

DR. ANDRZEJ MYCIELSKI
DOCENT U. S. B.

PROBLEM KLASYFIKACJI NORM PRAWNO-PAŃSTWOWYCH

WILNO
1935

*z prośbą o taskę w wydruku
od Autora*

ANDRZEJ MYCIELSKI

Problem klasyfikacji norm prawno- państwowych

I

Problem klasyfikacji norm prawno-państwowych, oto tytuł mej rozprawy i nazwa mej pracy. Zdaję sobie w pełni sprawę, pragnę to odrazu na wstępie zaznaczyć, że tytuł to naogół mało mówiący, oschły i bezbarwny i dlatego zasługujący w zupełności na miano mało zachęcającego. Jedną zaletę posiada — to prawda — jest zwięzły, treściwy, nawet lapidarny, nie jest zbyt rozwlekłym, składa się z możliwie małej liczby słów. Ale czy chcąc mu zapewnić dodatnie właściwości, o których mowa, nie poszedłem mimowoli zbyt daleko? Czy zwięzłość nie okupiłem przypadkiem zbytnią ogólnikowością?

Kwestja, którą się w naszej pracy zajmować będziemy, jest niewątpliwie zagadnienie klasyfikacji norm prawnych, ale klasyfikacji tylko, jak zaraz to zresztą zobaczyć będziemy w stanie, pewnego specyficznego rodzaju i ściśle określonego gatunku. Pragniemy zastanowić się nad istotą prawnej wyższości, prawnego górowania jednej normy nad drugą. Chcemy zastanowić się nad istniejącymi możliwościami najbardziej odpowiedniego i najbardziej właściwego ich zhierarchizowania, nad sposobami najściślejszego ustalenia panującego między nimi stosunku, względnie relacji hierarchicznego podziału i gradacji.

337909 -

337909



1180063945

PAd

Może mógłbym się spotkać z zarzutem, że zamiast użycia słowa klasyfikacja trzeba go było zastąpić innymi bardziej sprecyzowanymi i jaśniejszymi określeniami jak „gradacja hierarchiczna“, względnie „struktura hierarchiczna“. Interesujący nas problem byłby w tym wypadku problemem gradacji hierarchicznej względnie struktury hierarchicznej norm prawno-państwowych. Ale jeszcze sprawa tak postawiona i tytuł tak sformułowany nie zawierałby w sobie wszystkiego i grzeszyłby jeszcze pod względem swej osnowy materialnej zbyt małą precyzją. Zaraz postaram się to wykazać.

Każde naukowe zagadnienie prawnicze, trzeba to podkreślić z całym naciskiem, może być traktowane nie w jeden tylko, ale w dwojaki sposób, względnie badane z dwóch różnych i to diametralnie różnych i odmiennych punktów widzenia i płaszczyzn myślowych. Punktu widzenia teoretycznego, względnie punktu widzenia dogmatycznego. Prawnik podchodzący do interesującego go problemu naukowego powinien przede wszystkim jasno wiedzieć, powinien o ile możliwości zdawać sobie sprawę całkiem wyraźnie, czy podchodzi do niego w charakterze teoretyka, czy też przeciwnie dogmatyka prawa. Pomieszanie stanowiska teoretycznego z dogmatycznym i odwrotnie, zdarzające się w literaturze prawniczej niestety aż nadto często, wprowadza w nią nieraz istny chaos pełen wewnętrznych kolizyj i zaprzeczeń z którego raz się weń dostawszy, wydostać się bywa często niemożliwością. Jest rzeczą chyba całkowicie jasną, i nie mogącą ulegać najmniejszej wątpliwości, że dla kogoś, który tak jak ja w tej chwili pisać chce o temacie specjalnie szerokim i rozległym, moment ten, moment metodologicznej czystości, mimo całej szkicowości zamierzonego wykładu, posiada całkiem specjalną wagę i doniosłość.

Obowiązkiem moim wobec czytelnika jest od razu jasno postawić kwestję i możliwie jaknajwyraźniej sobie uzmysłowić a jego bezwzględnie zawiadomić o tem, czy szkicując obraz piramidy, względnie drabiny norm prawnych, zamierzam nadać mu zabarwienie teoretyczne czy też przeciwnie dogmatyczne.

Otóż mówię z góry, będę się starał w niniejszej pracy być nie teoretykiem, ale jedynie i wyłącznie dogmatykiem prawa. Mówię to z góry na samym początku mej rozprawy. Może zresztą to nie wystarcza, może trzeba było i to w tytule zaznaczyć, formując go szerzej i wyraziściej niż to uczyniłem.

Ale wróćmy do rzeczy i postarajmy się uderzyć odrazu w jej sedno i właściwy punkt centralny, ażeby przez jakieś niepotrzebne a niekonieczne zresztą niedomówienie nie narazić się na możliwość jakichś nieporozumień. Otóż pierwsza kwestja. — Powiedzieliśmy już, że pragnąc badać problem hierarchji norm prawnych, pragniemy go badać na pewnej oznaczonej platformie, a mianowicie na płaszczyźnie jedynie i wyłącznie dogmatycznej. Nie chcielibyśmy być fałszywie zrozumiani i posądzeni pomimo-woli o pewne obce nam zgoła tendencje. Dalecy jesteśmy nader od jakiegoś, jakoby celowego lekceważenia i deprecjonowania strony teoretycznej zagadnień. Przeciwnie, rozumiemy aż nadto dobrze, że ma ona niewątpliwie, zwłaszcza w odniesieniu do interesującego nas tematu walor bardzo duży. Zdajemy sobie w pełni sprawę, że rozwiązanie problemu zupełnie wyczerpujące i zadawalniające musiałoby się (siłą samej konieczności) składać z dwóch części a więc z jednej strony dogmatycznej, ale równocześnie zarazem i teoretycznej. Wiemy doskonale, że aby być zupełnem, rozwiązanie to musi mieć nie jedno, ale dwa oblicza i że traktowane jednostronnie jest zawsze niekompletnem. Cóż kiedy niemożliwem jest zamknąć w tym zwięzłym szkicu monograficznym tak w całym tego słowa znaczeniu potężnej całości, uporać się w ciągu krótkiej rozprawy z tak bardzo poważnym i rozległym kompleksem pytań i zagadnień. Nie mamy, nie możemy mieć tej pretensji i dlatego jedynie ograniczymy się do samej tylko ściśle dogmatyki.

