmiennie, że prawo pozytywne z istoty swej jest tylko wypływem prawa naturalnego, że cała jego moc obowiązująca opiera się na prawie naturalnym i że, w razie jeśli się to ostatnie jemu sprzeciwia, nie ma ono żadnej mocy obowiązującej.

To wszystko jest jednak bez wpływu na naukę prawa naturalnego i jej stosunek do prawa pozytywnego. Mimo tych wszystkich teoryj zachowuje ona stale swój charakter konserwatywny, legitymujący każdy pozytywny porządek prawny i nadający władzy państwowej oraz prawu pozytywnemu wartość absolutną. Tłumaczy się to motywami, jak eufemicznie powiada Kelsen, politycznymi, czyli po prostu oportunistycznymi. Przedstawiciele nauki prawa byli sługami ustalonego porządku państwowego czy kościelnego, zazwyczaj byli to profesorowie, ministrowie, baronowie, księża, biskupi itp. Jakżeby oni mogli zwalczać ustalone instytucje państwowe, względnie kościelne? Nic więc dziwnego, że doktryna prawa naturalnego spełniała funkcję konserwatywną w życiu państwowym, uzasadniając istniejące prawo pozytywne i uważając je zawsze za rozwinięcie swoich ogólnych zasad.

Rzekomo rewolucyjny charakter doktryny prawa naturalnego płynie, zdaniem Kelsena, stąd, że niektórzy, jak Stahl, Bergbohm, utożsamiali całą szkołę prawa naturalnego z doktryną Rousseau'a, która rzeczywiście miała charakter rewolucyjny. Nie należy jednak części brać za całość. Doktryna Rousseau'a stanowi tylko odrębny i krótkotrwały epizod w tysiącletnim kierunku myślowym, który stale odznacza się charakterem konserwatywnym. To przypisywanie szkole prawa naturalnego charakteru re-

wolucyjnego jest tym bardziej zrozumiałe, że w czystym swoim pojęciu idea prawa naturalnego ma rzeczywiście charakter rewolucyjny, jednak w swoim historycznym rozwoju szkoła ta stale odznaczała się konserwatyzmem [1].

Polemizując z Bergbohmem, który przypisywał szkole prawa naturalnego charakter rewolucyjny, a konserwatywne poglądy niektórych jej reprezentantów uważał za oportunistyczny podstęp ludzi, którzy nie chcieli wchodzić w otwarty konflikt z absolutną władzą państwową, Kelsen powiada, że jeśli nawet takie postępowanie można by przypisać niektórym autorom, to jest ono absolutnie wykluczone u wielkich reprezentantów tej szkoły. Do nich między innymi zalicza św. Tomasza z Akwinu [2]. Czyli w mniemaniu Kelsena doktryna św. Tomasza miała charakter konserwatywny.

Twierdzenie takie w odniesieniu do autora zwalczającego wyraźnie stary aksjomat: *quod placuit principi legis habet vigorem*, głoszącego, że prawa niesprawiedliwe są raczej gwałtem niż prawami—jest całkowicie błędne [3]. Wydobycie zaś z pod zasłużonego pyłu zapomnienia cytat z drugorzędnych autorów, jak D. Joh. Laurentius Holderieder i Benedictus Winkler [4], dla uzasadnienia tezy o konserwatywnym charakterze całej doktryny prawa naturalnego, nie stanowi przekonywującego argumentu, gdyż autorów tych nie można uważać ani za typowych ani za najbardziej wpływowych i autorytatywnych reprezentantów szkoły prawa naturalnego.

Biorąc to wszystko pod uwagę, twierdzenie Kelsena o konserwatywnym charakterze nauki prawa naturalnego można okre-

---

1 *Die phil. Grundlagen.* Por. § 20 i 21. *Naturrecht und positives Recht.* s. 94.

2 *Naturrecht und positives Recht.* s. 93 n.

3 Zob. *Summa theologica.* 1-2 ae, q. 90 art. 1 ad 3-um, oraz q. 96 art. 4 c

4 *Naturrecht und positives Recht.* s. 82 nn.

ślić jako uderzająco nieścisłe [1]. Przypomina ono teorię o rzekomo wrodzonej zachowawczości azjatów, którą głosił przed paroma dziesiątkami lat Vacher de Lapouge, jeden z poprzedników współczesnych wyznawców rasyzmu. Zadziwiająco szybka europeizacja Japonii wkrótce ją obaliła. Dzisiejsze stanowisko Kościoła katolickiego, stającego w obronie prawa naturalnego przeciw porządkowi ustalonemu, czy to w Rosji sowieckiej, czy też w Niemczech hitlerowskich, jest równie dosadnym argumentem przeciw tezie o rzekomo konserwatywnym charakterze doktryny prawa naturalnego.

Doktryna ta wcale nie chce uzasadniać każdorazowego porządku pozytywnego jako bezwzględnie dobrego i niepodlegającego krytyce. Przeciwnie uczy ona, że ponieważ życie społeczne i jego formy są zmienne, przeto i prawo pozytywne równie zmienne być musi i to, co w jednych warunkach jest sprawiedliwe, ze zmianą tych warunków może stać się niesprawiedliwe. Tak np. strejki i wojny mogą być sprawiedliwe i dopuszczalne na pewnym stopniu organizacji społecznej, a właściwie przy braku odpowiedniej organizacji, i prawo, które je wtedy potępia, jest niesprawiedliwe [2].

---

1 Dobrze osądza te poglądy Kelsena G. Perticone: „En faisant abstraction de l'histoire, pisze, la contradiction reste assez évidente entre le concept de droit naturel immobile et éternel, et sa prétendue fonction de conservateur et défenseur de toute situation éthico-juridique historique déterminée". *Problème du droit positif et du droit naturel en Italie.* Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique 1933 Nos 3-4 s. 229. Do jakiego stopnia ten pogląd Kelsena na prawo naturalne jest arbitralny świadczy fakt, że inny współczesny pozytywista i przeciwnik prawa naturalnego, H. de Page, przypisuje mu funkcję wprost przeciwną. „Le droit naturel, pisze on, est la ressource ultime et nécessaire de tous les protestataires, de toutes les consciences dissidentes, de tous ceux, qui ne sont pas satisfaits, pour des raisons quelconques, de l'ordre établi". *L'idée du droit naturel.* s. 53.

2 „Inaczej się np. ocenia prawo samoobrony i prywatnego dochodzenia sprawiedliwości względnie „prawo strajku" w społeczeństwie pierwotnym i słabo zorganizowanym, a inaczej w społeczeństwie, które ma zabezpieczony ład

Natomiast w innych warunkach mogą się one stać niedopuszczalne i prawo pozytywne któreby je potępiało będzie uważane za sprawiedliwe [1].

Kwalifikowanie nauki prawa naturalnego jako, z istoty swej, rewolucyjnej, czy też przeciwnie, jako, z istoty swej, konserwatywnej, jest nieuzasadnione. Nauka prawa naturalnego jest zawsze tylko sobą i w swej czystej idei nie jest ani konserwatywna, ani rewolucyjna. Jeden lub drugi epitet zastosuje się do niej zależnie od tego w stosunku do jakiego systemu pozytywnego oceniać się ją będzie. Najbardziej może odpowiednią kwalifikacją ze względu na jej stały stosunek do prawa pozytywnego byłaby nazwa „prawo krytyczne". Pierwszą bowiem funkcją nauki prawa naturalnego, funkcją stałą i niezmienną, wypływającą z jej istoty, czyli, jak powiedziałby Kelsen, z jej czystej idei, jest krytyka prawa pozytywnego i zakreślenie granic woli władz państwowych [2].

Toteż nic bardziej fałszywego, jak przypisywanie nauce prawa naturalnego charakteru skrajnie konserwatywnego i przypisywanie jej twierdzenia, że każde prawo jest moralne [3].

---

i bezpieczeństwo przez ogólny ustrój państwa, a przede wszystkim przez policję i sądy". A. Szymański, *Zakon przyrodzony*. s. 19.

1 Niektórzy uważają, że już w dzisiejszych warunkach każda zaczepna wojna jest niesprawiedliwa. Zob. U d e *Soziologie*. s. 102-118.

2 Dobrze charakteryzuje prawo naturalne G. A i l l e t pisząc: „La première fonction du Droit naturel, fonction constante, fonction éternelle, est à la fois critique, politique et morale. C'est la révolte de la conscience contre la loi injuste, la barrière opposée à la volonté du maitre ou du tyran: Antigone contre Créon, l'appel aux „lois divines et humaines", les Déclarations de droits limitant le pouvoir du législateur. Droit révolutionnaire lorsqu'il exprime, soutient et justifie la révolte des classes opprimées contre le droit existant; droit conservateur aussi parfois, lorsqu'il permet aux classes dirigeantes de consacrer de religion ou de raison l'ordre dont elles bénéficient; mystique individualiste contre mystique socialiste; en tout cas défense contre le Pouvoir". *La signification méthodologique de l'idée de Droit Naturel*. Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1933, nr. 3-4. s. 34.

3 Np. *Reine Rechtslehre*. s. 12.

Nauka prawa naturalnego odrzuca pogląd, że „każde prawo jako prawo, w jakimś znaczeniu lub stopniu jest moralne". Jeśli prawo pozytywne „z istoty swej stanowi część moralności", to właśnie z tego powodu nie każda norma ustanowiona przez władzę będzie mogła być uważana za dobrą, słuszną czy sprawiedliwą, a będzie nią tylko ta, która nie stoi w sprzeczności z nakazami prawa naturalnego. Wspomniany pogląd Kelsena na naukę prawa naturalnego jest tym dziwniejszy, że na innym miejscu, przytaczając jej zapatrywania, pisze on o możliwości prawa pozytywnego, zgodnego lub sprzecznego z wartościami wysuwanymi przez prawo naturalne [1].

Zwolennicy prawa naturalnego doskonale uświadamiają więc sobie to, o czym Kelsen pragnie ich pouczać. Doktryna prawa naturalnego wymaga tylko, aby treść prawa pozytywnego była zgodna z zasadami etyki, ale nie twierdzi, że każde prawo jest rzeczywiście etyczne, a tym mniej, że każde ma absolutną wartość etyczną, toteż wcale nie stara się dać obsolutnego uzasadnienia każdorazowemu porządkowi pozytywnemu. Kelsen nie odróżnia prawa pozytywnego jako instytucji, od tegoż prawa, jako danego, konkretnego systemu norm i ciągle miesza uzasadnienie jednego z drugim. Tylko prawo jako instytucja, tylko prawo w ogóle, ma wartość w pewnym sensie bezwzględną, tzn., że prawo w ogóle jest instytucją niezbędną do normalnego współżycia ludzi. Natomiast każdy konkretny system prawny ma wartość względną. Może on być sprawiedliwy i dobry tj. posiadać dodatnią wartość moralną, ale może też być niesprawiedliwy i zły, czyli posiadać ujemną wartość moralną.

Kelsen popełnia tu znów przeskok od abstrakcyjnego pojęcia do konkretnego zjawiska, tylko w przeciwnym kierunku niż w wypadku, który sygnalizowaliśmy wyżej. Tam prawo pozytywne konkretne przenosił w dziedzinę oderwanych pojęć, czynił zeń rodzaj prawa w sobie, nie mającego kontaktu ani z ludźmi ani

---

1 *Die phil. Grundlagen...* s. 10.

z wartościami politycznymi i etycznymi. Tu zaś, cechy właściwe tylko abstrakcyjnemu pojęciu, przypisuje każdorazowemu konkretnemu systemowi prawnemu.

Jeśliby zaś nawet prawdą było, że, jak twierdzi Kelsen, przedstawiciele doktryny prawa naturalnego byli wiernymi sługami każdego ustanowionego porządku prawnego i że zawsze starali się go uzasadniać, to fakt ten nie mógłby stanowić o istocie prawa naturalnego. Uczony nie powinien podchodzić do badania doktryny od strony nadużyć i wypaczeń, lecz winien badać samą istotę prawa naturalnego w oparciu o rzeczywistość i dopiero w tym świetle przyglądać się ewentualnym spaczeniom i nadużyciom, które zresztą nie były tak powszechne, jak twierdzi Kelsen. Stosowana przezeń metoda typu idealnego (Methode des Idealtypus) powinnaby ułatwić mu odróżnienie istoty doktryny od jej wypaczeń, znajdując tu swe właściwe zastosowanie.

ZAKOŃCZENIE.

Zanim przejdę do uwag końcowych przypomnę krótko bieg myśli rozwiniętych w pracy. Rzut oka na całość teorii Kelsena, który wypełnił dwa pierwsze rozdziały, został jakby rozszczepiony na trzy płaszczyzny. Na pierwszej poznaliśmy parę najcharakterystyczniejszych momentów jego teorii prawa, a więc przede wszystkim szereg postulatów, jak samoistność prawa i nauki prawa, metodyczną czystość, następnie formalizm i odrzucenie konstrukcji dualistycznych, czego wyrazem, między innymi utożsamienie państwa i prawa itd. (Rozdział I).

Na drugą płaszczyznę rzutowane były poglądy filozoficzne autora czystej teorii prawa. Znaleźliśmy tu jego poglądy teoriopoznawcze, metafizyczne, bo nawet takie posiada ten rygorystyczny pozytywista, oraz poglądy historiozoficzne (Rozdział II § 1). I wreszcie schodząc na trzecią płaszczyznę stanowiącą podstawę dwu poprzednich, zbadaliśmy źródła filozoficznych założeń systemu Kelsena, tj. różne wpływy doktrynalne, którym on ulegał (Rozdział II § 2). Po wykazaniu jak złożone są wiązania fundamentów tego, co się nazywa kelsenizmem, próbowałem rozstrzygnąć zagadnienie, czy wpływy te dadzą się sprowadzić do wspólnego mianownika tj. czy, mimo różnorodności wiązań, podstawy kelsenizmu stanowią jednolitą całość. Wynik tych badań był negatywny: doszliśmy do wniosku, że w systemie Kelsena brak jest jednolitości i logicznej zwartości: idealizm teoriopoznawczy, którego rodowód idzie od Kanta do Cohena, pomieszany jest z pragmatyzmem Macha (Rozdział II § 3).

Rozdział III, centralny dla tematu pracy, rozpoczęło ustalenie, że Kelsen nie uważa prawa pozytywnego za zespół faktów z dziedziny rzeczywistości, lecz za system normatywny,

tj. zespół norm mających moc obowiązującą, ustanawiających pewną powinność. Podstawą tego systemu a zarazem granicą dociekań czystej teorii prawa jest norma podstawowa (§§ 1, 2, 3). Następnie, przechodząc do krytyki immanentnej, wskazano na brak określenia i uzasadnienia mocy obowiązującej normy podstawowej, która jest metapozytywnym i, w hipotezie rozdziału rzeczywistości i powinności, zupełnie dowolnym postulatem, grającym w systemie Kelsena taką rolę, jak imperatyw kategoryczny w etyce Kanta, oraz posiadającym wszystkie braki swego wzoru. Moc obowiązująca normy podstawowej istnieje tylko wtedy, gdy się chce w nią wierzyć. Kelsen popełnia tu pierwsze *petitio principii*: to co należało by uzasadnić tj. moc obowiązującą normy podstawowej czyni podstawą mocy obowiązującej systemu prawnego (§ 4). Dalej krytyka wewnętrzna musiała sięgnąć aż do założeń filozoficznych, gdyż pojęcia czystej teorii prawa są tylko wykładnikiem, szczegółowym zastosowaniem ogólnych zasad filozoficznych, uznawanych przez jej autora. Starałem się tu wykazać, że stałym błędem Kelsena jest przemiana dualizmu metodologicznego na ontyczny czyli hypostazowanie pojęć, z czym łączy się nowe *petitio principii*: postulat rozdziału powinności i rzeczywistości, którego należało by dowieść, jest używany jako podstawa dla udowodnienia, że prawo należy wyłącznie do dziedziny powinności. Rezultatem odseparowania dziedzin bytu i powinności jest całkowita arbitralność przypisania prawnego. Podobne uwagi, które uczyniono z powodu rozdziału rzeczywistości i powinności, odnoszą się do rozdziału formy i treści: znów rozdział metodologiczny zostaje zamieniony na ontyczny (§ 5).