Ale teraz zaraz druga kwestja wymagająca może pewnego wyjaśnienia dodatkowego z mej strony, względnie paru uwag uzupełniających. Mówiąc o stosowaniu metody dogmatycznej a nie chcąc tym wyrażeniem wprowadzić kogoś ewentualnie w błąd, czujemy się zmuszeni określić nieco bliżej co przez taką metodę rozumiemy i pojmujemy. Czem w odróżnieniu od teorii jest dla nas dogmatyka prawa?

Z góry musimy zaznaczyć i podkreślić, że w ustosunkowaniu się teoretyka, względnie dogmatyka do rzeczy najbardziej istotnych i zasadniczych a przede wszystkim do samego ze wszystkich najważniejszego pojęcia prawdy, leży fundamentalna i zasadnicza rzecz można różnica. Teoretyk w budowaniu swych pojęć i myślowych konstrukcyj idzie często linią największego

oporu, schodzi i schodzić musi do samego dna zagadnień, nieograniczając się nigdy do ich powierzchni. Chodzi mu o zdobycie wielkiej niewiadomej, wielkiego dłaczego, chodzi mu o wydarcie z ciemnego labiryntu tajemnic pewnych prawd, prawd niezawsze może absolutnych, często z konieczności relatywnych, ale z istoty samego założenia obiektywnych. Ścisła prawda obiektywna oto ideał często niedościgniony teoretyka. Dogmatyk — ten nie ma tak wysokich dążeń, porywów i aspiracji. Jego myślenie, to myślenie praktyka zawodowca. Jego metoda, to metoda nawskroś praktyczna, użyteczna i życiowa. Gwiazda prawdy samej w sobie, do której teoretyk wyciąga chciwie swe dłonie, jemu nie przyświeca. Promień jej nie nęci go. Jemu chodzi o coś innego, coś odmiennego, chodzi mu o wykrycie pewnych wiadomości, które na pewnym określonym odcinku wiedzy fachowej mogą mieć dla niego jakąś użyteczność, które w pracy przy warsztacie mogą mu dać jakąś korzyść, a więc których zdobycie jest dla niego celowem. Prawda obiektywna bezwzględna nie ma dla niego tej wartości, co uzyskanie pewnej ilości wyników praktycznych w celu ich zużytkowania.

Nie trzeba jednak sądzić, aby dyscyplina, o której mówimy, mimo że w aspiracjach swych skromna a w dążeniach ograniczona, nie miała być przez to samo dyscypliną naukową. Takie twierdzenie byłoby podług nas nie tylko niczem nieusprawiedliwione, ale z istoty swej wielce błędne. Naukową jest naszym zdaniem i to w całej rozciągłości każda metoda celów swoich świadoma i konsekwentnie do raz sobie wytkniętych dążąca, każda metoda, w której jest istotna stałość raz obranej linii i drogi, metoda, która zamiast być splotem wewnętrznych kontrastów i żywą negacją własnych założeń, jest rzeczywiście wierną samej sobie. Zresztą w niewątpliwym błędzie byłby ten, któryby chciał z góry twierdzić, że wszelka prawda praktyczna dlatego tylko, że jest praktyczną, musi być już przez to samo zawsze naukowo bezwartościowa. Prawdy praktyczne nie są tem samem, co prawdy obiektywne, ale daleko im do tego, aby miały być konieczne z reguły fałszami. Przeciwnie na terenie dogmatyki w szczególności zaś na terenie obchodzącej nas dogmatyki prawa, istotna użyteczność jakiejś nowej koncepcji czy konstrukcji myślowej stoi w ścisłym związku z jej możliwie jaknajwiększem

zbliżeniem do źródeł prawdziwości istotnej. Zdobycze naukowe dokonane w ciasnym z natury rzeczy obrębie dogmatyki nie mają wprowadzić w siebie najczęściej nic z absolutu, muszą się najczęściej nieustannie zmieniać i przeobrażać, muszą się w szybkim nieraz tempie dostosowywać do stale zmieniających się potrzeb życia praktycznego, obiektywnej prawdy, powiedzmy to sobie z góry otwarcie, nie oddają nigdy niemal całkowicie wiernie i stuprocentowo, niemniej jednak, aby móc odgrywać właściwą im rolę, muszą zawierać w swem łonie możliwie jaknajwiększy prawdy tej procent i dopiero gdy go zawierają zasługują na miano zdobyczy praktycznych.

Ale po tych kilku uwagach natury ogólniejszej, dotyczących samych podstaw myślenia praktyczno-dogmatycznego, w odróżnieniu od myślenia teoretycznego, postarajmy się przejść na teren właściwszy, na teren związany bardziej z tematem. Powiedzieliśmy przed chwilą, że obchodzący nas tu problem klasyfikacji norm czyli hierarchicznego ich podziału na normy wyższego i niższego rzędu chcemy traktować i ujmować wyłącznie z dogmatycznego, względnie praktycznego punktu widzenia i stanowiska, i że badać go chcemy jedynie pod tym kątem.

Wobec dziwnie dusznego i wybitnie nieraz smutnego stanu w jakim znajduje się niewątpliwie chwilowo dziedzina dogmatyczna nauki prawa, musimy przygotować się odrazu na pewne pytania, narzucające się niejako same przez się. Czyż praktyczno-prawne, względnie dogmatyczne nastawienie naukowe związane jest naprawdę nieodłącznie z najdalej idącym zaciemnieniem a zarazem zacieśnieniem otwierających się przed nami widnokręgów i horyzontów ideowych, czyż zmusza ono naprawdę myśl naszą tak jak to niektórzy twierdzą do wiecznego kołatania się w orbicie ciasnej i ciemnej uliczki, czyż uprawnia nas ono jedynie tylko do badań fragmentarycznych, częścikowych i niekompletnych, z których tak niezmiernie małe najczęściej zwykliśmy wynosić zdobycze i korzyści. Może dogmatyzm w prawie musi być naprawdę zawsze tylko synonimem jakiegoś rozpaczliwego w swej ograniczoności partykularyzmu. Może właściwym mu terenem może być jedynie tylko drobna częśćka i mały wycinek otaczających nas rzeczywistości. Jest inaczej. Zadania, jakie winien sobie stawiać dogmatyk prawa, i to zwłaszcza przy traktowaniu

przez niego problemów ogólniejszych, muszą mieć z natury rzeczy podług nas charakter o wiele szerszy.

W żmudnym i trudnym nieraz bardzo wysiłku winien on o ile możliwości iść śmiało naprzód, przedzierając się i torując sobie drogę poprzez chwasty zakorzenionych i krępujących go nawyków i przyzwyczajęń. Powinien on umieć wznieść się nad zwykłą utartą frazeologię, odrzucić raz na zawsze tak bardzo go obciążający balast przyzwyczajęń językowych i nazw pozornych, o których, mówiąc nawiasem, z tak wielką dozą słuszności a zarazem ciętej ironji wspomina nam wielki nasz Petrażycki w swym znakomitem „Wstępie do nauki prawa i moralności“¹⁾. A przede wszystkim co jest ze wszystkiego chyba najważniejszym, powinien umieć wzlecieć ponad własne duszne podwórko i starać się objąć wzrokiem szerszą płaszczyznę

Nie ma chyba problemu pod słońcem, któryby się stał przyczyną tak daleko idących niekonsekwencji i pomyłek naukowych, co właśnie interesujący nas problem i zagadnienie klasyfikacji i hierarchji norm prawnych. Wśród istnego jakby morza najróżnorodniejszych tomów literatury prawniczej kwestji tej poświęconych roi się dosłownie od błędów, przeróżnych usterek i illogizmów, najcięższego nieraz kalibru. Dlatego to choćby pobieżne spojrzenie na różne sposoby rozwiązania tego właśnie problemu dadzą nam najlepsze potwierdzenie słuszności naszych uwag krytycznych oraz zarzutów, wypowiedzianych pod adresem stosowanych w nauce prawa metod pseudodogmatycznych. Nie chcemy iść zbyt daleko, ale mamy wrażenie, że nie przesadzamy, twierdząc, że właśnie w związku z częstem potrącaniem o ten problem nicość źle pojętej metody praktyczno-prawnej pokazała się każdemu z niewidzianą dotąd wyrazistością i jasnością tak że jej niedostrzec w tym wypadku mógł chyba tylko ślepy lub co na jedno wychodzi z góry uprzedzony. Dogmatyk prawa powracający jakoby z ślepym uporem do fascynującej go zagadki, której tak nastawiony jak jest nie jest w stanie rozwiązać, rzucający się na nią z jakąś dziwną a nieprowadzącą do niczego wytrzymałością, stanowi dla nas obraz pouczający ale obraz bynajmniej nie wesoły.

¹⁾ *Wstęp do nauki prawa i moralności*, str. 54.

W dalszym ciągu mówić będziemy szerzej i rozprawiać się będziemy po kolei z całym szeregiem różnych koncepcyj i zapatrywań, koncepcyj często bardzo różnorodnych, powstałych w związku z zajmującym nas tematem. Narazie wystarczyć nam musi ogólna charakteryzacja i szkicowe uwypuklenie tego, czem koncepcje te najwięcej grzeszą i co wydaje się nam w nich najbardziej defektowne i wadliwe.

Pierwszym najczęściej spotykanym błędem dogmatyków prawa podchodzących do naszego problemu to w pierwszym rzędzie to, że podchodzą oni do niego najczęściej w pewnych nastrojach, które biorąc ściśle z myśleniem prawniczym nic albo prawie nic wspólnego nie mają. Nastroje takie mają swój zgubny podkład psychiczny, mają swoje szkodliwe podścielisko najczęściej w jakichś zapatrywaniach politycznych, które w ten sposób dają znać o sobie. Nowe budowle i konstrukcje myślowe zrodzone w niezdrowej atmosferze takich nastrojów mają zawsze wygląd mniej lub więcej tendencyjny, który rzeczywistą i obiektywną ich wartość naukową znacznie obniża. Wielką jest naprawdę zasługa szkoły wiedeńskiej z Kelsenem, Verdrossem i Merklelem na czele, że zawsze z tak wielkim naciskiem zwraca uwagę na niebezpieczeństwo płynące z zanieczyszczania pewnych dziedzin nauki prawa momentami i szczegółami natury politycznej. Nie ma naukowo gorszego procederu jak ten, który z niektórych dziedzin wiedzy prawniczej czyni istną niewolnicę na usługach wiecznie zmieniających się w przestrzeni i czasie wymogów i potrzeb polityki bieżącej, i który każe jej dostosowywać każdorazowo swój wygląd zewnętrzny do tychże potrzeb. Jest rzeczą całkiem jasną, nie potrzeba chyba nawet tego specjalnie podkreślać, że przy tem lub innem klasyfikowaniu norm prawnych, że przy tem lub innem budowaniu ich hierarchji pokusa praktykowania wspomnianego procederu jest może większą niż w innych wypadkach. Nie trzeba się też zbyt dziwić, że ulegają jej często najwięksi nawet myśliciele, dawniejsi i współcześni, których opinie o poziomie pewnych przepisów prawnych są niejednokrotnie jedynie odbiciem pewnych fluktuacji i konjunktur politycznych. Zachodzi wtedy nieraz przerażające swą sztucznością a najzupełniej naukowo nieusprawiedliwione wywyższanie pewnych norm ponad inne, ich sztuczne jakby śrubowanie, względnie

czasem ich naukowo dostatecznie niewytłumaczalne obniżanie. Druga niemniej od pierwszej niebezpieczna i w skutkach nie lepsza tendencja, charakteryzująca niejednokrotnie sposób w jaki traktuje się nasz problem, to wspomniana już przed chwilą tendencja do pewnej jakgdyby zaściankowości i partykularyzmu naukowego.

Autorowie francuscy naprzykład mimo całej i właściwej im świetności i niejednokrotnie genialności ulegają nader często wspomnianej tendencji, objawiającej się u nich w dążeniu do zamykania pewnych z natury rzeczy szerszych rzeczywistości w ciasnych granicach samej Francji. Jeżeli kwestja, o którą chodzi jest tak jak interesująca nas w tej chwili kwestja charakteru ogólnego, jeżeli tak jak w tej chwili chodzi o klasyfikację norm wogóle a nie o klasyfikację norm jednego kraju czy państwa, trzeba koniecznie, nie ulegając sugestjom lokalnym i wpływom pewnego określonego milieu i środowiska, umieć okiem objąć szerszą płaszczyznę. Jeżeli naprzykład mówimy o pojęciu ustawy lub rozporządzenia w znaczeniu ogólnem, to nie możemy przy tem myśleć o specjalnem pojęciu ustawy francuskiej, względnie pojęciu rozporządzenia włoskiego, czeskiego lub polskiego. To czy nomenklatura w pewnym kraju jest taka lub inna, to czy normodawca jakiegoś konkretnego państwa takich czy innych używa nazw, tytułów i określeń, nie może w żadnym razie w danym wypadku nas krępować i wiązać.