W paragrafie zatytułowanym „Teoria normy podstawowej negacją rozdziału rzeczywistości i powinności" skonfrontowano filozoficzne podstawy z samą teorią prawa, aby wykazać, że wzniesiona budowla prawna nie została dostosowana do swych fundamentów. Potrzeby życia, które kierują budową nauki prawa, bardziej może niż budową jakiejkolwiek innej gałęzi wiedzy ludzkiej, okazały się silniejsze od logiki aprioryczych założeń i zmusiły Kelsena do uznania tego, co nie było przewidziane przez jego filozofię i, co gorsza, tego co się nie

może zmieścić w granicach jego filozoficznych założeń. Koncepcje dotyczące wyboru konkretnej normy podstawowej nie dadzą się pogodzić z przyjętym za podstawę rozdziałem powinności od rzeczywistości i stanowią wyraźne jego zaprzeczenie. W tym punkcie doktryny Kelsena wykraczanie poza granice czystej teorii prawa i wewnętrzne sprzeczności systemu stają się zupełnie oczywiste. Kelsen dobrze sobie zdawał sprawę, że „żadnej innej nauce nie zagrozi niebezpieczeństwo przekroczenia swego zakresu w tym stopniu co nauce prawa. Nie jest to bowiem rzeczą łatwą i stanowi dotkliwe ograniczenie swobody myśli, gdy się musi mieć wzrok stale i wyłącznie skierowany tylko w sferę powinności, w której wciąż zjawia się pokusa wglądnięcia w świat życia rzeczywistego i wyjaśnienia jego faktycznych przejawów" (*Hauptprobleme*. Przedmowa do 1-go wyd. tłum. Przeorskiego s. 13).

Jednak nie zdołał on oprzeć się pokusie wglądnięcia w świat życia rzeczywistego, przekroczył granicę dziedziny powinności i zaczął wyjaśniać jego faktyczne przejawy. Poza jaskrawym dowodem jakim jest teoria normy podstawowej, potwierdzają to jeszcze, jego poglądy dotyczące socjologii państwa (zaprzeczenie jej możliwości) oraz poglądy dotyczące prawa naturalnego. Z powodu trudności, jakie teoria normy podstawowej, ta prawdziwa pięta Achillesowa systemu, powoduje w czystej teorii prawa, niektórzy autorowie jak Moór, Pitamič nawołują nawet Kelsena do jej porzucenia (§ 6).

Dwa ostatnie paragrafy tego rozdziału wyciągają tylko logiczne wnioski z ustalonego stanowiska Kelsena: dowodzę więc, że w teorii normy podstawowej zawarta jest koncepcja dotycząca podstaw mocy obowiązującej prawa, że istotną, choć niewyznaną, a nawet słownie zaprzeczaną, podstawą mocy obowiązującej prawa w systemie Kelsena jest siła (§ 7). Każdy pozytywizm, o ile jest logiczny, na tym skończyć musi i w konsekwencji nie jest w stanie uzasadnić żadnej powinności, lecz może dać tylko opurtunistyczną wskazówkę zachowania się. Pojęcie prawa pozytywnego, mającego moc obowiązującą niezależnie od swej wartości etycznej stanowi *contradictio in adiecto* (§ 8).

Doszliśmy do przekonania, że problem mocy obowiązującej prawa jest problemem mieszanym, prawno-moralnym, który przez samą naukę prawa i tylko w jej obrębie nie może być rozstrzygnięty. Prawnik a zwłaszcza prawnik-pozytywista, który nie chce uznać związku prawa z etyką, nie powinien posługiwać się terminem „moc obowiązująca prawa", może on tylko mówić o przynależności normy do systemu prawa pozytywnego i wyszukiwać kryteria, na podstawie których będzie mógł zaliczyć normę do danego systemu.

W ostatnim rozdziale (Rozdział IV) badamy bliżej czy powiodło się Kelsenowi uniezależnić moc obowiązującą prawa pozytywnego od prawa naturalnego. Uniezależnienie to ma być radykalne, autor stara się bowiem wykazać niemożliwość naukowego uznania prawa naturalnego, czyli po prostu pragnie unicestwić to prawo. Śledzimy krok za krokiem ten proces unicestwiania i staramy się wykazać, że ani z formalnego ani z materialnego punktu widzenia nie jest on wcale przekonywujący (§ 2 i 3).

Poza zwykłymi u naszego autora sprzecznościami wewnętrznymi, poglądy Kelsena na prawo naturalne zawierają wiele błędów i nieścisłości. Krytyka tego prawa i odrzucenie go, jako podstawy mocy obowiązującej prawa pozytywnego, na podstawie tak wypaczonego obrazu, nie mogły oczywiście być przekonywujące. Wykazując błędne poglądy Kelsena, jednocześnie przeciwstawiłem im autentyczną, a nie wypaczoną, doktrynę prawa naturalnego w interpretacji św. Tomasza z Akwinu, którego sam Kelsen uważa za jednego z najwybitniejszych jej reprezentantów.

Krytyka immanentna zbiegała się tu niejako z krytyką transcendentną: w wielu miejscach wystarczyło wykazać, że Kelsen ma z gruntu fałszywy pogląd na doktrynę prawa naturalnego czyli krytyka mogła niejednokrotnie być ograniczona do wykładu właściwych poglądów na prawo naturalne i logiczny tok wywodów zmusił wprost do przypomnienia podstawowych zasad rozwiązania problemu mocy obowiązującej prawa pozytywnego, zasad przeciwnych tym, na których opiera się Kelsen. Przypominając słuszne zdanie Schopenhauera, że pojęcie „bezwzględna powin-

ność" stanowi *contradictio in adiecto*, zaczęliśmy od ustalenia celowościowego charakteru powinności. Jednak nie wystarczyło to jeszcze do zapewnienia powinności charakteru obiektywnego. Aby uzasadnić istnienie obiektywnej powinności, trzeba było sięgnąć aż do stosunku powinności i rzeczywistości i wykazać, że podstawą powinności jest potencjalna rzeczywistość. Kluczem do zrozumienia związku między powinnością a rzeczywistością, a zarazem gwarancją obiektywnego charakteru powinności jest stare arystotelesowskie odróżnienie aktu i możności (actus, potentia). Potencjalnym bytem, o który w danym wypadku chodzi, jest biologiczna i psychiczna struktura człowieka. Takie oparcie dobra o byt pozwala rozstrzygnąć problem treści prawa naturalnego oraz uzasadnić możliwość obiektywnego a więc naukowego wartościowania. Starano się więc przede wszystkim wykazać bezpodstawność zarzutu Kelsena, że prawo naturalne jest zbiorem pustych formuł tautologicznych, wypełnianych treścią przez każdorazowe prawo pozytywne. Wskazywano na istnienie stałej treści prawa naturalnego, określając za św. Tomaszem z Akwinu co jest dobrem dla człowieka, dobrem obiektywnym, niezależnym od jego chwilowych dyspozycyj, nastawień, poglądów, a nawet od istnienia pewnych patologicznych wypadków. Następnie, opierając się na potencjalnej i pełnej treści rzeczywistości, uzasadniano możliwość naukowego wartościowania tj. istnienia ocen nie będących wypływem czysto subiektywnego przekonania, lecz mających obiektywne, dające się rozumowo dowieść, podstawy.

W ostatnim paragrafie pt. „Stosunek prawa naturalnego do prawa pozytywnego" analizowane były ciekawe wywody Kelsena o logicznej niemożliwości uznania prawa naturalnego obok prawa pozytywnego. Zdaniem Kelsena nie można twierdzić, że obowiązują jednocześnie dwa systemy norm, gdyż popadnie się w konflikt z zasadą niesprzeczności, której przestrzegać należy w dziedzinie powinności tak, jak się jej przestrzega w dziedzinie rzeczywistości. Wykazywano, że twierdzenia Kelsena nie są uzasadnione jako konieczne, lecz że opierają się, podobnie jak to miało niejednokrotnie miejsce poprzednio, na pewnych nieudowodnionych postulatach, na pewnych założeniach o charakterze irracjonalnym.

Tego rodzaju poglądy nie zawsze można zbijać za pomocą rozumowych argumentów, lecz można wykazać, że ich uznanie nie jest konieczne. Tak np. gdy Kelsen mając do wyboru uznanie mocy obowiązującej, albo prawa naturalnego, albo prawa pozytywnego, uznaje moc obowiązującą tego ostatniego, to wystarczyło stwierdzić, że taki wybór należy do dziedziny wierzeń i wykazać, że przyjęcie tego wierzenia nie jest konieczne.

Z równym uzasadnieniem możemy uznać moc obowiązującą prawa naturalnego i, w ścisłym związku z nią, moc obowiązującą prawa pozytywnego. W razie konfliktu między obydwoma systemami przyznanie prymatu systemowi prawa naturalnego jest co najmniej tak samo uzasadnione, jak przeciwny pogląd Kelsena.

Idąc dalej tokiem myśli Kelsena, wykazywano, że uznanie stosunku delegacji między prawem naturalnym a pozytywnym wcale nie pociąga za sobą przemiany prawa naturalnego na prawo pozytywne. W końcu dowodziłem, że twierdzenia Kelsena o rzekomo konserwatywnym charakterze nauki prawa naturalnego nie wytrzymują najpobieżniejszej krytyki.

Kelsen mówi stale o doktrynie prawa naturalnego (die Naturrechtslehre), a więc niejako pretenduje do wykazania braków doktryny prawa naturalnego w ogóle, choć w rzeczywistości jego krytyka jest głównie skierowana przeciw szkole prawa natury w. XVII i XVIII. Wynika to z całokształtu jego wywodów w *Die philosophischen Grundlagen*, a wyraźnie z krytyki podanej w *Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode* (s. 16—23). Broniąc prawa naturalnego przeciw pozytywizmowi prawniczemu, nie kruszyłem kopii w obronie tej ostatniej szkoły, która rzeczywiście głosiła wiele błędnych twierdzeń i nadużywała metody dedukcyjnej, przyczyniając się ogromnie do zdyskredytowania idei prawa naturalnego.

Jednak krytyka Kelsena nie tylko, że nie dotyka starej, klasycznej doktryny prawa naturalnego, której reprezentantami są m. in. Arystoteles, Stoicy, św. Tomasz z Akwinu, ale w niektórych kwestiach jest niesłuszna nawet w odniesieniu do wspomnianej szkoły prawa natury. Dotyczy to np. poglądów na rze-

komo anarchistyczny i konserwatywny charakter nauki prawa naturalnego.

Kelsenowskie ujęcie problemu prawa naturalnego nie dorasta do dzisiejszego stanu tego zagadnienia [1]. Odpowiada ono stanowi nauki z przed kilkudziesięciu laty, gdy panowały legendy o mrokach średniowiecza, gdy jedynym naukowym wyrazem doktryny prawa naturalnego była szkoła dedukcyjna w. XVII i XVIII. I dlatego musimy je uznać albo za przestarzałe, bo nieuwzględniające ostatnich „odkryć" naukowych, tzn. teorii św. Tomasza z Akwinu, albo za fałszywe, bo niezgodne z tezami tej szkoły prawa naturalnego, którą reprezentują Arystoteles i św. Tomasz z Akwinu.

W dzisiejszym stanie nauki powinno się przestać mówić o prawie naturalnym w ogóle. Należy stale precyzować o jakim prawie naturalnym mowa, czy o starym prawie Arystotelesa, Stoików i św. Tomasza, czy też o prawie naturalnym Rousseau'a, gdyż są to pod wieloma względami dwie różne rzeczy.

W sumie mamy więc: błędy, *petitiones principii*, sprzeczności [2], oraz, pod powłoką nowoczesnej prezencji, nawrót do starych teoryj, uznających siłę za podstawę mocy obowiązującej prawa i w końcu nawet pewną dozę ignorancji [3].

---

1 Pozwolę sobie przytoczyć tu jeszcze następujące słowa Moóra, który przecież nie jest reprezentantem doktryny prawa naturalnego: „In der groszen Schlacht mit der geschichtlichen und positivistischen Rechtsauffassung ist das klassische Naturrecht niedergerannt worden, das „latente Naturrecht" der heutigen Rechtswissenschaft wagt sich nicht auf das Schlachtfeld, und so ist es zur Zeit nur noch die scholastische Naturrechtslehre, die den Kampf mit frischer, ja sogar immer lebendiger werdender Kraft weiterführt". *Das Problem des Naturrechts.* Archiv für Rechtsphilosophie Bd. XXVIII Heft 3 s. 342.

2 Sprzeczności, dotyczące odrzucenia przez Kelsena tzw. Zweiseitentheorie analizuje bliżej Stockhammer M. *Kelsen und die Opposition. Zum Positivitätsproblem.* Revue intern. de la théorie du droit 1934. s. 201-213.

3 Lande w następujących słowach czyni bilans kelsenowskiego pojęcia prawa: ...(Kelsen) znalazł się wobec definicji, w której tautologia osiągnęła szczerość i jasność zupełną: norma prawna (obowiązująca), to norma należąca do systemu norm obowiązujących. Subtelny myśliciel u kresu dłu-

Bilans jest, można powiedzieć, dość nieoczekiwany, zwłaszcza jeśli się weźmie pod uwagę, że jest to bilans teorii, która wywarła na współczesną naukę prawa tak duży wpływ i której jeszcze za zupełnie przebrzmiałą uważać nie można.

Jednak naukowych teoryj bezwzględnie fałszywych, nie zawierających żadnej myśli prawdziwej chyba nie ma. O ile są, to bardzo nieliczne, a wpływ ich i rozgłos muszą być znikome. Zwykle w każdej teorii ukrywa się jakaś myśl słuszna, która ze specjalną wyrazistością zarysowała się w umyśle jej twórcy. Błąd polega najczęściej na przypisywaniu jej większego znaczenia niż ma w rzeczywistości i na pomijaniu innych stron tego zagadnienia, które ona oświetla tylko częściowo. Nie do pomyślenia jest aby tak, bądź co bądź, metodyczny i zaprawiony do badań naukowych, umysł Kelsena całkowicie błądził. Z pewnością u podstawy błędnych wniosków mieści się ta cząstka prawdy, która głęboko uderzyła uczonego prawnika. Nie można również przypuścić, aby teoria całkowicie błędna zdołała wywrzeć tak duży wpływ na współczesną myśl prawniczą. Trzeba więc zastanowić się jaka myśl słuszna może tkwić w czystej teorii prawa.

Teoria Kelsena odznacza się przede wszystkim pewnymi wartościami czysto formalnymi. I tak, godna uznania jest niewątpliwa śmiałość myślenia. Kelsen nie boi się pogłębić swych koncepcyj i dochodzić do ich podstaw, a co najważniejsze, skonstatowawszy, że podstawy pozytywizmu są wcale niepozytywne, bo przedstawiają pewien zespół postulatów intuicyjnych, nie waha się otwarcie tego wyznać. Świadczy to chlubnie o jego uczciwości naukowej. Wyznania te czyni zwłaszcza w latach wcześniejszych: w 1911 (przedmowa do 1-go wyd. *Hauptprobleme)* i w 1916 *(Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft.* s. 138). Później, jak to często bywa na skutek długiego obcowania z pewnymi myślami, postulaty wieku młodego stają się jakby dogmatami.

---

giego procesu pracy osiągnął wynik zupełnie podobny do tego, który zdobył prostym odruchem niezapomniany sienkiewiczowski Roch Kowalski: „jeśli tradycyjne określenia prawa wykazują budowę podobną do typu: wuj to mąż wujenki — to zdobycz Kelsena staje godnie obok lapidarnej definicji Rocha: wuj to wuj". *Norma a zjawisko prawne*, s. 333.

Człowiek, który wszedł w bliższy kontakt z myślą ludzką różnych wieków, nie może nie zauważyć stałego dążenia różnych jej przedstawicieli do wykrycia i wyzbycia się uprzedzeń, postulatów, poglądów *a priori*. Wystarczy przypomnieć metodyczny sceptycyzm Descartes'a, *Krytykę czystego rozumu* Kanta, czy usiłowania Comte'a, czy wreszcie *Reguły metody socjologicznej* Durkheima. Wszędzie te same usiłowania. A zarazem nie może nie uderzać, że każdy z tych, którzy tak metodycznie chcieli wyrugować wszelkie *a priori*, usunęli zawsze wszystkie, prócz swoich osobistych. Tak było i z Kelsenem [1].