Cóż nas to może obchodzić, np. że konstytucji jakiegoś mecarstwa chociażby też najpoważniejszego zechciało się nagle ochrzcić i skwalifikować mianem ustawy normę, która biorąc z ogólniejszego stanowiska w żadnym razie za ustawę poczytaną być nie może. Nie powinniśmy się oczywiście z tem liczyć i nie będziemy tego potrzebować czynić, o ile, nie ograniczając się wyłącznie do jednego tylko fragmentu rzeczywistości i to fragmentu najczęściej bardzo drobnego, ogarniemy myślą szersze kompleksy. Podstawową metodą naszą w tych wypadkach musi być bezwątpienia szeroko zrozumiana i pojęta metoda porównawcza, której używając racjonalnie, mamy zagwarantowane tem samem maksimum swobody. Obserwacja choćby ogółu norm jakiegoś pojedynczego kraju, chociażby też i najdokładniejsza nie może nam wystarczać. Trzeba koniecznie zestawić i porównać

te normy z przepisami innych państw i często przywołać na pomoc źródła najróżnorodniejsze, nie lękając się wzajemnej ich konfrontacji.

Ale obok niebezpieczeństw, na które już wskazaliśmy, a więc niebezpieczeństwa płynącego ze strony polityki bieżącej oraz ze strony tego co nazwaliśmy partykularyzmem naukowym, wypada spojrzeć jeszcze na jedno, o którym wyżej nieco już wspomnieliśmy, ale na które niemniej raz jeszcze uwagę czytelnika skierować chcemy.

Jest to niebezpieczeństwo, które nieuchronnie wiąże się z faktem podchodzenia do każdego zagadnienia w podwójnej roli, z faktem równoczesnego zbliżania się do niego w charakterze dogmatyka a zarazem teoretyka prawa. Brak zachowania ciągłości dyscypliny, musimy starać się o tem pamiętać, mści się zawsze z nieubłagana, nieodpartą konsekwencją, darząc nas stale całkiem często nieoczekiwaniami a zawsze smutnemi rezultatami. Nie można bezkarnie mieszać rzeczy, których identyfikować ze sobą nie wolno, rzeczy z istoty swej niewspółmiernych. Nie można równocześnie dążyć do celów zasadniczo rozbieżnych, z pomieszaniem stanowisk i płaszczyzn myślowych i zupełnem lekceważeniem pewnych odmienności, czasem najbardziej kardynalnych. Nie można wreszcie, szukając terminów zawodowych i praktycznych, chcieć nagle by były czemś jeszcze ponadto, czemś czem z istoty swej nie są i być nie mogą. Nie są one przecież, pamiętajmy o tem zawsze, nigdy odbiciem jakichś prawd wyższych, niezmiennych czy absolutnych, ale jedynie odzwierciedleniem prawdy praktycznej, co jak wiemy nie jest bynajmniej tem samem. Dogmatyk prawa, biorący sobie za cel rozwiązanie problemu klasyfikacji i hierarchji norm prawnych, musi, naszym zdaniem, wyjątkowo specjalnie o tych rzeczach pamiętać i nigdy o ile możliwości ich z oczu nie tracić. Ileż on razy już błędził przez nadawanie ściśle dogmatycznym terminom, nazwom, określeniom i wyrażeniom znaczenia, którego one nie tylko że nie mają, ale nawet z istoty swej nigdy mieć nie mogą. Ileż razy wpadł w kolizję z samym sobą, idąc niebezpieczną i zdradliwą drogą, z której nie było już dla niego powrotu. Używając takich np. ściśle fachowych określeń jak ustawa, konstytucja, rozporządzenie, dekret, wyrok i t. d., ileż razy zgrzeszył przesadą w zbyt niemiłym przecenianiu

i przesadzaniu ich obiektywnego znaczenia i wartości bezwzględnej. Tak zbyt teoretyzowanie jest w pracach dogmatycznych zawsze niebezpieczne. Tu okazywało się ono czemś więcej niż szkodliwym.

Skreśliliśmy w kilku zasadniczych rysach główne kontury tego, co w związku z traktowaniem naszego problemu musi być najbardziej brane pod uwagę i co zajmujący się nim musi wiedzieć ażeby uniknąć grożących mu niebezpieczeństw.

Z kolei przychodzi czas na omówienie kwestji bardziej szczegółowej a mianowicie koncepcyj, które w skróceniu można nazwać koncepcjami materialnymi.

II

Co określamy mianem koncepcyj materialnych? Określamy tem mianem koncepcje i teorie, które w odróżnieniu do teorii formalnych, przy decydowaniu o hierarchicznym stopniu normy prawnej zwracają szczególną uwagę nie na moment formy, ale na moment rzeczowej zawartości przepisu.

Według myślicieli, będących wyznawcami tych zapatrywań, nie wygląd zewnętrzny, ale treść normy rozstrzygać by miała o jej stanowisku.

Pierwszą taką koncepcją, którą się zajmujemy, jest stara i klasyczna już dziś, ale ciągle jeszcze w nauce prawa pokutująca teoria myślicieli niemieckich z końca ubiegłego stulecia. Stosownie do zapatrywań tych myślicieli, przepis prawny zasługuje na miano ustawy materialnej tylko o tyle, o ile ma zawartość obiektywno-prawną. Kiedy posiada on ów charakter? Posiada go wtedy, kiedy stanowiąc o prawach podmiotowych i subiektywnych obywateli wnosi do dotyczącego ich stanu prawnego jakąś zmianę. Przepis, który ze sobą takich zmian nie przynosi, chociażby nawet wydany w formie ustawodawczej, nie jest jeszcze przez to samo ustawą materialną, ale jedynie ustawą formalną. Gdzie jednak szukać tych przepisów dla obywateli prawnie obojętnych? Stosownie do tego, jak wyraża się o tem jeden z największych głosicieli omawianej teorii Laband, przepisy tego typu są do znalezienia, a to pomiędzy pewnymi rozporządzeniami, rozporządzeniami nawet treści ogólnej, które chrzci on mianem rozporządzeń admi-

nistracyjnych (Verwaltungs-verordnungen) w odróżnieniu od rozporządzeń prawnych (Rechts-verordnungen).

O tych rozporządzeniach mówi Laband, że nie są nigdy aktami ustawodawczymi w znaczeniu materialnym, ponieważ dotyczą one jedynie wnętrza aparatu administracyjnego i nie zawierają rozkazu, zwróconego pod adresem podanym dalej, ponieważ nie są wypowiedzią rzeczywistej normy i w żadnym wypadku zawarte w nich rozporządzenia nie odbijają się w niczym na sytuacji prawnej obywateli. Dla administracji publicznej, tworzącej pewną całość, rozporządzenie tego typu nie ma charakteru rozkazu bezwzględnego, wypływającego z łona władzy wyższej, ale jest manifestacją własnej woli, nie tworzy ona własnego prawa, ale porusza się jedynie w granicach istniejącego (Staatsrechtslehre II, str. 377). Jak widzimy ze zdań przytoczonych, rozporządzenie administracyjne jest dla Labanda tem samem mniej więcej, co przepis służbowy dla ogółu obywateli obojętny, a zwrócony do nielicznego tylko koła funkcjonariuszy.

Współczesny prawnik Labandowi Jerzy Jellinek hołduje mniej więcej tej samej opinii, mimo, że ją wyraża w innych nieco słowach.

Dzieli on również rozporządzenia na rozporządzenia prawne i administracyjne, z których tylko pierwsze, jako obdarzone potrzebną na to treścią, zasługują na miano ustaw materialnych. Co się tyczy kwestji samego wydawania rozporządzeń prawnych, to wydawanie to, zdaniem Jellinka, zależnem jest od tenoru ustaw konstytucyjnych.

Typem rozporządzeń prawnych najbardziej klasycznym są przede wszystkim t. zw. zarządzenia konieczne „Notverordnungen“, wydawane przez rząd w chwilach nagłej i niecierpiącej zwłoki potrzeby państwowej i regulujące materję normalnie normowaną przez ustawy formalne.

Dalej typem tym są rozporządzenia, wydawane w wypadkach, kiedy ustawa formalna upoważnia rząd do kształtowania według swej woli pewnych dziedzin prawa np. dziedziny prawa cywilnego, administracyjnego, karnego i t. d.

Co się tyczy rozporządzeń nie prawnych, lecz administracyjnych, to opinia Jellinka o nich nie całkiem się pokrywa z poprzednio zacytowaną opinią Labanda.

Jest on wprawdzie z Labandem zgodny pod tym względem, że przepisy te obracają się jedynie w sferze praw istniejących i nie przynoszą do nich żadnych zmian. Uwzględnia jednak możliwość istnienia przepisu, który, mimo swej natury administracyjnej, zwracać się może nie tylko do urzędników i funkcjonariuszy, ale również i do zwykłych obywateli.

Mimo tych drobnych różnic i odchyłeń całość koncepcji Jellinka to właściwie w innych słowach wyrażona trawestacja nauki Labanda. Dla obu uczonych ustawą materialną jest jedynie przepis, wprowadzający nowy element w istniejący stan prawny, czyli norma dotycząca praw subiektywnych. O ile przepis praw tych w niczem nie dotyczy, nie jest ustawą treścią, a może nią być wtedy jedynie formą.

Koncepcja Jellinek-Laband jest oczywiście już dziś koncepcją przestarzałą i jako taka poważniejszej krytyki nie wstrzymuje. Jej długotrwałe przed wojną sukcesy na terenie Niemiec cesarskich należy sobie tłumaczyć względami bardziej politycznej i oportunistycznej niż naukowej natury, stwarzając bowiem pojęcie ustawy administracyjnej „*Verwaltungs-gesetz*” i czyniąc z niej narzędzie walki z parlamentem, była ona w pewnych wypadkach szczególnie wygodną dla monarchy. Dzisiaj już cała ta koncepcja nawet politycznie zbankrutowana i bezużyteczna nadaje się jedynie, aby zająć miejsce w lamusie starych pamiątek oraz interesujących historycznie wspomnień.

Nawet stojąc na stanowisku rzeczywistego istnienia praw podmiotowych (w istnienie których, mówiąc nawiasem, bardzo wiele znawców prawa dziś powątpiewa), koncepcja Laband — Jellinek nie jest do utrzymania, stoi bowiem, rzec można, na glinianych nogach.

Czyż istnieje naprawdę uzasadniona podstawa do tego, aby dzielić rozporządzenia na prawne i pozaprawne, czyż można na serjo utrzymywać choćby z najmniejszym pozorem słuszności o istnieniu jakichś przepisów podmiotowo dla obywateli obojętnych.

Nie trudno się przekonać o tem, że nie. Niechaj nam za przykład posłuży choćby każde najprostsze zarządzenie policyjne, które mimo swego charakteru bezprzecnie administracyjnego, wkracza przecież nader często w sferę prawną jednostek i nieraz ją ogranicza. Gdyby jakaś ustawa formalna miała przypadkiem

treść tych zarządzeń, nikt z pewnością nie byłby próbował twierdzić, że nie jest ona ustawą w sensie materialnym.

Czynnik formalny wpływa tu na czynnik treści. Teoretyk wysiła się, aby usprawiedliwić politycznie fakt normowania przez rząd pewnych materij normalnie regulowanych z współudziałem parlamentu.

Ale pocóż mówić tu tylko o zarządzeniach pewnego rodzaju, zapominając o dyspozycjach innego jeszcze gatunku. Weźmy np. całą olbrzymią w swej różnorodności skalę rozporządzeń grających w życiu każdego państwa tak wielką rolę, rozporządzeń o charakterze organizacyjnym. Niemożliwością jest zgodzić się tu z przedstawicielami niemieckiej szkoły klasycznej, powtarzając z Labandem, że rozporządzenia tego typu związane są jedynie z aparatem administracyjnym, oraz z różnymi sposobami jego funkcjonowania, nie stoją zaś w żadnym, nawet pośrednim związku, z wyglądem sytuacji prawnej ogółu.

Cała rzeczywistość daje nam ustawicznie nieustanne dowody na to, że jest inaczej. Zapewne, głównym celem rozporządzeń, o których mowa, jest bezwątpienia w pierwszej linii cel wewnętrzno-organizacyjny, ale czyż można przez to twierdzić, że interesują one tylko urzędników, weźmy choćby dla przykładu takie przepisy wewnętrzno-szkolne i zapytajmy się, czy nie są one związane i to nawet czasem bardzo ściśle ze sferą różnych praw i obowiązków kształcącego się ogółu? Czyż nie mają wpływu na wolność obywatelską i to nieraz bezpośrednio takie przypuścmy przepisy wewnętrzno-wojskowe, związane z obowiązkiem służby, czasem jej trwania, jej poszczególnymi rodzajami i t. d. Albo wreszcie sam sposób funkcjonowania i organizacyjna wewnętrzna struktura, struktura czasem bardzo skomplikowana i złożona z urzędów skarbowych i podatkowych, — przecież nikt zaprzeczyć nie może, że wywiera ona chyba silny wpływ na uprawnienia i obowiązki, a co zatem idzie całość życia ogółu podatników. Albo naostatek jakikolwiek przepis któregośkolwiek zarządzenia budżetowego, mimo, że ściśle rachunkowy i z samych cyfr złożony, jest przecież często ważnym wydarzeniem w życiu nawet czysto prywatnym zainteresowanych niem prawnie jednostek.