Pociągające jest jeszcze u Kelsena jego d ą ż e n i e d o m e t o d y c z n e j c z y s t o ś c i. Jakiż trzeźwy umysł nie widzi słuszności twierdzenia, że badanie treści norm, że analiza pojęciowa ich zawartości myślowej (Sinngehalt) jest czym innym, niż badanie wpływu motywacyjnego tych norm na postępowanie człowieka, czy badanie przyczyn, które wpłynęły na ich powstanie. Gdy przed oczyma badaczy naukowych, którzy mają wyostrzoną wrażliwość na zagadnienia metodologiczne, którzy wprost tęsknią do zdobycia dobrej, czystej metody, zabłyśnie się taką ponętną perspektywą, to któż temu mirażowi oprzeć się zdoła? I nic dziwnego, że zapowiedź rewolucyjnej czystości metodologicznej tak pociągnęła w swym kierunku umysły spragnione porządku i jasności, jak fatamorgana pociąga podróżników. Było to tym łatwiejsze, że hasło czystości metody stało się od pewnego czasu najważniejszym wymaganiem nauki, a nawet zostało niemal utożsamione z naukowością: zarzut braku metody lub pomieszania metod uważany jest dziś za najpoważniejszą krytykę naukową. I odwrotnie: zalety metody powodują bardzo pobłażliwe przechodzenie nad brakami merytorycznymi. Ross np. za najważniejszy dorobek Kelsena uważa jego zasługi metodologiczne: wykluczenie wszelkich domieszek politycznych i socjologicznych poza granice czys-

1 Jako jeszcze jedno potwierdzenie tego służyć może referat wygłoszony przez Kelsena na 2-giej sesji Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique pt. *L'âme et le droit*, w którym autor przejmuje na swój rachunek koncepcje animistyczne Tylora. Pamiętnik Sesji: *Droit, morale, moeurs*. Paris, Sirey 1936. s. 60-80.

to normatywnej, prawnej metody. O wiele mniejsze znaczenie ma natomiast, jego zdaniem, teoretyczno-filozoficzne uzasadnienie pozytywności prawa. (Theorie der Rechtsquellen. s. 258 n).

Taki stan rzeczy w dużej mierze tłumaczy szeroki zasięg wpływów kelsenizmu, entuzjazm jego zwolenników, oraz poszanowanie nawet u przeciwników. Czy rozentuzjazmowany Weyr, czy spokojnie przychylni Somló, Legaz y Lacambra, czy też krytycznie nastawieni Jöckel i Lande, wszyscy uznają zasługi Kelsena na polu metodologii prawnej.

Są one niewątpliwe. Jednak widzieliśmy, że nawet i tu trzeba być dość ostrożnym i choć ta oaza nie całkowicie jest złudnym mirażem, tym niemniej, prócz ożywczej wilgoci, kryje w sobie dużo jałowego i zdradliwego piasku. Stałym błędem Kelsena jest przekształcanie rozróżnień formalno-logicznych na ontyczne. Błąd ten skaził całą, metodologicznie dobrze się zapowiadającą doktrynę i stanowi niebezpieczeństwo dla każdego, kto się z nią styka, tym większe, że prócz niego zawarte są w niej poważne błędy merytoryczne.

Nie można też zapominać, że zalety metodyczne to zalety czysto formalne, których nie należy oddzielać od wartości treściowych. Często dzisiaj admirowanie metody jest jeszcze większe niż u Kelsena, który wyraźnie pisał, że i złą metodą można osiągnąć dobre rezultaty (Przedmowa do I-go wyd. *Hauptprobleme*). Dużo przesady pod tym względem dostrzega się u niektórych zbyt zapalonych entuzjastów logistyki. Jest to skądinąd objaw zrozumiały. Zwykle postęp na jakimś odcinku wiedzy pozwala na przeżycie okresu upojeń. Wszystko, co do tej pory robiono, wydaje się nienaukowe. Rezultaty, które osiągnięto bez tak dobrej metody, są lekceważone. To upojenie oczywiście z czasem się uspokoi. Zwycięska rewolucja jak zwykle, dojdzie do wniosku, że nie wszystkie stare gmachy burzyć należy. Dojdziemy wtedy do przekonania, że i dawniej potrafiono wcale nieźle myśleć i że dawni uczeni pozostawili nam cenne rezultaty naukowe.

Poza wymienionymi zaletami formalnymi, śmiałością myślenia i dążnością do metodycznej czystości, w systemie Kelsena można dopatrzeć się pewnych myśli słusznych. Tak, nawet

w tezie rozdziału powinności od rzeczywistości ukrywa się ziarnko prawdy. Już sama chęć ustalenia, że powinność może wypływać tylko z innej powinności, a nie z rzeczywistości, wydaje się godna aprobaty. Można sądzić, że tym samym wykluczy się możność uznania siły za podstawę powinności. Widzieliśmy, że logika systemu doprowadziła Kelsena do tego co wydawało się dalekie od jego zamiarów: uznania siły za podstawę prawa. Jednak mimo wszystko, w oddzieleniu powinności od rzeczywistości mieści się, w dość paradoksalnej formie znajdując swój wyraz, wyczucie obiektywnego charakteru powinności, zrozumienie konieczności uniezależnienia jej od przeżyć psychicznych, od subiektywnego nastawienia woli. Jest to zarazem zaczątek słusznego rozróżnienia zjawisk humanistycznych od zjawisk przyrodniczych. Jeśli coś jest do uratowania z tezy o rozdziale bytu i powinności, to chyba tylko to: świat zjawisk społecznych musi być odróżniany i traktowany oddzielnie od zjawisk przyrodniczych, powinność ma charakter obiektywny. Interpretacja doktryny Kelsena w tym sensie jest tym bardziej dopuszczalna, że jak zauważają niektórzy (Feliks Kaufmann *Logik und Rechtswissenschaft* s. 61; Hold-Ferneck *Staat als Übermensch* s. 19), mimo niedokładnego sprecyzowania myśli, jego dziedzina rzeczywistości to właściwie dziedzina zjawisk przyrodniczych (Sein=reales Sein= Natursein). O ile więc pod dualizmem Kelsena ukrywa się wyczucie różnicy, jaka istnieje między zjawiskami przyrody a zjawiskami społecznymi, oraz wyczucie obiektywnego charakteru powinności, to na taki dualizm chętnie się zgadzamy.

Jednak ten dobry zaczątek został wypaczony i przerodził się w odseparowanie powinności od jej podmiotu, a dalej w całkowite oderwanie powinności od bytu. O ile słuszne jest uniezależnienie powinności od fluktuacyj zmieniających się przeżyć podmiotu, o tyle błędne jest oderwanie powinności od rzeczywistości. Powinność przez to wpada tam, skąd chciało się ją wyciągnąć: w całkowitą zależność od woli człowieka. Jak widzieliśmy, przypisanie prawne Kelsena zależy całkowicie od arbitralnej woli prawodawcy. Struna przeciągnięta pęka.

Aby lepiej uwypuklić na czym polega błąd w rozumowaniu

Kelsena, można jego wywód sprowadzić do następującej formy: 1. Przeżycia psychiczne należą do dziedziny rzeczywistości. 2. Prawna powinność jest od tego rodzaju przeżyć niezależna. 3. Więc prawna powinność nie należy do dziedziny rzeczywistości. Trzeba tu, idąc za starym, a dobrym przykładam scholastyków, wprowadzić pewne rozróżnienie. I tak: jeśli druga przesłanka ma znaczyć, że prawna powinność jest całkowicie niezależna od przeżyć, to wtedy powiemy: *nego*. Natomiast zgodzić się trzeba na niezależność pod pewnym względem. Kelsen nie uczynił tego niezbędnego *distinguo*. Wychodząc ze słusznej myśli zawartej w ostatnim sformulowaniu omawianej przesłanki, wyciąga takie wnioski, które opierają się na pierwszym, a więc błędnym jej sformułowaniu. Przez to jego powinność wisi w powietrzu, gdyż brak jej podstawy. Substratem powinności musi być w końcu jakaś rzeczywistość i na to nie pomoże żadna czystość metodyczna. Widzieliśmy, że sam Kelsen musiał ostatecznie uznać to w swej teorii normy podstawowej.

Nie neguję samej dopuszczalności formalno-normatywnego badania prawa, które przedsięwziął Kelsen, ale protestuję przeciw jego wyłączności. Kelsen powinien był pozostać w dozwolonych granicach i zrozumieć, że jest to tylko jeden z możliwych i to jeden bardzo ograniczony punkt widzenia z jakiego można badać prawo. Nie powinien zwłaszcza czynić tego, co czyni zbyt często, tj. wypowiadać twierdzeń, które przesądzają cały szereg problemów, leżących poza granicami czystej teorii prawa. A pierwszym z takich problemów jest problem stosunku powinności do rzeczywistości. Kelsen powinienby powiedzieć po prostu to, co się mówi studentom już na pierwszym roku studiów: „Prawo można badać z punktu widzenia formalnego i materialnego. Ja będę się zajmował badaniem prawa z punktu widzenia formalnego, uważam bowiem badanie to za istotne i jedynie właściwe dla nauki prawa". Można by mieć inny pogląd na to, co jest właściwe i istotne dla nauki prawa, ale przynajmniej myśl byłaby jasna, prosta i zrozumiała dla każdego. Cóż robi nasz autor, aby wyrazić tę prostą myśl i przeprowadzić analizy pojęciowe, znane prawnikom od wieków. Obrazowo można powiedzieć, że, aby podnieść ten

parokilowy ciężar, sprowadza i instaluje najcięższy dźwig okrętowy, buduje olbrzymie i ciężkie rusztowanie filozoficzne i... podnosi swój przedmiot. Podnosi może nawet sprawniej niż jego poprzednicy, ale doprawdy do tego zbędne były te wszystkie akcesoria. Wystarczyłaby dobra znajomość starej arystotelesowskiej logiki.

Doprowadzając naukę prawa do rezultatów tak paradoksalnych, jak oderwanie powinności od rzeczywistości, utożsamienie państwa i prawa, wykluczenie możliwości socjologicznego badania państwa itp., Kelsen zwraca uwagę na niebezpieczeństwa tkwiące w wyłącznie formalno-normatywnej metodzie badań. Wywołuje on u każdego nieuprzedzonego umysłu reakcję przeciw zbytniej wyłączności takiego podejścia do zjawisk społecznych, a doprowadzona przezeń do absurdu samowystarczalność nauki o państwie ukazuje konieczność innych nauk społecznych i, prawem wspomnianej reakcji, skłania do badań socjologicznych.

Na przykładzie Kelsena można doskonale zrozumieć dlaczego niejednokrotnie istnieją takie trudności porozumienia się między uczonymi, a zarazem gdzie tkwią przyczyny błędów naukowych. Uczony badacz zapatrzony w swój specjalny punkt widzenia, zapomina często, że do badania każdej rzeczy można podejść z różnych punktów widzenia, czyli zapomina o starym odróżnieniu materialnego i formalnego przedmiotu badania. Zwykle każdy ze specjalistów tak wżył się w swój formalny punkt widzenia, że wszelkie badania dotyczące tego, co stanowi materialny przedmiot jego badań osądza ze swojego punktu widzenia zapominając, że kto inny mógł badać ten sam przedmiot materialny z innego punktu widzenia i mieć, ze swojego punktu widzenia rację. I to jest nierzadko przyczyną niezrozumienia cudzej myśli i nieporozumień.

Ten sam nawyk patrzenia na badany przedmiot ze swego formalnego punktu widzenia, który z początku tylko utrudnia zrozumienie innych punktów widzenia, z czasem może doprowadzić do poważnych błędów. Błąd zjawia się w chwili, gdy uczony podnosi swój punkt widzenia, który jak każdy specjalny punkt widzenia jest jednostronny i ułamkowy, do godności jedynego

i jedynie dopuszczalnego, a więc wszechstronnego punktu widzenia. Oczywiste *contradictio in adiecto*: specjalny punkt widzenia jest właśnie tylko jednym z możliwych punktów widzenia na dany przedmiot badań. Błąd tego rodzaju specjalnie jaskrawo występuje u Kelsena. Błędy takie, psychologicznie łatwe do zrozumienia, najczęściej popełniane są nieświadomie.

Jako przykład niemal klasyczny, a blisko nas tu obchodzący, można jeszcze podać zapatrywania na prawo moralisty i prawnika. Moralista osądza prawo, i słusznie, tak jak każdy wytwór świadomej działalności człowieka, pod kątem widzenia jego zgodności z prawem naturalnym, z wymaganiami etyki, i mówi, że pod tym względem prawo jest zależne od etyki. Prawnik natomiast, będąc specjalnie wrażliwym na różnice, jakie z jego punktu widzenia bezsprzecznie między prawem, a etyką istnieją, głosi samoistność prawa, aby tym lepiej zapewnić swej gałęzi wiedzy godność samodzielnej nauki, prawo naturalne zaś traktuje dość pogardliwie jako *jurysprudencję w chmurach*, podczas, gdy ono wcale jurysprudencją być nie chce i nie może [1].

Wydaje mi się, że wielu prawników jest z tego powodu wrogo nastawionych do prawa naturalnego, że są oni sugestionowani przez wyraz prawo, który rzeczywiście może w błąd wprowadzić. Nie zdają sobie sprawy, że prawo naturalne jest to prawo odmienne, niż prawo pozytywne. Prawo naturalne nie rości bynajmniej pretensji, jak sądzą niektórzy [2], do jakiejś prawnej

---

1 Wyrażenie: „jurisprudence in the air" użył Holland cyt. Druks in *Prace z dziedziny teorii prawa*. s. 27.

2 Np. Legaz y Lacambra *Die ontologische Grundlage der reinen Reshtslehre*. s. 641.

„Normy te..., pisze Bensch, obowiązują nie tylko moralnie, ale także prawnie; ...bynajmniej nie dlatego mają charakter prawny, że są przejawem woli prawodawcy ludzkiego. Przeciwnie, natura tych norm jest taka, że chociażby nie były nakazane przez władzę publiczną, nie przekształcą się na normy moralne, nie przestaną obowiązywać prawnie. Zespół tych norm składa się na porządek tzw. prawa naturalnego". Bensch T., *Kształtowanie się poglądów na stosunek prawa naturalnego do pozytywnego*. Prąd 1937 s. 184.

T. Bensch słusznie wyczuwa, że prawo naturalne ma taką samą moc obowiązującą jak sprawiedliwe prawo pozytywne. Pogląd ten podzielam i w tym jesteśmy całkowicie zgodni z całą doktryną katolicką. Ponieważ

mocy obowiązującej (rechtliche Geltung), a tylko do moralnej. Nauka prawa naturalnego głosi wprawdzie, że moc obowiązująca prawa pozytywnego musi opierać się na etyce, oraz że prawo to powinno recypować, konkretyzować i sankcjonować cały szereg przepisów prawa naturalnego, ale ona nie pragnie zastąpić pra-

---

jednak Autor ten uznaje utartym zwyczajem istnienie jakiejś „prawnej mocy obowiązującej", przeto i prawu naturalnemu taką moc obowiązującą przypisać pragnie i zalicza je do systemu prawa pozytywnego, popełniając tym samym *contradictio in adiecto*: prawo naturalne, a więc niepozytywne, staje się u niego pozytywnym. Dla uratowania słusznej myśli i uniknięcia wymienionego błędu logicznego wystarczy sprecyzować pojęcie „moc obowiązująca" i uświadomić sobie, że jest to pojęcie moralne, że mówiąc o mocy obowiązującej prawa, myśli się o jego moralnej mocy obowiązującej. Istnieje więc tu dość subtelna różnica poglądów, z których tak jeden jak i drugi uznaje etyczną wartość prawa pozytywnego. U B e n s c h a, który nie odróżnia przynależności do systemu od mocy obowiązującej systemu, prawo naturalne traci formalną odrębność od prawa pozytywnego. My natomiast, wprowadzając wyżej wymienione rozróżnienie, zachowujemy odrębność formalną prawa pozytywnego od naturalnego, ale tym normom pierwszego, które są zgodne, lub przynajmniej nie są sprzeczne z prawem naturalnym, przypisujemy moralną moc obowiązującą. Zdaje się, że w danej kwestii to jest najistotniejsze.

„Norma prawna, nie musi, ale może być wymuszona, norma moralna nie. Powinności moralnej wymuszonej nie można uważać za spełnioną: przeciwnie powinność prawna wymuszona uchodzi za spełnioną". W tej cytacie (B e n s c h *op. cit.* s. 187), tkwi, m. zd., błąd, oparty na nierozróżnianiu pewnych pojęć. Norma moralna może być wymuszona, wprawdzie wtedy nie będzie ona spełniona przez podmiot zobowiązania, ale podmiot uprawnienia ewentualnie jego organ (czynnik wymuszający), ma moralne prawo wymusić niespełnioną powinność moralną. Trzeba więc odróżnić dwa pojęcia: 1-o. Wymuszalność normy moralnej (coercibilitas, Erzwingbarkeit) czyli moralną dopuszczalność jej przymusowego zrealizowania przez podmiot uprawniony lub jego organ; 2-o. Spełnienie normy moralnej przez sam podmiot zobowiązania.