Ten, któryby tych rzeczy dostrzec nie byłby w stanie, czynić by to musiał chyba rozmyślnie, o czym świadczy najlepiej chociażby

fakt, że nawet zwolennicy doktryn klasycznych pominąć ich całkowicie nie są w możności. Hauriou np. pisząc o koncepcjach klasyków niemieckich, nie jest zdania, aby rozporządzenie nie mogło być nigdy źródłem praw podmiotowych i żeby niem być mogła tylko ustawa. Jedyna różnica, którą można zauważyć, leży, jego zdaniem, jedynie w tem, że prawa podmiotowe, uświęcone ustawodawczo, będą mieć charakter praw bardziej nabytych, bardziej trwałych i definitywnych niż te, których ustanowienie znajduje swe źródło w rozporządzeniu. Hauriou wątpi najwyraźniej w bezwzględną prawdziwość pewnych doktryn, ale nie śmie się do tego przyznać. Jego pełne subtelnych wykrętów zwroty tchną nieszczerością, czuć w nich chęć zagłuszenia samego siebie, chęć zabicia własnych, kiełkujących już wątpliwości. Bo chyba trudno przypuścić, aby wielki znawca prawa mógł naprawdę szczerze wierzyć w istotną i pojęciową odmiennność, istniejącą między prawami bardziej lub mniej nabytymi, aby mógł on wierzyć w rzecz tak dziwaczną, jak w rzeczywiste istnienie praw bardziej lub mniej definitywnych, bardziej lub mniej trwałych.

Jak słusznie zaznacza Duguit (*Traité*, t. II, str. 97) niema na świecie rzeczy bardziej lub mniej definitywnych. Słowo bowiem „definitywny” mieści w sobie zawsze superlatyw, jest określeniem zawsze superlatywu. Hauriou, budując swą konstrukcję, ma na oku prawdopodobnie coś innego, myśli przypuszczalnie o tem, że ustawa jest od rozporządzenia do usunięcia trudniejszą, a na skutek tego także i prawa na niej oparte są od tamtych trwalszemi. Ale takie rozumowanie, rozumowanie, w którym główną rolę grają zwykle momenty proceduralne, jest już rozumowaniem formalisty. O większej lub mniejszej definitywności jakiegoś uprawnienia decyduje nie fakt natury rzeczowej, ustanawiającej te normy, ale jedynie fakt czy procedura związana z normy tej usuwaniem jest trudniejszą i dłuższą, względnie krótszą i łatwiejszą.

Zacytowana przez nas koncepcja francuskiego naśladowcy doktryn klasycznych nie zasługiwałaby właściwie na to, aby się nią dłużej zajmować i poddawać specjalnej analizie. Jeżeliśmy ją zacytowali, to z całą pewnością nie dla niej samej (od podobnych do niej konstrukcji roi się przecież w nauce prawa), ale jedynie dlatego, ponieważ z pewnych względów jest charakterystyczną i symptomatyczną. Stanowi ona najlepszą ilustrację zupełnej

bezpłodności i beznadziejności pewnych wysiłków, stanowi najlepszy dowód na to, że przy obecnym stanie nauki prawa czas by już było nareszcie dać im raz spokój. Nawet dla kogoś, dla którego pojęcie praw podmiotowych ma zawsze jeszcze ten sam walor i charakter niewzruszalnego dogmatu, nie może rzecz ta ulegać najmniejszej wątpliwości.

Klasyczna doktryna Laband — Jellinek, zawierająca pewne próby, chociażby częściowo, rozwiązania problemu hierarchji norm, nie potrafiła go rozwiązać nawet w najmniejszej części, t. j. nawet nie na odcinku, o który jej specjalnie chodziło, odcinku dotyczącym ustaw i rozporządzeń.

Ale zostawmy już teren niemieckiej spekulacji klasycznej i rzućmy okiem jeszcze na drugą koncepcję innego nieco typu. Jest to koncepcja również materjalna, czyli widząca w treści normy czynnik o stanowisku jej decydujący, ale pojmująca ów czynnik nieco odmiennie.

Według tej teorii mianowicie nie stosunek do praw podmiotowych jednostek, ale sama „ważność“ i „znaczenie“ przepisu decyduje o jego stopniu hierarchicznym i zajmowanym przez niego szczeblu prawnym.

Zapatrywanie to nie mniej od tamtej koncepcji rozprzestrzenione, a historycznie zresztą o wiele od niej starsze, ma z nią to wspólne, że i ono w praktycznych swych rezultatach prowadzi do rozwiązań częściowych, a nie całkowitych. Tak jak oczy teoretyków niemieckich, zapatrzone w jeden tylko odcinek hierarchji norm, nie mogą wyjść poza zasięg ustaw i rozporządzeń, tak znowu wzrok wyznawców tamtej koncepcji widzi także tylko jeden jej fragment. Fragment ten, to fragment szczytowy obchodzącej nas hierarchji i piramidy, to fragment, że się tak wyrazimy, jej konstytucyjnego wierzchołka. Wzajemny stosunek ustaw do rozporządzeń zaprzęta nader rzadko umysł, zapatrzony w moment ważności rzeczowej przepisu. O wiele więcej zajmuje ich z reguły inna kwestja, mianowicie kwestja stosunku ustaw zwykłych do zasadniczych.

Sądzą oni, że podkreślana przez nich cecha ważności i jakoby fundamentalności pewnych ustaw stanowi upoważnienie do zbudowania z nich specjalnej klasy i kategorii. Klasy, z natury rzeczy, górującej ponad szarą przeciętnością wszelkich innych przepisów

1 możnaby powiedzieć jakgdyby wybranej. Interesujący ich ponad wszystkie kwestje problem konstytucyjności podstaw ustrojowych, konstytucyjności materialnej w odróżnieniu do formalnej, jest, ich zdaniem, do rozwiązania, ale jedynie i wyłącznie na wskazanej platformie.

Nie jesteśmy niestety w stanie zamknąć w ramach naszej pracy tego wszystkiego, co byśmy w nich pomieścić chcieli i pragnęli. Nie mamy na to możliwości. Przedewszystkiem, o ileby chodziło o wyczerpujące omówienie podstaw historycznych wskazanej koncepcji, to nie byłoby ono wykonalnem, zaprowadziłoby nas bowiem zbyt daleko, zmusiłoby do zbyt wielkiego odejścia od właściwego tematu. Wspomnieliśmy przed chwilą, że zapatrywania, o które chodzi, są starszemi historycznie od poprzednio traktowanych. Powiedzieliśmy jeszcze za mało. Doktryna omawiana jest śmiało rzec można jedną ze starszych koncepcyj prawniczych naszego kontynentu, jest koncepcją, której początku szukać trzeba w zamierzchłej czasem przeszłości.

Rozpowszechnił się w nauce nie wiadomo dlaczego utarty pogląd, jakoby powstanie pojęcia konstytucyjności materialnej było zasługą Amerykanów. Jest to pogląd niewątpliwie, nie można bardziej błędny i powierzchowny. Amerykanie nie są tu twórcami, ale jedynie naśladowcami wzorów o wiele dawniejszych. Umieli oni tylko wykorzystać i z właściwą swej rasie praktycznością zastosować to, co już wcześniej daleko istniało. Pierwsze amerykańskie konstytucje stanowe przynoszą ze sobą jedynie tę nowość, że mającą im być właściwą fundamentalność okazują światu w sposób jaskrawszy i bardziej wyrazisty.

Ale czyż głosiciel, choćby najbardziej głośny, jest koniecznie zaraz wynalazcą tego co głosi? O tem, że nie, uczy nas w danym wypadku nie można lepiej historia czasów średniowiecznych, czasów, w których koncepcja praw zasadniczych odgrywa już bardzo często znaczną nawet rolę. Zwyczajowy zwykle charakter przepisów zwanych wówczas ustawami fundamentalnemi nie uprawnia nas do tego w żadnym wypadku, aby je wolno było pomijać milczeniem, oraz niedoceniać wcale ich znaczenia.

Ale, jak powiedziałem już, nie mamy możliwości, aby zatrzymać się dłużej nad temi kwestjami, dziś jedynie już tylko historycznemi. Zmuszeni jesteśmy przenieść nasz wzrok gdziein-

dziej na teren otaczających nas współczesności. Zmuszeni jesteśmy postawić sobie pytanie, jak zajmujące nas zapatrywania wyglądają w dniu dzisiejszym. Koncepcja materialnej konstytucyjności ustaw skombinowana odpowiednio z pojęciem ich konstytucyjności formalnej, zajmuje ciągle jeszcze w nauce prawa dość sporo miejsca. Idą za nią różne konstrukcje pochodne i dodatkowe, wypływające z niej logicznie. Najważniejszą z nich, to specjalnego podkreślenia godna, konstrukcja konstytucji sztywnej względnie giętkiej. Z konstytucją sztywną mamy rzekomo do czynienia wówczas, kiedy materialna fundamentalność jakichś przepisów podstawowych łączy się z formalnie utrudnioną ich zmienialnością, względnie powstawaniem. Z konstytucją giętką spotykamy się wtedy, kiedy tak jak np. w Anglii przepisy rzeczowo najważniejsze, a więc materialnie konstytucyjne, nie doznają specjalnej opieki formalnej, czyli mogą powstawać i być zmieniane w ten sam sposób co normy niższego rzędu, normy materialnie nie konstytucyjne.

Jeżeli jednak, tak jak wiemy, słowo konstytucyjność oznaczać ma to samo, co ważność lub zasadniczość, to przypatrzmy się jeszcze, jak koncepcja tej ważności wygląda na terenie współczesnej nam wiedzy i literatury prawniczej. Dla jednych autorów normy zasługują na miano fundamentalnych wtedy, kiedy, regulując istotne podstawy ustrojowe społeczno-polityczne organizmu państwowego, przybierają charakter organizacyjno-statutowy. Dla innych autorów fundamentalność przepisów płynie z jakości maksym przez nie głoszonych, maksym, dla jakichś powodów specjalnie cenionych i pozornie jakby niezmiennych i nienaruszalnych. Są wreszcie autorowie, stojący na stanowisku pośrednim. Do tych ostatnich zaliczyć można zacytowanego już w związku z inną kwestją Hauriou, który, definiując pojęcie konstytucji materialnej, pisze o niej między innymi w ten sposób „Konstytucja jest to ogół norm podstawowych dla istnienia pewnego zbiorowiska państwowego, ponieważ stojących w związku z jego życiem i sprawowanymi nad nim rządami“, „...stojących w związku 1) z zasadniczymi formami organizacji społecznej, t. j. z porządkiem wolnościowym, opartym na swobodach indywidualnych, 2) z organizacją polityczną i funkcjonowaniem rządów“. Na innym miejscu, pisząc o konstytucji, mówi tak: „to statut trwały, który w rządzeniu i codziennym życiu politycznym znajduje stałe swe

zastosowanie, to dyspozycje statutowej natury, które regulują rządy z punktu widzenia kwestji istnienia państwa" („Ensemble des règles relatives au gouvernement et à la vie de la communauté étatique envisagées du point de vue de l'existence fondamentale de celle-ci... 1) à l'organisation sociale essentielle, c'est-à-dire à l'ordre individualiste et aux libertés individuelles; 2) à l'organisation politique et au fonctionnement du gouvernement". „Statut permanent dont le gouvernement quotidien et la vie politique quotidienne ne seraient que des applications, des dispositions statutaires qui règlent le gouvernement du point de vue de l'existence de de l'Etat...") (*Précis de droit const.*, str. 268),

Nie chcąc zajmować niepotrzebnie miejsca na dłuższe i według naszego zdania zupełnie zbędne w tym wypadku występy przygotowawcze, postaramy się od razu dać jasny wyraz naszej myśli. Tak skonstruowana koncepcja materialnej zasadniczości specjalnej ważności czy fundamentalności pewnych norm jest koncepcją zanadto chwiejną i mglistą, aby przynajmniej w tym stroju, w jakim ją tu widzimy, zasługiwać na miano koncepcji wartościowej. Po pierwsze istotne związanie wyjątkowej ważności przepisu z faktem głoszenia przez ten przepis takich lub innych maksym nie jest, naszym zdaniem, czemś możliwem. Czemże są owe niezmiennie jakby zasady? Czyż w praktyce życia nie są one najczęściej postulatami o wartości czysto względnej i relatywnej? Czyż nie są one najczęściej prostemi hasłami i to zwykle (o ironjo!) politycznej natury.