I w jednym i w drugim wypadku norma będzie zrealizowana, ale tylko w drugim podmiot zobowiązania zachowa się zgodnie z nakazem normy, czyli postąpi moralnie.

Wydaje mi się, że podstawą krytykowanych poglądów jest mylne uważanie normy moralnej za wyłącznie jednostronną. Poglądy takie głosi także D e l V e c c h i o *Lezioni di filozofia del diritto* wyd. 3-cie s. 207. (Zob. moją krytykę w recenzji tego dzieła, zamieszczonej w Ruchu prawniczym... etc. 1938 nr. 3). Zdaje się, że nie można przeczyć, iż prócz jednostronnych istnieją i dwustronne normy moralne. Pogląd, że „moralność sprzeciwia się przymu-

wa pozytywnego przez prawo naturalne, ani umieszczać jedno i drugie na jednej płaszczyźnie jurydycznej, czyli pozytywno-prawnej [1].

Umieszczając prawo naturalne na płaszczyźnie jurydycznej, pozwalając w każdym wypadku sędziemu czy organowi administracyjnemu stosować je na równi z prawem pozytywnym, a nawet zastępować nim przepisy prawno-pozytywne, można by dojść dosyć daleko, a nawet zbyt daleko, bo poprzez anarchizm szkoły prawa wolnego, aż do etyki czysto autonomicznej, czyli do negacji obiektywnego charakteru etyki.

Zasada, że sędzia czy inny organ władzy państwowej ma rozstrzygać tylko według swego sumienia, jest zastosowaniem ogólniejszej zasady, według której każdy ma postępować wyłącznie tylko w zależności od swego subiektywnego przekonania.

W transkrypcji prawniczej ten autonomiczny subiektywizm moralny wyraża się w doktrynie o samoistności prawa i rodzi mit o istnieniu jakiejś specyficznej prawniczej mocy obowiązującej praca. W pracy starano się mit ten rozwiać i wykazać, że istnieje tylko jedna moc obowiązująca: moralna.

Jeśli sobie uświadomić, że owa „prawna moc obowiązująca" to po prostu określenie przynależności do systemu norm pozy-

---

sowi" znajduje się na niebezpiecznej pochyłości, której zakończeniem nie może być nic innego, jak moralność czysto autonomiczna. Norma moralna właśnie dlatego, że jest dwustronna (np. normy odnoszące się do cnoty sprawiedliwości) z natury swej, równie jak i norma prawna, „nadaje się do wymuszenia", ona „nie sprzeciwia się temu, by być przedmiotem przymusu". Norma nie straci swego charakteru moralnego, gdy zostanie wymuszona. Właśnie dlatego możemy mówić o koniecznym związku prawa z etyką. Gwałtowna chęć znalezienia w wymuszalności istotnej różnicy między prawem a etyką jest dyktowana przez podświadomą tendencję zbyt radykalnego rozróżnienia prawa i etyki, tendencję, która jest niewątpliwie rezultatem wpływów pozytywistycznych. Pozytywizm dąży do uczynienia z prawa i etyki jakby dwu odrębnych materialnych przedmiotów poznania, a tym czasem są to tylko dwa odrębne formalne przedmioty poznania.

1 „Ainsi, le problème du droit naturel s'est posé et il continue de se poser, avant tout sur le plan moral: le droit naturel fournit les premiers principes de la moralité et c'est seulement par l'intermédiaire de la morale que

tywnych, oznaczenie warunków, którym norma winna odpowiadać, aby ją można było zaliczyć do systemu prawa pozytywnego (np. określenie organu stanowiącego, sposób stanowienia itp.), wtedy stanie się jasnym, że prawo naturalne nie rości pretensji do „prawnej mocy obowiązującej". Nie można bowiem twierdzić, że zostało ono przez prawodawcę w określony sposób ustanowione, skoro fakt ten nie miał miejsca.

Jest natomiast rzeczą oczywistą, że prawo naturalne, na równi z każdym sprawiedliwym prawem pozytywnym rości pretensje do moralnej mocy obowiązującej (in foro conscientiae) i że do takiego roszczenia ma ono nawet tytuł wcześniejszy i głębszy niż prawo pozytywne.

Jest i inna grupa przeciwników jeszcze bardziej nieprzejednanych, którzy świadomie odrzucają związek prawa pozytywnego z prawem naturalnym i etyką ze względów metafizycznych. Do niej należy zaliczyć Kelsena. Jeśliby ktoś chciał odwrócić ten zarzut i powiedzieć, że doktryna prawa naturalnego jest wykładnikiem pewnej metafizyki, to odpowiemy przede wszystkim, że nie każda metafizyka jest równoznaczna z doktryną niedostatecznie uzasadnioną, a następnie, że podstawę filozoficzną doktryny prawa naturalnego stanowią zasady przyczynowości i celowości, które są o wiele lepiej uzasadnione niż poglądy Kelsena. U podstawy jego teorii mieszczą się jak widzieliśmy, postulaty, których uzasadnienia nie można uważać za zadawalające [1].

Pozytywizm prawniczy ma też swoją filozofię, ma swój pogląd na moc obowiązującą prawa i na jego podstawy. W konsekwentnym pozytywizmie, niezależnie od tego, czy będzie on

---

le droit juridique peut entrer en contact avec le droit naturel". Dabin, *Philosophie de l'ordre juridique positif.* s. 258, por. *ibid.* s. 300 nn.

1 Ponieważ zasady przyczynowości i celowości należą do dziedziny nauki, a nie do dziedziny wiary, przeto, wbrew temu co sądzi Sukiennicki (*Podstawa obowiązywania prawa narodów.* s. 79), spór o podstawę obowiązywania może być rozstrzygnięty w drodze naukowej. Za pomocą argumentów dających się rozumowo uzasadnić, można ustalić istnienie obiektywnej normy podstawowej.

naiwnym pozytywizmem Bergbohma, czy krytycznym Kelsena, podstawą prawa może być tylko siła.

Kelsen to właściwie symbol całej szkoły. Imię jego zostało nawet może nieco zbyt wyłącznie uprzywilejowane, usuwając w cień innych członków tej szkoły, którzy samodzielnie rozwijali tezy czystej teorii prawa, przy czym niejednokrotnie wcześniej niż Kelsen, co zresztą on sam lojalnie wyznaje [1]. Wystarczy przypomnieć choćby Merkla i jego teorię stopniowej budowy prawa.

W każdym razie teoria Kelsena stanowi doskonałe sformułowanie pozytywizmu prawniczego, może najlepsze jakie znamy obecnie i dlatego analizy i krytyka, które zostały przeprowadzone na przykładzie teorii prawa Kelsena, mają znaczenie ogólniejsze i trwalsze: dotyczą pozytywizmu prawniczego w ogóle [2].

Najskromniejszy wniosek, jaki się odrazu narzuca po przeprowadzonej analizie i krytyce poglądów Kelsena, to konieczność przyznania doktrynie prawa naturalnego co najmniej takiej wartości naukowej, jaką się przypisuje doktrynie pozytywistycznej w ogóle [3].

A ponieważ krytyka immanentna teorii Kelsena wykazała, że opiera się ona na subiektywnych i nieudowodnionych postulatach i że jest o wiele gorzej uzasadniona niż doktryna prawa naturalnego, przeto możemy z naukowym prawdopodobieństwem wnioskować, że i cały pozytywizm prawniczy ma mniejszą wartość naukową niż wspomniana doktryna. Tak więc, choć nie było bezpośrednim celem tej pracy dawać pozytywnego rozwiązania, to rezultat naszych badań jest nie tylko negatywny.

---

1 *Hauptprobleme.* s. XV.

2 Moór powiada, że na teorię Kelsena zwykło się nawet patrzeć jako na prototyp pozytywizmu prawniczego. *Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus* s. 59.

3 Krytyka, którą tu uczyniono na przykładzie teorii Kelsena, w ogólnych zarysach może również być zastosowana do pojęcia mocy obowiązującej normy w doktrynie Duguit'a. Zob. *Traité de droit constitutionnel* t. 1 s. 144. Por. krytykę, którą czyni Dabin *La philosophie de l'ordre juridique positif.* s. 642 nn.

Praca krytyczna jest pracą niewdzięczną, wymaga bowiem niemal takiego wkładu sił i energii, jak praca konstruktywna, a pozbawiona jest nimbu samodzielnej twórczości. Posiada ona jednak i swoje pociągające strony: Wmyślenie się w doktrynę i system przeciwny temu, który wyznajemy, z którym niejako zrośliśmy się duchowo, stanowi dla umysłu wydarzenie równie interesujące, jak zawarcie znajomości, wybiegającej poza kręgi naszych zwykłych kontaktów społecznych, i może doprowadzić nie tylko do całego szeregu ciekawych refleksyj, dotyczących nowego przedmiotu poznania, lecz i do pogłębienia znajomości swego własnego środowiska, do uświadomienia sobie jego zalet czy ewentualnych wad. Przeoranie się przez pozytywizm Kelsena pomogło mi lepiej zrozumieć i docenić naukową wartość doktryny prawa naturalnego.

LITERATURA

(Wykaz prac cytowanych [1]).

Aillet G., *La signification méthodologique de l'idée de Droit Naturel.* Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique. 1933. Nr 3—4.

Bautro Eugeniusz, *Husserlizm w teorii prawa.* Czasopismo prawnicze i ekonomiczne. Kraków 1926.

— —, *Stopniowa budowa prawa według teorii Merkla.* Lwów 1935.

Bibó Etienne, *Le dogme du bellum iustum et la théorie de l'infaillibilité juridique. Essai critique sur la théorie pure du droit.* Revue internationale de la théorie du droit. 1936.

Bensch Teodor, *Kształtowanie się poglądów na stosunek prawa naturalnego i pozytywnego.* Prąd XI—XII. Lublin 1937.

Binder Julius, *Philosophie des Rechts.* Berlin 1925. Wszystkie odsyłacze w pracy odnoszą się do tego pierwszego wydania. Drugiego, które wyszło w r. 1937, całkowicie zmienione, uwzględnić już nie zdołałem.

Bonnard Roger, *Droit naturel et droit positif* in Revue internationale de la théorie du droit. Tom III. 1928/29. s. 1—16.

Brodmann E., *Was ist das Recht und wo ist es? Rechtsphilosophie eines praktischen Juristen.* Berlin-Grunewald Verlag für Staatswissenschaften und Geschichte G. m. b. H. 1935.

---

1 Zestawił mł. asystent, magister prawa, Ryszard Rachwald.

Carré de Malberg, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degres avec les idées et les institutions contsacrees par le droit positif français relativement à sa formation.* Paris, Sirey. 1933.

Castiglia Tommaso-Antonio, *La filosofia dell Als-ob nel diritto* in Riv. int. di fil. del. diritto. 1926.

— —, *Stato e diritto in H. Kelsen.* Torino, G. Giappichelli. 1936.

Cathrein, *Recht, Naturrecht und Positives Recht*[2]. Freiburg, Herder. 1909.

Charmont, *La renaissance du droit naturel*[2]. Paris 1927.

Cheliński Stanisław, *Pojęcie rozkazu w świetle ogólnej teorii norm* in Prace z dziedziny teorii prawa. s. 89—147. Kraków 1925.

Cohen Herman, *System der Philosophie*[2]. Paris 1937.

Comte Auguste, *Cours de philosophie positive.*

Czuma Ignacy, *Dzisiejsza filozofia sowieckiego prawa a romantyzm prawniczy.* Pamiętnik Lubelski t. 1. Lublin 1930.

— —, *Ogólne uwagi o projekcie prawa małżeńskiego Komisji Kodyfikacyjnej R. P.* Odbitka z Ruchu prawniczego, ekon. i socjol. Zesz. IV. 1931.

— —, *Sprawiedliwość w dziedzinie skarbowej. Przesłanki ogólne.* Odbitka z księgi pamiątkowej ku czci prof. Wł. Abrahama. Lwów 1929.

— —, *Absolutyzm ustrojowy.* Lublin 1934.

— —, *Ustrojowe podstawy skarbowości.* Tow. Naukowe Kat. Uniwersytetu Lubelskiego. Lublin 1937.

— —, *Duchowe pierwiastki w skarbowości.* Odbitka z „Przeglądu ekonomicznego", organu Polskiego Towarzystwa Ekonomicznego we Lwowie. Lwów 1938.

Dabin Jean, *La philosophie de l'ordre juridique positif specialement dans les rapports de droit prive.* Paris, Recueil Sirey. 1929.

— —, *Règle morale et regle juridique. Essai de comparaison systematique.* Extrait des Annales de droit et des sciences politiques. Louvain 1936.

Davy Georges, *Le probleme de l'obligation chez Duguit et chez Kelsen* in Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique. Nr. 1—2. 1933.

Del Vecchio Giorgio, *Volkswirtschaftslehre und Rechtswissenschaft.* Soderabdruck aus Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik. Bd. 143, Heft 3. Jena, Fischer. 1936.

— —, *Homo juridicus et l'insuffisance du droit comme regle de la vie* in Droit, morale, moeurs. Paris, Sirey 1936.

— —, *Lezioni di filosofia del diritto*[3]. Roma 1936.

Dembiński H., *Wojna jako narzędzie prawa i przewrotu.* Lublin. Tow. Naukowe Kat. Uniw. Lubelskiego. 1936.

Deploige Simon, *Le conflit de la morale et de la sociologie*[4]. Paris, Desclée, de Brouwer et C-ie.

Deryng Antoni, *O podstawach mocy obowiązującej prawa narodów.* Lwów 1930.

— —, *Główne tendencje rozwojowe prawa narodów w świetle orzecznictwa Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej.* Lwów 1932. Tow. Naukowe.

Descartes, *Rozprawa o metodzie.*

Druks Stanisław, *Z zagadnień filozofii prawa. Kelsen i jego szkoła.* Przegląd współczesny. Sierpień 1924.

Durkheim Emile, *Les regles de la méthode sociologique*[3]. Paris, F. Alcan 1904.

Duguit Léon, *L'État, le droit objectif, la loi positive.*

— —, *Traité de droit constitutionnel*[3]. Paris 1927.

Fraenkel Ernest, *L'universalisme et la theorie pure du droit* in Revue internationale de la théorie du droit. 1937. s. 295—311.

Feuerbach Ludwig, *Vorlesungen über das Wesen der Religion.*

Garrigou-Lagrange, *Dieu, Son Existence et Sa Nature* [5]. Paris, Beauchesnes. 1928.

Geny François, *Science et technique en droit prive positif.* Paris, Sirey. 1922.

Gredt Iosephus, *Elementa philosophiae aristotelico-thomisticae.* 2 t. Freiburg. Herder.

Gurvitch, *Droit Naturel ou Droit Positif Intuitif?* in Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique. 1933.

Haesaert J. P., *La forme et le fond du juridique.* Bruxelles, E. Bruylant. 1934.

Heller, *Die Krisis der Staatslehre* in Archiv. Sozialwiss. u. Sozialpol. vol. V. 1926.

Höffding, *Die menschliche Gedanke.* Leipzig 1911.

Hold-Ferneck Alexander, *Der Staat als Übermensch. Zugleich eine Auseinandersetzung mit der Rechtslehre Kelsens.* Jena G. Fischer. 1926.

— —. *Ein Kampf ums Recht.* Entgegnung auf Kelsen Schrift. *Der Staat als Übermensch.* Jena, G. Fischer. 1927.

Horváth Barna, *Rechtssoziologie.* Berlin, Grunewald. 1934.

Hürth F., *Rechtswirkung der Zivilgesetze in Bereich des Gewissen* in Scholastik. 1926.

Husserl Edmund, *Logische Untersuchungen.*

Husserl Gerhart, *Rechtskraft und Rechtsgeltung. Eine Rechtsdogmatische Untersuchung.* Erster Band. Genesis und Grenzen der Rechtsgeltung. Berlin, J. Springer. 1925.

Ihering, *Der Kampf ums Recht.*

Ihering, *Zweck im Recht.*

Jakubisiak Augustyn, *Od zakresu do treści.* Warszawa 1936.

Jarra Eugeniusz, *Ogólna teoria prawą.* Warszawa, Gebethner i Wolff. 1922.

Jaworski Władysław Leopold, *Prace z dziedziny teorii prawa.* Kraków, Krakowska Spółka Wydawnicza. 1925.

Jerusalem F. W., *Die Staatslehre H. Kelsens.* Sonderabdruck aus Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 80. Jahrgang 1925/26. Heft 4. Tübingen.

Jöckel Wilhelm, *Hans Kelsens Rechts- theoretische Methode.* J. C. B. Mohr. Tübingen 1930.

Kant Emanuel, *Krytyka czystego rozumu.*

Karadgé Iskrow, *La théorie du droit pure et la dogmatique juridique* in Revue int. de la théorie du droit. 1936. s. 178—188.

Kaufmann Erich, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie.* J. C. B. Mohr. Tübingen 1921.

Kaufmann Felix, *Logik und Rechtswissenschaft.* J. C. B. Mohr. Tübingen 1922.

——, *Die Kriterien des Rechts.* J. C. B. Mohr. Tübingen 1924.

——, *Kant und die Reine Rechtslehre* in Kantstudien. 1924.

——, *Methodenlehre der Sozialwissenschaften.* Wien, Springer. 1936.

Kelsen Hans, *Hauptpromleme der Staatsrechtslehre. Entwickeit aus der Lehre vom Rechtssatze.* Tübingen 1911. J. C. B. Mohr (Peul Siebeck): cyt. *Hauptprobleme.*

——, *Über Grenzen zwischen juristischer und socjologischer Methode.* Vortrag, gehalten in der soziologichen Gesellschaft zu Wien, Tübingen 1911. J. C. B. Mohr 65 seiten cyt. *Grenzen.*

Kelsen Hans, *Die Rechtswissenschaft als Norm- oder Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung.* Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche 40. Jahrgang. 1916. Seite 1181—1239.

— —, *Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob.* Annalen der Philosophie 1. Band. 1919. Seite 360—658.

— —, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechtes.* Beitrag zu einer reinen Rechtslehre. Tübingen 1920. J. C. B. Mohr. cyt. *Das Problem des Souveränität.*

— —, *Vom Wesen und Wert der Demokratie.* Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik. 47 Band. 1920/21. Seite 50—85. Tübingen 1920. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 38 Seiten. Zweite, umgearbeitete Auflage. Tübingen 1929. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). VII und 119 Seiten.

— —, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersüchung des Verhältnisses zwischen Staut und Recht.* Tübingen 1922. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck). IV und Seiten. Zweite photo-mechanisch gedruckte Auflage. Tübingen 1928. J. C. B. Mohr. VIII und 253 Seiten, cyt. *Staatsbegrif.*

— —, *Allgemeine Staatslehre.* Enzyklopädie der Recht und Staatswissenschaften. 23 Band. Berlin 1925. J. Springer. XIV und 433 Seiten.

— —, *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public.* Académie de droit international. Recueil des Cours. 14 Band. 1926. IV. Teil, Seite 231—331. cyt. *Les rapports de systéme.*

— —, *Naturrecht und positives Recht. Eine Untdrsuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses* in Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts. 2 Jahrgang. 1927/28. Seite 71—94.

Kelsen Hans, *Die Idee des Naturrechts.* Zeitschrift für öffentliches Recht. 7 Band. 1927. Seite 321—250.

— —, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus.* Philosophische Vorträge, veröffentlicht von der Kant-Gesellschaft. Charlottenburg 1928. Pan-Verlag R. Heise. 78. Seiten. Cyt. *Die phil. Grundlagen.*

— —, *Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre.* Juristische Wochenschrift. 58. Jahrgang. 1929. Seite 1723—1726.

— —, *Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialisticher Geschichtsauffassung.* Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik. 66 Bd. 1937. s. 449—521.

— —, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik.* Franz Deutlicke. Leipzig und Wien 1934.

— —, *L'âme et le droit* in Droit, morale, moeurs. Paris, Sirey. 1936.

Klimke, *Historia filozofii.*

Kohler, *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz.*

— —, *Nachwort zu Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz.*

Kotarbiński Tadeusz, *Elementy teorii poznania, logiki formalnej i metodologii nauk.* Lwów 1929.

Kremer René, *Éthique matériele ou formelle* in Księga pamiątkowa międzynarodowego kongresu filozofii tomistycznej w Poznaniu 1934. Gniezno 1935.

Lacombe, *La méthode sociologique de Durkheim.* Paris, Alcan.

Larenz Karl, *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart.* 2 Auflage. Berlin, Junker und Dunnhaupt Verlag. 1935.

Lande Jerzy, *Norma a zjawisko prawne. Rozważania nad podstawami teorii prawa na tle krytyki systemu Kelsena* in Prace z dziedziny teorii prawa. Kraków 1925. s. 235—348.

Leclercq, *Leçons de droit naturel. III. La famille.* Numur 1933.

Le Fur Louis, *La theorie du droit naturel depuis le XVII-e siècle et la doctrine moderne.* Recueil des Cours de l'Académie de droit international. 1927.

— —, *Les caracteres essentiels du droit en comparaison avec les autres regles de la vie sociale* in Droit, morale, moeurs. l'Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique. 1935—36.

— —, *Grands problemes du droit.* Paris, Sirey. 1937.

Legaz y Lacambra L., *Die ontologische Grundlage der Reinen Rechtslehre* in Zeitschrift für öffentliches Recht. Band XII. Heft 5. Wien und Berlin, J. Springer. 1932.

Leibholz, *Les tendances actuelles de la doctrine du droit public en Allemagne* in Archiwes de philosophie du droit et de socjologie juridique. 1931. n. 1—2. 207—224.

Leon XVIII, encykliki *Diuturnum illud* oraz *Immortale Dei.*

Levinas Emmanuel, *La théorie de l'intuition dans la phenomenologie de Husserl.* Paris, Alcan. 1930.

Losonczy Stefan, *Über die Möglichkeit und den Wissenschaftscharakter der Rechtswissenschaft* in Zeitschrift für öffentliches Recht. Band XVII. Heft 2. Wien, J. Springer. 1937.

Maritain Jacques, *Philosophie et Science experimentale* in Mèlanges (I Série) Cahiers de Philosophie de la Nature. Paris, Vrin. 1929.

Maritain Jacques, *L'ideal historique d'une nouvelle chretiennete* in Pamiętnik kongresu tomistycznego w Poznaniu. Tłum. polskie. „Prąd". Lublin 1935.

— —, *Religion et culture.* Paris, Desclée de Brouwer et Cie.

Marck Siegfried, *Substanz- und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie.* Tübingen, J. C. B. Mohr. 1925.

Martyniak Czesław, *Le fondement objectif du Droit d'apres Saint Thomas Aquin.* Paris, Bossuet. 1931.

— —, *Le probleme de l'unite des fondements de la theorie de droit de Kelsen* in Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique. nr 1—2, 1937.

Menzel Adolf, *Kelsens Allgemeine Staatslehre und die Soziologie.* Sonderdruck aus Jahrbuch für Soziologie. 2 Band. Braun Karlsruhe. 1926.

Merkl Adolf, *Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine Rechtstheoretische Untersuchung.* Leipzig u. Wien, Fr. Deuticke. 1923.

— —, *Das doppelte Rechtsantlitz.* Juristische Blätter. 1917.

— —, *Das Recht im Lichte seiner Anwendung.* 1917.

— —, *Die Rechtseinheit des österreichischen Staates.* Archiv des öffentlichen Rechts. 1919 Bd. 37.

— —, *Hans Kelsens System einer Reinen Rechtslehre.* Archiv des öffentlichen Rechts. 1921 Bd. 41.

— —, *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues* in Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur einen Rechtslehre. Wien, Springer. 1931.

Métall R. A., *Bibliographie der Reinen Rechtslehre* in Revue international de la théorie du droit. 1936.

Michiels Gommarius, *Normae generales iuris canonici.* 2 t. Lublin 1929.

Mokre Hans, *Gegenstandstheorie und die Reine Rechtslehre* in Zeitschrift f. öff. Recht. Band IX. Heft 3. Wien, Springer J. 1930.

Moór Julius, *Reine Rechtslehre, Natur und Rechtspositivismus* in Gesellschaft, Staat und Recht. Wien, J. Springer. 1931.

— —, *Das Problem des Naturrechts* in Archiv für Rechts und Sozialphilosophie. 1935 Bd. XXVIII.

— —, *Reine Rechtslehre. Randbemerkungen zum neusten Werk Kelsens.* Zeitschrift f. öff. Recht. 1935 Bd. XV.

Morgenthau Hans, *La réalité des normes en particulier des normes du droit international.* Paris, F. Alcan. 1934.

Mycielski Andrzej, *Czym błądzi współczesna nam nauka prawa* in Księga pamiątkowa międzynarodowego kongresu filozofii tomistycznej w Poznaniu.

— —, *Prosty rozum a współczesna ogólna nauka o prawie* in Ogólna nauka o prawie. Studia pod redakcją prof. B. Wróblewskiego. t. I. s. 127.

— —, *Kryterium prawa w systemie Kelsena* in. Przegląd prawa i administracji. 1934. s. 33.

— —, *Problem klasyfikacji norm prawno-państwowych.* Wilno 1935.

— —, *Fikcjonalizm w prawie i nauce prawa.* Wilno 1938.

Page Henri de, *L'idée de droit naturel.* Bruxelles 1936.

Pastuszka Józef, *Filozofia współczesna.* t. I. Warszawa 1934, t. II. Lublin 1936. Tow. Naukowe Kat. Uniw. Lubelskiego.

Peretiatkowicz Antoni, *Wstęp do nauki prawa* [3]. Poznań.

— —, *Teoria prawa i państwa H. Kelsena.* Ruch prawniczy etc. IV kwartał 1937. s. 445—508.

Peretiatkowicz Antoni, *Studia prawnicze.* Poznań, Księgarnia św. Wojciecha.

Perticone Giacomo, *Le problème du droit positif et du droit naturel en Italie.* in Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique. 1933 n. 3—4.

Pitamič, *Denkökonomische Voraussetzungen der Rechtswissenschaft* in Österreichische Zeitsch f. öff. Recht. 1917 — 1918.

— —, *Recenzja o Reine Rechtslehre* in Zeitschrift f. öff. Recht 1935. s. 414 nn.

Radbruch G., *Le relativisme dans la philosophie du droit* in Archives de philosophie du droit etc. 1934. Cahier 1—2.

Raynaud B., *La loi naturelle en économie politique.* I. L'idée de loi naturelle en économie politique. Paris 1936.

Renard Georges, *Le droit, l'ordre et la raison.* Paris, Sirey. 1937.

Ross Alf, *Theorie der Rechtsquellen.* Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischen Untersuchungen. Leipzig und Wien, Franz Deuticke. 1929.

Rousseau Jean Jacques, *Considérations sur le gouvernement de Pologne et sur sa réforme projetée en* 1772.

Rudstein Szymon, *Zasady teorii prawa.* T. Hoesick. Warszawa 1924.

Sander Fritz, *Kelsens Rechtslehre. Kampfschrift wider die normative Jurisprudenz.* Tübingen, J. C. B. Mohr. 1923.

— —, *Rechtswissenschaft und Recht, Erledigung eines Versuches zur Überwindung der Rechtsdogmatik* in Zeitschr. für öffentliches Recht. Band III. Heft 1—2.

— —, *Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung Kri-*

tische Studien zur Rechtslehre Hans Kelsens. Zeitschr. f. öff. Recht 1921. Band II.

Schilling Otto, *Die Staats- und Soziallehre des hl. Thomas v. A.* Paderborn 1923. F. Schöningh.

Senn Feliks, *De la justice et du droit.*

Sertillanges A. D. Z., *La philosophie morale de Saint Thomas d'Aquin* [2]. Paris, Alcan. 1922.

Schmitt, *Soziologie des Souveränitätsbegriffes und politische Theologie.* Erinerungsgabe für Max Weber. 2 Bd. 1923.

Somló Felix, *Juristische Grundlehre* [2]. Leipzig, F. Meiner. 1927.

Starżyński Stanisław, *Nadrzędność czy równorzędność ustaw konstytucyjnych z ustawami zwykłymi? Normy prawne i metaprawne* in Księga Pamiątkowa ku czci prof. Władysława Abrahama. Lwów.

Stockhammer M., *Begriff und Bedeutung der Rechtspositivität* in Zeitschr. f. öff. Recht. 1929 Bd. VIII.

— —, *Kelsen und die Opposition. Zum Positivitätsproblem.* Revue intern. de la theorie du droit 1934.

Straszewski M., *Obecny przełom w teorii poznania.* Przegląd fil. 1902.

Sukiennicki Wiktor, *La souverainite des États en droit international moderne.* Paris, A. Pedone. 1927.

— —, *Podstawa obowiązywania prawa narodów.* Wilno-Warszawa 1929.

Antoni Szymański, *Zakon przyrodzony.* Odbitka z księgi pamiątkowej ku czci Wł. Abrahama. Lwów 1931.

— —, *Zagadnienia społeczne* [2]. Lublin 1929.

— —, *Społeczne znaczenie rozwodów.* Lublin 1931.

— —, *Ekonomika i Etyka.* Lublin 1936.

Tatarkiewicz, *Historia filozofii.*

Tomasz z Akwinu, *Summa Theologica.*

— —, *Commentaria in Aristot. in Lib. de coelo et mundo.*

— —, *Quaestiones disputate. De Veritate.*

Tonquédec J. de, *La critique de la connaissance.* Paris, Beauchesne. 1929.

Treves Renato, *Il metodo teleologico nella filosofia e nella scienza del diritto* in Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto. 1933.

— —, *Il diritto come relazione.* Torino, Istituto Giuridico della R. Universita. 1934—XII.

— —, *Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto di Hans Kelsen.* Torino R. Accademia della scienza 1934—XII.

Twardowski Kazimierz, *O tak zwanych prawdach względnych.* Lwów 1934.

Ude Johannes, *Soziologie. Leitfaden der natürlich- vernünftigen Gesellschafts- und Wirtschaftslehre im Sinne der Lehre des hl. Thomas von Aquin.* 1 Auflage 1931 — Alpenland-Verlag, Schaan.

Überweg, *Grundriss der Geschichte der Philosophie.* IV Teil.

Vaihinger Hans, *Philosophie des Als-ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menscheit auf Grund eines idealistischen Positivismus.* Berlin. I wyd. 1911.

Verdrosz Alfred, *Die Einheit des rechtlichen Weltbilder auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung.* Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 1923.

— —, *Die Rechtstheorie Hans Kelsens.* Sonderabdruck aus Nr. 20 der Juristischen Blätter. 59. Jahrgang. 1930.

Waelhens A. de, *Phénomenologie et realisme*, in Revue néoscolastique de philosophie. 1936. s. 508.

Weyr Fr., *Recenzja o pracy Jöckel'a. Kelsens Rechtstheoretische Methode.* in Zeitschr. für öff. Recht. 1930. Bd. X. s. 458—472.

Woroniecki Jacek, *Katolicka etyka wychowawcza.*

Windelband, *Normen und Naturgesetze.* 1884.

Wróblewski Bronisław, *Studia z dziedziny prawa i etyki.* Warszawa 1934.

Znamierowski Czesław, *Podstawowe pojęcia teorii prawa.* Cz. I. Układ prawny i norma prawna. Poznań 1924.

— —, *Prolegomena do nauki o państwie.* Warszawa, Hoesick. 1930.

SKOROWIDZ AUTORÓW [1].

(Liczby oznaczają strony).

Aillet G., 236.
Anzelm św., 200.
Arystoteles, 180, 200, 244, 245.
Avenarius, 69, 70.

Bautro Eugeniusz, 34, 73, 74.
Bensch Teodor, 252.
Bergbohm, 142, 233, 234, 256.
Bibó, 144, 149.
Binder Juliusz, 11, 61, 62, 85, 101, 119, 122, 191.
Bonnard, 171, 180.
Brentano F., 88.
Brodman E., 5.

Carré de Malberg, 37.
Cassirer, 62, 69.
Castiglia T. A., 68, 78, 111, 142, 154.
Cathrein, 232.
Charmont, 167.
Cheliński, 152, 156.
Cohen Herman, 62—67, 73, 77, 78, 80, 81, 87, 88, 136, 239.
Comte August, 52, 53, 121, 247.
Cycero, 206.
Czuma Ignacy, 3, 123, 145, 151, 157, 214, 215.

Dabin Jan, 122, 150, 172, 254, 256.
Davy, 147, 201.
Del Vecchio, 149, 161, 222, 224, 252.
Dembiński Henryk, 198.
Deploige, 123.
Deryng Antoni, 108, 120, 123, 181.
Descartes, 247,
Druks Stanisław, 8, 58, 190, 197, 252.
Duguit Leon, 15, 28, 32, 47, 50, 64, 122, 150, 215, 256.
Durkheim, 2, 121, 151, 217, 247.

Feuerbach Ludwig, von, 76.
Fraenkel E., 151.
Frydman S., 211.

Garrigou-Lagrange, 200
Geny Fr., 173, 217.
Gerber P., von, 54.
Grocjusz, 161.
Gredt J., 180.
Gurvitch G., 205, 216.

Haesaert J. P., 135.
Hegel, 145, 146.
Heller, 124, 138.
Hobbes, 145.
Höffding, 62.
Holderieder Joh. Laurentius, 234.
Hold-Ferneck, 2, 65, 84, 92, 120, 122, 123, 198, 215, 249.
Holland, 252.
Horváth Barna, 135.
Hume, 69.

---

1 Sporządził mł. asystent, magister prawa, Ryszard Rachwald.

Hürth Fr., 160.
Husserl Edmund. 71—76. 88.
Husserl Gerhart, 141, 154, 155.

Ihering, 163, 190.

Jakubisiak Aug., 58, 129.
Jarra E., 166.
Jaworski Wł. L., 5.
Jellinek Jerzy, 54, 55, 108.
Jellinek Walter, 109.
Jeruzalem, 125.
Jöckel Wilhelm, 57, 59, 68, 71, 75, 78, 80, 81, 124, 132, 133, 134, 227, 248.

Kant, 55, 56, 60, 61, 63, 64, 69, 78, 87, 109, 110, 168, 188, 201, 210, 216, 233, 239, 240, 247.
Karadgé-Iskrow, 16.
Kaufmann Erich, 5, 46, 52, 59, 60, 78, 120, 126, 128, 136.
Kaufmann Felix, 2, 55, 57, 73, 159, 190, 191, 196, 200, 201, 210, 249.
Kelsen Hans, passim.
Kitz, 202.
Klimke, 70.
Kohler, 163.
Kotarbiński Tadeusz, 192, 193.
Kremer Réné, 204, 206.

Laband, 54.
Lacombe, 2.
Lande Jerzy, 4, 7, 8, 17, 50, 67, 107, 110, 113, 133, 134, 148, 245, 245, 248.
Larenz Karl, 5.
Leclercq, 199.
Le Fur, 173, 217.
Legaz y Lacambra, 47, 62, 89, 156, 224, 248, 252.
Leibholz, 54, 55.
Leon XIII, 160.
Levinas, 73.
Lilienfeld, 211.
Lindsey, 151.
Locke, 69.
Losonczy, 191.

Mach Ernest, 69, 70, 71, 77—81, 86, 87, 88, 131, 133, 134, 136, 239.
Marck S., 61, 62.
Maritain Jacques, 46, 129, 224.
Martyniak Czesław, 156, 194, 252.
Meinong A. V., 88.
Merkl Adolf, 34, 158, 159, 162, 214, 256.
Metall R. A., 6, 151.
Michiels Gommarius, 160, 223.
Miller Artur, 5.
Mokre Hans, 88.
Moór J., 11, 20, 27, 37, 136, 139, 144, 157, 164, 184, 185, 209, 210, 216, 226, 241, 245, 256.
Morgenthau Hans, 118, 122, 198.
Mycielski Andrzej, 8, 63, 68, 92, 108, 144, 158.

Natorp, 62.
Nietsche, 145.

Page Henri de, 235.
Panejko, 5.
Pascal, 151, 152.
Pastuszka Józej, 68, 73.
Peretiatkowicz Antoni, 9, 55, 113, 119, 120, 123, 196, 197, 215.
Perticone Giacomo, 234, 235.
Petraschek Karl, 59.
Petrażycki Leon, 193.
Petzoldt, 69.
Pitamič Leonidas, 50, 79, 109, 130, 140, 241.
Platon, 145.

Radbruch Gustaw, 145.
Raynaud B., 167.
Renard G., 167, 206.
Rickert, 62.
Reinach A., 73.

Ross Alf, 67, 85, 107, 109, 110, 124, 125, 136, 202, 248.
Rousseau, 161, 206, 233, 245.
Rundstein Szymon, 8.
Russel G., 151.

Sander Fritz, 59—63, 69, 84, 136.
Schäffle, 211.
Schilling, 206.
Schmitt, 151.
Schopenhauer, 190, 194, 242.
Schreier, 73, 124.
Senn Feliks, 206.
Sertillanges A. D., 88.
Shakespeare, 163.
Sigwart, 102.
Simmel, 56, 79.
Sokrates, 179.
Somló Felix, 145, 248.
Spencer, 52.
Spinoza, 145, 146, 210.
Stahl, 233.
Stammler, 60, 62.
Starzyński Stanisław, 161, 162.
Stirner Max, 42.
Stockhammer, 137, 245.
Straszewski, 71.
Strauch Walter, 124.
Sukiennicki, 108, 109, 113, 134, 162, 255.
Szymański Antoni, 152, 199, 214, 224, 235.

Tatarkiewicz, 70.
Thomasius, 161.
Tomasz z Akwinu św., 1, 88, 155, 156, 160, 179, 180, 190, 193, 200, 204, 205, 206, 208, 223, 227, 234, 242, 243, 244, 245.
Tonquédec J. de, 85.
Treves Renato, 2, 5, 55, 61, 63, 64, 66—68, 71, 72, 74, 78, 79, 80, 81, 82, 86, 87, 88, 124, 136, 138.
Twardowski Kazimierz, 41.

Ueberweg Friedrich, 70.
Ude, 236.

Vacher de Laponge, 235.
Vaihinger Hans, 62, 67, 70, 77, 78, 79, 80, 81.
Verdrosz Alfred, 71, 88, 89, 94, 99, 107, 114, 151.

Waelhens A. de, 72.
Weber Max, 29.
Weyr Franz, 132, 248.
Wilde Oskar, 209.
Windelband, 56, 62, 79, 203.
Winkler Benedictus, 234.
Woroniecki Jacek, 194.
Wróblewski Bronisław, 63, 192, 194, 195.
Wundt, 102.

Znamierowski Czesław, 1, 122, 194, 195.
Zittelmann, 149.

LA FORCE OBLIGATOIRE DE LA LOI ET LA THÉORIE DE KELSEN.

RÉSUMÉ

Sans doute le but de la philosophie et de la science n'est pas uniquement d'apprendre ce que les autres ont pensé, mais de savoir la verité. Néanmoins, on ne peut pas toujours suivre l'exemple du *Discours sur la méthode* et ignorer tout ce que les autres ont déjà dit sur un sujet donné. Le progrès deviendrait impossible. Qui veut contribuer au progrès de la science doit connaître l'histoire du domaine particulier de ses recherches et surtout prendre contact avec les courants de la pensée contemporaine.

Or, il est incontestable que Kelsen et son école constituent un courant important de la pensée juridique contemporaine. Certes, des différences profondes surgissent, quand il s'agit d'apprécier la portée et la valeur de la théorie du droit de Kelsen. Les uns sont partisans et admirateurs presque fanatiques de son système qu'ils propagent et développent avec dévouement et ferveur, comme Franz Weyr et les élèves de Kelsen qui forment ce qu'on appelle l'école viennoise du droit. Les autres s'opposent à sa théorie avec acharnement et violence, tel Fritz Sander. Dernièrement l'opposition semble même avoir gagné des forces. Le plus fréquemment on entend émettre l'avis que la théorie pure du droit n'est pas capable de satisfaire les besoins spirituels nouveaux et ne s'harmonise guère avec la tendance actuelle à rapprocher le droit de la vie et de l'histoire. Malgré cette réaction de plus en plus grandissante contre les principes de la théorie pure du droit, on ne peut pas cependant nier que Kelsen a exercé et exerce encore une grande influence sur la pensée juridique contemporaine. Pour s'en convaincre, il suffit de jeter un coup d'oeil sur la liste considérable des travaux consacrés soit à développer sa pensée, soit à la combat-

tre et la rejeter. Et il suffira de parcourir n'importe quelle sérieuse revue juridique pour se rendre compte que la théorie pure du droit continue à constituer dans la science du droit le pivot des discussions actuelles.

L'influence de Kelsen sur la théorie du droit peut être comparée à celle de Durkheim sur la sociologie. Pendant un certain temps Durkheim semblait avoir comme monopolisé la sociologie. Elle paraissait en France si étroitement liée à son oeuvre qu'on venait presque à meconnaître qu'elle aurait pu exister en dehors de ses travaux et de ceux de ses disciples. On peut faire des remarques analogues au sujet de Kelsen. Les admirateurs de sa théorie ont cru qu'elle était purement et simplement synonyme de la théorie du droit tout court. L'année de l'édition des *Hauptprobleme* était proclamée l'année de naissance de la théorie du droit.

Cependant ce n'est pas uniquement à cause de sa large influence que la théorie kelsénienne mérite d'être prise en considération, mais aussi pour cette raison qu'elle représente un type permanent de la pensée humaine. Le kelsénisme contient la formule, peut-être la plus logique et la plus cohérente qui fût jamais donnée, du positivisme juridique. L'opportunité et même la nécessité d'une étude approfondie de la théorie de Kelsen ressortit donc davantage, si l'on comprend qu'elle représente quelque chose de plus que la doctrine personnelle de son auteur. Kelsen n'est pas seulement un astre dont la lumière commence à s'eclipser. Sa doctrine doit être traitée comme l'expression individuelle d'un courant doctrinal général. Kelsen s'est plaint, sans raison, il est vrai, qu'on n'essaie même pas de faire une critique immanente de son système. Le but du présent travail est d'en donner un aperçu. En certains endroits il a été nécessaire toutefois de prolonger la critique immanente par une esquisse de critique transcendante, c'est-à-dire par un exposé sommaire de la vraie solution. Ainsi par exemple, après avoir constaté que Kelsen ignore la doctrine authentique du droit naturel ou l'interprète mal, il a fallu rectifier ses vues.

Évidemment, il est impossible d'examiner tous les problè-

mes de la théorie pure du droit dans un seul ouvrage. Il faut faire un choix. Pour notre part nous avons choisi un problème qui nous paraît fondamental dans la science juridique: celui de la force obligatoire de la loi. C'est un problème dont on peut sciemmement détourner les yeux, dont on peut même nier l existence avec obstination, mais qui réapparaîtra toujours pour exiger impérieusement sa solution. D'ailleurs, explicitement ou implicitement, chaque juriste le résoud à sa manière. Il en est comme de la philosophie: d'une manière consciente ou subconsciente, chacun, par sa vie même, apporte une solution aux problèmes fondamentaux de la philosophie.

Dans ce travail nous voudrions établir que Kelsen, à sa manière, a résolu le problème de la force obligatoire de la loi et que sa théorie contient même une solution relative aux fondements de cette force. De prime abord cette assertion semble paradoxale. Kelsen, en effet, a répété maintes fois que les questions touchant les fondements du droit, son origine, sa création et sa disparition restent en dehors du champs de ses investigations. A son avis ce sont là des problèmes métajuridiques que ne peut point résoudre une science normative, de même que les problèmes touchant la création et l'annihilation de la réalité ne sauraient trouver leur solution dans les sciences explicatives.

On pourrait donc croire que la théorie pure du droit ne s'occupe guère des fondements de la force obligatoire de la loi. Mais la doctrine professée par notre auteur ne répond pas toujours au programme annoncé. C'est ainsi que, malgré ses déclarations contraires, Kelsen résoud le problème en question. Après avoir établi l'existence de cette solution nous avons tâché d'en démontrer l'insuffisance. Au cours de notre démonstration nous avons relevé dans le système kelsénien toute une suite d'inexactitudes et de fautes logiques.

Nos deux premiers chapîtres sont consacrés à l'étude de l'ensemble du système kelsénien. Cette étude comprend trois parties. Dans la première nous avons décrit certains aspects caractéristiques de la théorie pure du droit: le postulat de l'au-

tonomie du droit et de la science juridique, celui de la pureté méthodologique, le formalisme et l'abandon des constructions dualistes (Ch. I). La deuxième partie essaie de systématiser les conceptions philosophiques de Kelsen: sa théorie de la connaissance, sa métaphysique, car il en a une, et sa philosophie de l'histoire (*Ch. II § 1*). Enfin la troisième partie étudie les sources philosophiques du système: les influences de Kant, de Cohen, de Vaihinger, de Mach, de Husserl et de Feuerbach (*Ch. II § 2*). La question de savoir si, malgré cette hétérogénéité de sources philosophiques, Kelsen a réussi à sauver l'unité dans les fondements philosophiques de son système, constitue le problème de l'unité des fondements de la théorie de Kelsen, auquel nous consacrons un paragraphe spécial (*Ch. II § 3*) [1].

---

1 Les paragraphes 2 et 3 du chapître II ont été publiés avec quelques petites additions dans les „Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique" 1937. N-os 1—2 p. 166—190, sauf les pages consacrées à l'influence de Husserl sur Kelsen. M. Georges Gurvitch, sécrétaire général des Archives, a cru devoir refuser ces pages, puisque, m'écrivait-il, „Husserl a tenu d'indiquer dans une correspondance personnelle que seul son fils Gerhardt avait compris l'application de la phénoménologie au droit. Quant à l'école kelsénienne, Husserl considère qu'il s'agit d'un lourd malentendu". Par cette lettre, je me suis rendu compte que probablement mes explications n'étaient pas encore suffisamment claires, puisque M. Gurvitch n'a pas compris ce qui me semblait l'évidence même. J'ai donc tâché de rendre ma pensée plus explicite par quelques explications supplémentaires, afin de faire comprendre que si Husserl fait autorité en ce qui concerne l'interprétation de sa doctrine, Kelsen en fait autant quand il s'agit de la sienne. On ne peut donc pas négliger les déclarations explicites de Kelsen, à moins d'admettre qu'il ne sait pas ce qu'il dit, ou bien, supposition absurde, qu'il ne dit pas la vérité, avec l'intention spéciale d'induire ses lecteurs en erreur. Or, Kelsen écrit dans la Préface de la deuxième édition des *Hauptprobleme*: „So tritt schon in den „Hauptproblemen" der Gegensatz zwischen der reinen Rechtstheorie und der psychologisch-soziologischen Spekulation in Parallele zu dem allgemeinen Gegensatz zwischen Logismus und Psychologismus, so wie er in Husserls „Logischen Untersuchungen" klassisch dargestellt wurde. Diese Richtung wird dann in meinen späteren Schriften... fortgeführt". p. IX—X. Il est donc évident qu'au moins dans la pensée de Kelsen la doctrine husserlienne a influencé la sienne. Celui qui étudie les différentes influences doctrinales sur la théorie kelsénienne ne peut pas ne pas tenir compte des déclarations explicites de son auteur. On peut démontrer

Le résultat de ces recherches est négatif: nous sommes arrivés à la conclusion que les fondements philosophiques du système kelsénien manquent d'unité: l'idéalisme kantien et cohénien qui garde toujours au moins les ombres de l'objectivité ontologique (la forme de la connaissance est subjective, mais sa matière constitue un réel), est mêlé avec le pragmatisme de Mach qui absorbe la notion du vrai dans celle de l'utile.

Le chapître III forme le pivot central de notre travail. Ses trois premiers paragraphes établissent que pour Kelsen le droit positif n'est pas une simple accumulation de faits explicatifs, mais un système normatif, c'est à dire un ensemble de normes obligatoires. La norme fondamentale en est la base. C'est elle qui constitue en même temps la limite de la théorie pure du droit (*Ch. III §§ 1, 2, 3*).

Après avoir établi que la théorie de Kelsen prétend créer un devoir, nous faisons suivre la critique immanente du système. Ce qui saute aux yeux tout d'abord, c'est le manque de définition de la force obligatoire de la norme fondamentale. Cette force obligatoire reste sans fondement, elle constitue un postulat métajuridique et, dans l'hypothèse de la séparation de la réalité (Sein) et de la normativité (Sollen), un postulat tout à fait arbitraire. Dans la théorie de Kelsen ce postulat joue un rôle analogue à celui de l'impératif du système de Kant et en possède tous les défauts. La force obligatoire de la norme fondamentale n'existe que pour celui qui veut l'admettre. Nous rencontrons ici la première *petitio principii*: ce qui devrait être fondé (la force obligatoire de la norme fondamentale) sert de fondement de tout le système juridique (*Ch. III § 4*).

Notre critique devait ensuite descendre jusqu'aux principes philosophiques de la théorie, car les notions de la théorie

---

que Kelsen a mal compris et mal appliqué le husserlisme, et c'est ce que j'ai essayé de faire dans mon travail, néanmoins il faut respecter la bonne foi de notre auteur. Mais ni l'évidence des choses ni mes explications n'ont réussi à convaincre M. Gurvitch et mon article a été publié sans l'étude sur l'influence de Husserl.

pure du droit n'en sont que l'application. Conséquemment, nous avons essayé de démontrer que Kelsen commet constamment la faute suivante: du dualisme méthodologique qui est admissible dans certaines limites, il passe, sans s'en apercevoir, au dualisme ontologique. Autrement dit, il hypostasie des notions. Nous avons relevé ici une nouvelle *petitio principii:* le postulat de la séparation de la réalité et de la normativité qui devrait être démontré, sert de base pour argumenter que le droit appartient exclusivement au domaine de la normativité.

Le caractère entièrement arbitraire de l'imputation juridique, et, dans l'hypothèse de la séparation mentionnée, ce caractère est inévitable, en est la conséquence rigoureuse.

Les mêmes critiques qui ont été faites à l'égard de la séparation de la réalité et de la normativité doivent être répétées à l'égard de la séparation de la forme et du fond du juridique: encore une fois la distinction méthodologique est changée en séparation ontologique (*Ch. III § 5*).

Dans le paragraphe intitulé „La théorie de la norme fondamentale comme négation de la séparation de la réalité et de la normativité" nous avons confronté la partie juridique du système kelsénien et sa partie philosophique pour démontrer leur incompatibilité. Les besoins de la vie qui influent sur la science du droit plus encore que sur n'importe quelle autre science ont été plus impérieux que la logique abstraite des postulats aprioriques. Ces besoins ont forcé Kelsen d'introduire dans sa théorie du droit des conceptions qui n'étaient pas prévues par sa philosophie et qui ne peuvent pas s'accorder avec elle. Ainsi les indications relatives au choix de la norme fondamentale concrète sont absolument incompatibles avec le postulat de la séparation du *Sein* et du *Sollen:* elles en constituent tout simplement la négation. C'est le point le plus faible du système. Les contradictions internes et la transgression des limites assignées par la pureté méthodologique deviennent ici évidentes. A cause des difficultés que la théorie de la norme fondamentale, ce véritable talon d'Achille du système,

introduit dans la théorie pure du droit, certains auteurs (par ex. Moór, Pitamič) invitent Kelsen à l'abandonner (*Ch. III § 6*).

Les deux derniers paragraphes du chapître III ne font que tirer les conséquences logiques de l'état des choses établi précédemment. Nous y donnons la preuve que la théorie de la norme fondamentale contient une conception relative au fondement de la force obligatoire de la loi et que dans la pensée de Kelsen ce fondement, inavoué et même nié en paroles, mais exigé par la logique interne du système, n'est pas autre chose que la force matérielle (*§ 7*). C'est en effet l'aboutissement inévitable de tout positivisme qui veut rester logique. Le positivisme juridique n'est pas en état de fonder aucune obligation, il ne peut donner qu'un conseil d'opportunité: si vous ne voulez pas encourir les conséquences fâcheuses prévues par la loi, il vaut mieux se soumettre à ses prescriptions. Et c'est la seule „obligation" qui peut être fondée par la doctrine qui sépare le droit de la morale. La notion du droit positif ayant force obligatoire indépendamment de sa valeur morale constitue une *contradictio in adiecto* (*§ 8*).

La notion de force obligatoire du droit est une notion d'origine morale, qui garde son sens moral. Par conséquent, le problème de la force obligatoire du droit, qui originairement est un problème de la philosophie morale, ne peut pas être résolu sans faire recours à la morale. Après les tentatives de la séparation du droit et de la morale, les juristes gardent le terme en le privant de son sens moral et ils attribuent à la notion de force obligatoire du droit (rechtliche Geltung) un caractère purement formel. Mais l'analyse attentive de cette notion juridique montre qu'il s'agit tout simplement de la manière dont les normes sont créées par les organes et non pas de l'ancienne notion. Celle-ci a tenu compte du fond du droit, celle-là est purement formelle. On ne peut donc pas s'en servir pour résoudre le problème de la force obligatoire du droit. Ce problème ne peut pas être résolu par la science du droit seule et uniquement dans ces limites. Dans le domaine juridique on peut résoudre seulement la question de l'appartenance de la

norme donnée au système juridique et ici les critères purement formels seront suffisants. En effet, c'est le mode de la création du droit qui sera décisif. Mais il ne faut pas prendre la notion d'appartenance au système pour celle de force obligatoire. Le juriste qui ne veut pas quitter le terrain du droit positif ne devrait pas se servir de cette dernière notion, mais uniquement de la première.

Le dernier chapître est consacré au problème du droit naturel (*Ch. IV*). Pour séparer complètement le droit de la morale, Kelsen a affirmé que la force obligatoire du droit est indépendante du droit naturel. Cette indépendance, il la veut tout à fait radicale et définitive, en essayant de prouver que du point de vue scientifique il est impossible de reconnaître l'existence du droit naturel. En un mot, il veut scientifiquement anéantir le droit naturel. Nous suivons pas à pas ce procès d'annihilation et tâchons de démontrer qu'il est inefficace de quelque côté qu'on le considère: soit du point de vue formel soit du point de vue matériel (*§§ 2 et 3*).

A côté des contradictions internes, auxquelles la théorie de Kelsen ne nous a que trop habitués, nous avons trouvé une conception du droit naturel inexacte et erronnée. La critique et l'abandon du droit naturel effectués par Kelsen sur la base d'une conception erronnée ne sauraient évidemment être convaincantes. En démontrant les erreurs de la conception kelsénienne nous lui opposons la doctrine authentique du droit naturel dans l'interprétation de saint Thomas d'Aquin qui, de l'aveu de Kelsen lui-même, est un de ses plus grands représentants. La critique immanente se rencontre ici avec la critique transcendante. En rappelant la juste remarque de Schopenhauer que la notion de l'obligation absolue (unbedingtes Sollen) constitue une contradiction dans les termes, nous avons commencé par établir le caractère téléologique de toute obligation. Mais dire que l'obligation est conditionnée par la fin ne garantit pas encore son objectivité, puisque la finalité elle-même peut être subjective. Pour démontrer qu'il y a des obligations objectives, il a fallu étudier les rapports de la normativité (Sollen) et de la réalité (Sein). Il en

est ressorti que l'objectivité de l'obligation peut être fondée sur la réalité potentielle. L'ancienne distinction aristotélicienne de l'acte et de la puissance (actus, potentia) est la clef qui permet de comprendre le lien qui existe entre la réalité et la normativité et qui garantit en même temps l'objectivité de l'obligation. La réalité potentielle en question, c'est la structure biologique et psychique de l'homme. En donnant ainsi au bien (bonum) l'être pour base, nous sommes en état de résourde le problème du conte nu du droit naturel et de démontrer la possibilité du passage de l'indicatif à l'impératif.

Pour montrer l'inanité de l'objection de Kelsen d'après lequel le droit naturel n'est que l'ensemble des formules tautologiques dont le fond est toujours fourni par le droit positif de chaque époque nous avons constaté l'existence d'un fond objectivement permanent du droit naturel et nous avons défini, après Thomas d'Aquin, ce qui pour l'homme est le bien objectif, indépendamment de ses dispositions transitoires et de ses conceptions changeantes. La constatation de certains cas pathologiques ne peut en rien toucher à l'objectivité de ce bien.

Ensuite, en partant de cette réalité qui, tout en étant potentielle a un contenu détérminé, au moins en ses lignes principales, nous avons essayé de démontrer que la science peut établir des valeurs sans perdre son caractère objectif, c'est-à-dire son indépendance des conventions arbitraires, des goûts et des intérêts individuels ou collectifs. On peut scientifiquement établir les valeurs en découvrant les relations qui ont leur fondement dans la réalité.

Dans le dernier paragraphe qui traite des rapports du droit naturel et du droit positif nous avons indiqué ce qu'il peut y avoir de juste dans les affirmations de Kelsen concernant la soi-disante impossibilité logique d'admettre l'existence du droit naturel à côté du droit positif. D'après Kelsen il est impossible de reconnaître en même temps la force obligatoire de deux systèmes normatifs sans violer le principe de la non-contradiction qui dans le domaine normatif a la même valeur que dans le domaine explicatif. Kelsen n'est pas en état de prou-

ver qu'il y a une nécessité logique d'admettre ses affirmations. Il les appuie sur des postulats, sur une sorte d'hypothèses indémontrées, à fondement irrationnel. De telles conceptions ne peuvent pas toujours être refutées à l'aide d'arguments rationnels. Ainsi par ex. quand Kelsen se trouve devant l'alternative de choisir entre la force obligatoire du droit naturel et celle du droit positif et opte pour cette dernière, il suffit de constater que ce choix ressortit du domaine des croyanceset et de noter quec ette préférence n'a rien d'une nécessité logique. Il existe des raisons au moins aussi fortes pour admettre la force obligatoire du droit naturel et pour opter en cas de conflit entre ce dernier et le droit positif, pour la primauté du droit naturel.

En suivant l'ordre de la pensée kelsénienne nous avons montré que le rapport de la délégation (Delegationsverhältniss) entre le droit naturel et le droit positif n'entraine nullement le changement du droit naturel en droit positif. Enfin nous avons remarqué que discréditer la doctrine du droit naturel en la qualifiant de conservatrice est un procédé qui ne résiste pas à la critique la plus superficielle.

Kelsen parle constamment de la doctrine du droit naturel (die Naturrechtslehre). Il prétend donc de critiquer cette doctrine dans son ensemble, mais en réalité sa critique s'adresse surtout à l'école du droit de la nature du 17-me et du 18-me siècle. Il est facile de le constater en lisant *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* et *Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode* (surtout pp. 16-23). En luttant pour la doctrine du droit naturel contre le positivisme juridique nous ne voulons pas défendre cette école-là, qui avance, en effet, des thèses érronnées et qui a contribué de la sorte au discrédit de l'idée du droit naturel en général. D'autre part, les critiques de Kelsen non seulement n'atteignent pas l'ancienne doctrine classique du droit naturel dont les représentants sont: Aristote, les Stoïques, saint Thomas, mais en maints endroits elles ne touchent pas même la susdite école du 17-me et du 18-me siècle. Ainsi par ex., il est faux que la doctrine du droit naturel soit anarchique à un point de vue et conservatrice par ailleurs.

La présentation kelsénienne du problème du droit naturel n'est pas à la hauteur de l'état actuel des recherches scientifiques. Elle est en retard de quelques dizaines d'années. Son exposé aurait peut-être été goûté dans la deuxième moitié du 19-me siècle quand l'histoire des doctrines politiques se plaisait à raconter des légendes sur l'obscurantisme du moyen-âge et quand l'école déductive du 17-me et du 18-me siècle était la seule représentante de la doctrine du droit naturel. Les explications de Kelsen sont donc surannées, car elles ignorent les dernières „découvertes" de la science politique, et en même temps fausses, car elles sont contredites par les voix autorisées des représentants de la doctrine qu'elle prétend exposer. Dans l'état actuel de la science on devrait cesser de parler de la doctrine du droit naturel en général. Il faudrait en tout cas préciser davantage de quel droit il s'agit: de l'ancien droit classique ou bien de celui de Rousseau et de ses cousins doctrinaux. Car ce sont des choses à plus d'un égard bien différentes.

En somme, la théorie de Kelsen contient des erreurs, des pétitions de principe et, sous le couvert d'une présentation moderne, un retour aux vieilles théories, pour qui la force constitue le fondement de la force obligatoire du droit. Elle contient, en surplus, un peu d'ignorance.

Vraiment, le bilan est quelque peu surprenant, surtout que nous sommes en présence d'une théorie qui a exercé une influence considérable sur la science moderne du droit et dont le retentissement n'a pas encore complètement cessé. Évidemment une théorie de cette envergure ne contient pas uniquement des erreurs. Avant de conclure nous avons pris soin d'en relever loyalement les mérites et d'établir la part de vérité que doit contenir un systéme qui a pu susciter tant d'admirateurs dociles.

La conclusion la plus modérée qui s'impose après l'examen critique de cette partie de la théorie kelsénienne, c'est que la valeur scientifique de la doctrine du droit naturel est au moins égale à celle du positivisme juridique. La théorie de Kelsen peut, en effet, être regardée comme une excellente expression du positivisme juridique, la meilleure que nous connaissons jusqu'à

présent. C'est pourquoi nos analyses et nos critiques ont une portée générale: elles s'adressent non seulement au positivisme kelsénien, mais au positivisme juridique en général.

Le positivisme juridique suppose une philosophie. Il possède aussi une conception de la force obligatoire du droit et même de son fondement. Dans un positivisme logique, que ce soit le positivisme naïf de Bergbohm ou le positivisme critique de Kelsen, ce fondement sera toujours la force.

Or, puisque la critique immanente de la théorie de Kelsen a prouvé qu'elle s'appuie sur des postulats indémontrés et purement subjectifs, et que ses bases sont loin d'être aussi solides que celles de la doctrine du droit naturel, nous sommes en droit de conclure que le positivisme juridique en général possède une valeur scientifique bien inférieure à la doctrine du droit naturel.

TABLE DES MATIÈRES.

INTRODUCTION . . . . . 1—9

CHAPÎTRE I. KES TRAITS CARACTÉRISTIQUES DE LA THÉORIE KELSÉNIENNE . . . . . 10—38

§ 1. L'autonomie de la science juridique 10
§ 2. La division des sciences en normatives et explicatives . 14
§ 3. La pureté méthodologique 16
§ 4. Le formalisme 21
§ 5. L'abandon des constructions dualistes 26
§ 6. L'identité de l'État et du droit 29
§ 7. La théorie de la formation du droit par degrés . . 34
§ 8. Les deux hypothèses fondamentales de la science juridique . 37

CHAPÎTRE II. LES FONDEMENTS PHILOSOPHIQUES DE LA THÉORIE PURE DU DROIT . . . . . 39—89

§ 1. Les conceptions philosophiques de Kelsen . . . 39
A. La théorie de la connaissance . . . . 40—45
a. La connaissance comme acte créateur. Le relativisme 40
b. Les deux hypothèses critériologiques: l'hypothèse subjective et l'hypothèse objective . . . 42
c. Le dualisme critériologique: la séparation du domaine de l'être (Sein) de celui du devoir-être (Sollen) 43
B. La métaphysique . . . . . 45—52
a. La critique du dualisme métaphysique . . 47
b. La conception scientifique et critique du monde (Die wissenschaftlich-kritische Weltanschauung) . 49
C. La philosophie de l'histoire . . . . 52—54

§ 2. Les sources de la philosophie et de la théorie du droit de Kelsen 54
a. Les influences des juristes 54
b. L'influence de Kant 55

c. Les déviations de la doctrine kantienne. La polémique avec Sander 59
d. L'influence de Herman Cohen . . . 63
e. L'influence du fictionalisme de Hans Vaihinger . 67
f. L'influence d'Ernest Mach 70
g. L'influence d'Edmond Husserl . . . 71
h. L'influence de L. Feuerbach . . . 76
§ 3. Le problème de l'unité du système 76
a. Le rapport chronologique entre les conceptions philosophiques et juridiques de Kelsen . . 76
b. La diversité d'opinions concernant le problème de l'unité 77
c. La transgression des limites tracées par la norme fondamentale 81
d. La critique de la thèse de R. Treves . . 86

CHAPÎTRE III. LA FORCE OBLIGATOIRE DE LA LOI POSITIVE . . 90—165

§ 1. Le droit positif comme système normatif et dynamique . 90
§ 2. La théorie de la norme fondamentale (Grundnorm) . . 94
§ 3. L'imputation juridique (Zurechnung) 98
a. La notion et les genres de l'imputation juridique 98
b. Le caractère *acausal* de l'imputation . . 100
c. Son caractère *atéléologique* . . . 101
d. La conception politico-juridique de l'imputation . 104
§ 4. Le manque de fondement de la force obligatoire de la *Grundnorm* 107
§ 5. Le passage de la distinction méthodologique à la separation ontologique 114
§ 6. La négation de la séparation du *Sein* et du *Sollen* par la théorie de la norme fondamentale elle-même . . . 129
§ 7. Le véritable fondement de la force obligatoire de la loi chez Kelsen 140
§ 8. Le conseil d'opportunité à la place de l'obligation . . 146
§ 9. La distinction de la force obligatoire de la loi et de l'appartenance de la norme au système juridique . . . 153

CHAPÎTRE IV. LE PROBLÉME DE LA LOI NATURELLE . . 166—238

§ 1. Les remarques préliminaires 166
§ 2. Le remplacement de la loi naturelle par la loi positive du point de vue formel . . . . . 169—184
a. Le processus de l'individualisation . . . 169

b. La loi naturelle comme système normatif . . 173
c. Les erreurs de la conception kelsénienne sur la loi naturelle 170
d. Le processus de l'individualisation et le remplacement de la loi naturelle par la loi positive . 181

§ 3. Le remplacement de la loi naturelle par la loi positive du point de vue du contenu de la norme . . . . 185—210

A. Les conceptions de Kelsen 185
B. L'essai de la critique transcendante . . . 189
a. Le caractère téléologique de l'obligation . . 190
b. La connexion entre la normativité (Sollen) et la réalité (Sein). 198
c. Le contenu de la loi naturelle . . . 204
d. La possibilité scientifique d'établir des valeurs . 210

§ 4. Les rapports de la loi naturelle et de la loi positive . . 218—232

a. L'impossibilité logique d'admettre l'existence du droit naturel à côté du droit positif d'après Kelsen 218
b. La critique de cette conception: la nécessité logique de reconnaître la connexion entre le droit naturel et le droit positif 222
c. La méthode du type idéal (Methode des Idealtypus) 227
d. La critique de la thèse kelsénienne d'après laquelle la doctrine du droit naturel serait par essence conservatrice 232

CONCLUSION 239

BIBLIOGRAPHIE 259

INDEX ALPHABÉTIQUE DES AUTEURS CITÉS 273

TEGOŻ AUTORA:

La définition thomiste de la loi in Revue de Philosophie, mai—juin 1930, Paris. s. 231—250.

Le fondement objectif du droit d'après saint Thomas d'Aquin éd. P. Bossuet, Paris 1931. s. 207.

Le problème de l'unité des fondements de la theorie de droit de Kelsen, in Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique. Nos 1—2 1937. Paris. s. 166—190.

Państwo i rodzina. Referat wygłoszony w czasie Katolickiego studium o rodzinie. Odbitka z Pamiętnika Studium. Poznań 1936. s. 32.

Parę uwag do dyskusji nad reformą studiów prawniczych. in „Prąd" i odbitka, Lublin 1937. s. 13.

Siła i prawo. Z powodu książek R. Rybarskiego i H. Dembińskiego. in „Prąd" i odbitka, Lublin 1937. s. 20.

WYDAWNICTWA TOWARZYSTWA NAUKOWEGO KATOLICKIEGO UNIWERSYTETU LUBELSKIEGO

		Zł.
Tom 1.	*Dr Leon Białkowski*, Lubelska księga podkomorska piętnastego wieku. 1934, s. XI + 160	3.—
„ 2.	*Dr Henryk Życzyński*, Lalka Prusa. Studium syntetyczno-porównawcze. 1934, s. 41 (wyczerpane)	0.50
„ 3.	*Dr Cz. Strzeszewski*, Kryzys rolniczy na ziemiach Księstwa Warszawskiego i Królestwa Kongresowego. 1807—1830. 1934, s. X+242	4.—
„ 4.	*Ks. Dr Henryk Insadowski*, Rzymskie Prawo małżeńskie a chrześcijaństwo. 1935, s. 335	6.—
„ 5.	*Ks. Dr Józef Kruszyński*, Proroctwo Jeremiasza. Lamentacje. Księga Barucha. Przekład z oryginału. Komentarz. 1935, s. IX — 390	7.—
„ 6.	*M. St. Popławski*, Polityczna publicystyka w dobie Cezara i Augusta. 1935, s. 305	5.—
„ 7.	*Ks. Dr Piotr Kałwa*, Skutki adopcji cywilnej w kościelnym prawie małżeńskim. 1935, s. 188	4.—
„ 8.	*Ks. Dr Henryk Insadowski*, Prawo rzymskie u Horacego. 1935, s. 90	2.—
„ 9.	*Henryk Życzyński*, A. Mickiewicz. I. Młodość. 1936, s. 169.	4.—
„ 10.	*Dr W. Hahn*, Bibliografia Horacego 1936, s. 74	6.—
„ 11.	*Ks. Dr Józef Kruszyński*, Księga Psalmów. Przekład z oryginału hebrajskiego. Komentarz 1936, s. X+560.	10.—
„ 12.	*Ks. Dr Józef Pastuszka*, Filozofia Współczesna. T. II, s. 316 (wyczerp.)	8.—
„ 13.	*Witołd Rubczyński*, Etyka. Tom I, 1936, s. XI+212.	4.—
„ 14.	*Witołd Rubczyński*, Etyka. Tom II, 1936, s. VI+128	4.—
„ 15.	*Witołd Rubczyński*, Etyka. Tom III, 1936, s. VI+166	4.—
„ 16.	*Dr Henryk Dembiński*, Wojna jako narzędzie prawa i przewrotu. 1936, s. VIII+200	5.—
„ 17.	*Paweł Skwarczyński*, Z badań nad przywilejami budzińskim i koszyckim. 1936, s. IV+60	1.50
„ 18.	*Ignacy Czuma*, Ustrojowe podstawy skarbowości 1937, s. VIII+438	10.—
„ 19.	*Ks. Dr Stefan Grelewski*, Wyznania protestanckie i sekty religijne w Polsce współczesnej. 1937, s. VIII + 830	8.—
„ 20.	*Cz. Strzeszewski*, Handel zagraniczny Królestwa Kongresowego 1937, s. XII+160	6.—
„ 21.	*Jan Frankowski*, Zadłużenie gospodarstw rolnych woj. pomorskiego w latach 1932/36 w świetle ankiety. 1937, s. VIII + 156	
„ 22.	*Dr Witold Krzyżanowski*, Finansowanie wojny współczesnej 1938, s. VIII + 187	6.—
„ 23.	*Dr Wit Klonowiecki*, Strona w postępowaniu administracyjnym 1938, VIII+224	6.—
„ 24.	*Mieczysław St. Popławski*, Oktawian August 1938, s. 46	1.—
„ 25.	*Czesław Martyniak*, Moc obowiązująca prawa a teoria Kelsena 1938, s. VIII + 298	7.—
„ 26.	*Ks. Dr Józef Pastuszka*, Psychologia indywidualna 1938, s. 4 + 160	4.—

WYDAWNICTWA PRZEJĘTE.
BIBLIOTEKA UNIWERSYTETU LUBELSKIEGO

Z Wydziału Teologicznego.

		Zł.
Tom 1.	*O. J. Woroniecki*, Metoda i program nauczania teologii moralnej. 1922, s. 93 wyczerpane	1.—
„ 2.	*O. J. Woroniecki*, Katolickość Tomizmu. 1924, s. 99 .	1.—
„ 3.	*Ks. Dr J. Czuj*, Hierarchia kościelna u św. Augustyna. 1925, s. 128 i 4	1.—
„ 4.	*Ks. Dr J. Kruszyński*, Proroctwo Nahuma. 1926, s. 64	1.—
„ 5.	*Ks. Dr Józef Umiński*, Henryk Arcybiskup Gnieźnieński, zwany Kietliczem (1199 — 1219). 1926, s. XII + 288 .	3.—
„ 6.	*O. Czesław Lacrampe*, Wszechpośrednictwo N. Marii Panny 1929, s. 72	1.—

Z Wydziału Prawa Kanonicznego.

		Zł.
Tom 1.	*Ks. Dr J. Wiślicki*, Zwyczaj w prawie kanonicznym. 1924, s. 131	2.—
„ 2.	*Ks. Dr J. Wiślicki*, Konkordat. Studium prawne. 1926. s. 192 (wyczerpane)	4.—
„ 3.	*Ks. Dr Henryk Insadowski*, Ustrój prawny Kościoła katolickiego. 1926, s. 229	3.—
„ 4.	*Ks. Dr Henryk Insadowski*, Osoba prawna. Studium prawno-kanoniczne. 1927, s. 162	2.50
„ 5.	*P. Dr Gommarus Michiels O. M. Cap.* Normae generales iuris canonici... 1929, 2 tomy, s. XV + 521, s. XX + 541	40.—
„ 6.	*P. Dr Gommarus Michiels O. M. Cap.* Principia generalia de personis in Ecclesia... 1932, s. XVI + 578	20.—
„ 7.	*Ks. Dr tanisław Czajka*, Przedawnienie w prawie karnym kanonicznym. 1934, s. 193.	3.—
„ 8.	*P. Dr Gommarus Michiels O. M. Cap.* De delictis et poenis. T. I. De delictis. 1934, s. XVII + 358 . .	13.—

Z Wydziału Prawa i Nauk Społeczno-Ekonomicznych.

A. Sekcja prawna.

		Zł.
Tom 1.	*Dr Stefan Glaser*, Kara odwetowa a kara celowa. 1924, s. 54 (wyczerpane)	0.50
„ 2.	*Dr Józef Rafacz*, Nagana sędziego w dawnym procesie polskim. 1921, s. 160.	1.—
„ 3.	*Dr Roman Longchamps de Berier*, Wstęp do nauk prawa cywilnego. 1922, s. 320 wyczerpane . .	4.—
„ 4.	*Dr Józef Rafacz*, Ustrój wsi samorządnej małopolskiej w XVIII wieku. 1922, s. 384	3.—
„ 5.	*Dr Stefan Glaser*, O mocy obowiązującej ustawy karnej pod względem czasu. 1921, s. 46 . . .	0.50

		Zł.
Tom 6.	*Dr Stefan Glaser*, Kompetencja sądów przysięgłych 1923, s. 100	1.—
„ 7.	*Dr Przemysław Dąbkowski*, Charakterystyka prawa prywatnego polskiego. 1923, s. 77 . . .	1.—
„ 8.	*Dr Adam Berger*, Poczytalność zmniejszona. 1927, s. 261	1.—
„ 9.	*Prof. J. A. Pokrowskij*, Historia prawa rzymskiego Tłumaczył Ks. Dr H. Insadówski. Cz. I. Historia instytucji prawa publicznego. 1927, s. 300 . . .	4.—
	Cz. II. Historja prawa cywilnego. 1928, s. 294. . .	4.—
„ 10.	*Ks. Dr Henryk Insadowski*, Res sacrae w prawie rzymskim. Studium z sakralnego prawa rzymskiego. 1931, s.112.	2.—
„ 11.	*Dr Zdzisław Papierkowski*, Dowód poszlakowy w postępowaniu karnym. 1933, s. 149	3.—
„ 12.	*Dr Henryk Dembiński*, Autonomja celna w najnowszym rozwoju prawa narodów. 1933, s. 200 . . .	3.—
„ 13.	*Dr Wit. Klonowiecki*, Zakład publiczny w prawie polskim. 1933, s. 247	4.—
„ 14.	*Dr Ignacy Czuma*, Absolutyzm ustrojowy. 1934 s. XI+253	3.—

B. Sekcja Nauk Społeczno-Ekonomicznych.

Tom 1.	*Jan St. Lewiński*, Twórcy Ekonomji politycznej. 1921, s. 160.	1.50
„ 2.	*Dr Ignacy Czuma*, Równowaga budżetu na tle prawa budżetowego różnych państw. 1924, s. 52 . .	2.—
„ 3.	*Ks. Dr Antoni Szymański*, Polityka społeczna. 1925, s. 448.	5.—
„ 4.	*Leon Waściszakowski*, Statystyka. Teoria metody statystycznej. 1930, s. 216 (wyczerpane) . . .	10.—
„ 5.	*Dr Witold Krzyżanowski*, Polityka ekonomiczna faszyzmu 1933, s. X+349	5.—

Z Wydziału Nauk Humanistycznych.

Tom 1.	*Dr Adam Krokiewicz*, T. Lucretii Cari De rerum natura Liber tertius. 1921, s. 81	0.50
„ 2.	*Stanisław Ptaszycki*, Encyklopedia nauk pomocniczych historii i literatury polskiej. Cz. I. 1922, s. 283 . .	1.—
„ 3.	*Dr Henryk Gaertner*, Pseudo-Orzechowskiego Ziemianin. Tekst z r. 1565 objaśnienia językowe i historyczne, słownik. 1922, s. XXVI+79 . . .	1.—
„ 4.	*Mieczysław Popławski*, Bellum Romanum. Sakralność wojny i prawa rzymskiego. 1923, s. VIII+397 wyczerp.	
„ 5.	*Mieczysław Popławski*, Literackie walory Pamiętników Cezara. 1923, s. 69	1.—

Z Instytutu Pedagogicznego.

Tom 1.	*Dr Zygmunt Kukulski*, Główne momenty myśli i badań pedagogicznych. 1923, s. 134	1.50
„ 2.	*Dr Zygmunt Kukulski*, Pestalozzi w Polsce. 1930 s. L.+248	2.—

KATOLICKI UNIWERSYTET LUBELSKI

ROZPRAWY DOKTORSKIE, MAGISTERSKIE I SEMINARYJNE

WYDAWNICTWO TOWARZYSTWA NAUKOWEGO K. U. L.

I. Wydział Teologiczny

		Zł.
1.	AEMILIUS WEBER, *De fratribus Domini necnon de identitate Iacobi fratris Domini cum Apostolo Iacobo Alphaei.* 1935 s. XVI+94.	2.—
2.	KS. ZDZISŁAW GOLIŃSKI, *Cnota czystości według św. Tomasza z Akwinu z uwzględnieniem współczesnej pedagogiki płciowej.* 1935 s. VIII+180.	3.50
3.	KS. WACŁAW STANISZEWSKI, *Kościół jako mistyczne ciało Chrystusa według św. Augustyna.* 1936. s. VI+148	3.50
4.	KS. MARCIN WOJCIECHOWSKI, *Nieomylność Kościoła Chrystusowego według A. Chomiakowa i jego zwolenników.* 1938, s. X+187.	4.—

II. Wydział Prawa Kanonicznego

1.	KS. JAN ZUBKA, *Tytuł kanoniczny do święceń dla duchowieństwa świeckiego, w szczególności tytuł służby diecezji.* 1935, s. X+188.	4.—
2.	KS. PIOTR BOBER, *Pojęcie tajnej przeszkody małżeńskiej w prawie kanonicznym.* 1935, s. XII+284.	7.—
3.	KS. ALFONS MYRCHA, *Dowód ze świadków w procesie kanonicznym.* 1936, s. VIII+164.	3.50
4.	KS. PAWEŁ PALKA, *Uzupełnienie jurysdykcji w prawie kanonicznym.* 1936, s. X+172.	3.50
5.	KS. LEON PAWLINA, *Dymisorie w rozwoju historycznym.* 1936, s. XII+148.	3.50
6.	KS. FRANCISZEK OLSZEWSKI, *Głoszenie zapowiedzi małżeńskich w prawie kanonicznym.* 1936, s. 136+X.	3 —
7.	KS. TEODOR BENSCH, *Wpływ chorób umysłowych na ważność umowy małżeńskiej.* 1936. s. 311+X.	3.50
8.	PETRUS KURCZYŃSKI, *De natura et observantia poenarum latae sententiae.* 1938, s. XII+170.	5.—

III. Wydział Prawa i Nauk Społeczno-Ekonomicznych

1.	JÓZEF MAZURKIEWICZ, *Zagadnienie pracy w konstytucjach powojennych.* 1926, s. 42 (wyczerpane).	0.50
2.	STANISŁAW SZCZĘCH, *Erazm Majewski jako ekonomista.* 1936, s. VI+228.	5.—
3.	ZOFIA LASSOTÓWNA, *Opodatkowanie rodziny w Polsce.* 1937, s. 61.	2.—
4.	WIKTOR PAWŁOWSKI, *Powiat włodzimierski, monografia statystyczno-gospodarcza.* 1937, s. 8+50.	3.—

IV. Wydział Nauk Humanistycznych

1.	ZOFIA ROŚCISZEWSKA, *Lewartów (Lubartów) w latach 1543 — 1643.* 1932, s. 56 (wyczerpane).	0.50
2.	JÓZEFA-WANDA PRZYSŁAWSKA, *Przyjaźń w etyce Arystotelesa.* 1935, s. XII+60.	1.50
3.	IRENA BUTKIEWICZÓWNA, *Powieści i nowele żydowskie Elizy Orzeszkowej.* 1937, s. 54+4.	4.—
4.	JAN FELIKS SZUREK, *Podstawy nauczania arytmetyki i geometrii w szkole powszechnej.* 1937, s. XII+216	5.—
5.	JERZY SADOWNIK, *Przyjęcia do prawa miejskiego w Lublinie w XVII wieku.* 1937, s. IV+72	2.—