Ale nie trzeba sądzić, aby oparcie fundamentalności przepisu na jego naturze ustrojowo i organizacyjno podstawowej było również czemś naukowo osiągalnem. Pojęcie podstaw organizacyjnych jakiegoś ustroju jest pojęciem także zanadto relatywnem i nieokreślonym, aby móc na niem cokolwiek trwalszego budować.

Wystarczyć nam tu może jeden dowód. Jeżeli np. mówiąc o rządzie i jego organizacji, twierdzimy, że przepis organizację tę normujący nosi w sobie znamiona istotnej zasadniczości ustrojowej, to, twierdząc tak, zapominamy o rzeczy najważniejszej, którą jest w tym wypadku ujęcie ścisłe pojęcia samego rządu, ujęcie zresztą nie do przeprowadzenia. Gdzie się ściśle biorąc kończy, gdzie zaczyna rząd? Co nas właściwie uprawnia do tego, aby przez organizację rządu pojmować ten lub inny wygląd jakiejś określonej

liczby urzędów i to tylko specjalnie urzędów najwyższych. Nie, jeszcze raz powtarzamy, ścisłe ujęcie pojęcia podstaw ustrojowych jest czemś całkowicie nieosiągalnym i wznoszenie na tem pojęciu jakiegokolwiek konstrukcji naukowej jest rzeczą skazaną zgóry na niepowodzenie.

Sądzymy, że zbytby było jeszcze dodawanie czegośkolwiek. Próba zhierarchizowania norm podług obiektywnej ich ważności bez ścisłego dostatecznie a uprzedniego zdefiniowania samego pojęcia ważności wypada oczywiście negatywnie.

Rezultat negatywny tej próby skłania nas do omówienia trzeciej z kolei koncepcji, która narówni z dwiema poprzednio cytowanymi może być nazwana koncepcją materialną. Podobnie jak one szuka ona interesującego nas rozwiązania na platformie nie formy, ale treści przepisu, na płaszczyźnie jego zawartości rzeczowej. W odróżnieniu jednak od nich i odmiennie niż one szuka tego rozwiązania nie w momentach poprzednio wskazanych, ale w innem znamieniu normy, znamieniu jej ogólności.

Norma podług tych zapatrywań uzyskuje tylko o tyle stopień ustawy materialnej, o ile ma charakter ogólny, o ile właściwą jej cechą jest stanowienie „generaliter“.

Przypatrzmy się bliżej nieco, co dla zwolenników wspomnianej koncepcji oznacza słowo „generaliter“, co przez słowo to rozumieją i jak go definiują.

„Kiedy mówię, że przedmiot ustawy jest zawsze ogólny“, pisze już Rousseau w swym „Contrat social“, „mam na myśli to, że ustawa widzi tylko pewne klasy podmiotów i abstrakcje pewnych czynności, nigdy zaś człowieka indywidualnego i konkretną jakąś czynność“. To co nakazuje nawet suweren w szczegółowej jakiejś kwestji nie jest ustawą, ale jedynie dekretem, nie jest aktem magistratury. („Quand je dis que l'objet de la loi est toujours général, j'entends que la loi considère le sujet en corps et les actions comme abstraites et jamais un homme comme individu ni une action particulière“. — „Ce qu'ordonne même le souverain sur un objet particulier n'est pas non plus une loi, mais un décret, ni un acte de souveraineté, mais un acte de magistrature“) (*Livre 2, chap. VI*).

Myśl Eismeina mimo że zbliżona biegnie nieco innym torem. „Ustawa“ pisze on, „to przepis nakazujący lub zakazujący, usta-

nowiony przez suwerena nie w interesie szczególnym, lecz ogólnym, nie względem jednostki odosobnionej, ale względem wszystkich na przyszłość i na zawsze. („Une règle impérative ou prohibitive posée par le souverain, qui statue non dans l'intérêt particulier, mais dans l'intérêt commun, non à l'égard d'un individu isolé, mais à l'égard de tous pour l'avenir et à toujours“) (*Droit const.*, t. I, str. 22).

Cytowany już przezemnie poprzednio Hauriou, przeszedłszy pewną ewolucję, bliskim jest również w późniejszych swych koncepcjach zapatrywać Rousseau'a.

„Ustawa jest to norma ogólna“, pisze on, „napisana w następstwie pewnej operacji, której procedura leży w wezwaniu reprezentantów narodu, a uznająca za obowiązkowe stosunki społeczne, wypływające z natury rzeczy i stanowiąca ich interpretacje z punktu widzenia pojęcia wolności. („La loi est une règle générale, écrite à la suite d'une opération à procédure faisant intervenir des représentants de la nation, qui déclare obligatoires des rapports sociaux découlant de la nature des choses en les interprétant du point de vue de la liberté“) (*Droit administratif*, str. 56, 10 édit.).

Ale, cytując autorów idących we wskazanym kierunku, nie wolno nam nietylko pominąć milczeniem, ale nie postawić na pierwszym miejscu Leona Duguit, który, mówiąc o zajmującej nas kwestji, poświęca jej w swem dziele długie stronicy.

„Ustawa materjalna“, pisze on, „jest dyspozycją natury ogólnej, co oznacza, że przepis w ustawie zawarty nie znika po jego zastosowaniu w pewnym określonym i przewidzianym zgóry wypadku, ale istnieje dalej po tem zastosowaniu i aż do jego uchylenia ma być zastosowanym we wszystkich wypadkach identycznych z tym, który przewiduje. Dyspozycja natury szczegółowej jest ustanowiona w przeciwieństwie do tego z myślą o pewnym określonym wypadku, zastosowana w tym wypadku znika, ponieważ cel specjalny i konkretny, dla którego została ustanowiona, jest zrealizowany. Przepis ustawy z natury ogólny trwa dłużej, niż jego zastosowanie w jednym lub kilku wypadkach natury konkretnej. To, że jest on charakteru ogólnego, oznacza równocześnie, że ma charakter abstrakcyjny, czyli nie zwrócony pod adresem specjalnych osób, czy gatunków.

Różnice, istniejące między przepisem indywidualnym i konkretnym z jednej, a przepisem ogólnym i abstrakcyjnym z drugiej strony, dadzą się zilustrować na dwóch bardzo prostych przykładach. Otóż wtedy, kiedy Państwo decyduje, że pewnemu specjalnie zasłużonemu dla Ojczyzny obywatelowi przyznana będzie nagroda, mamy do czynienia z przepisem indywidualnym i konkretnym w związku z pewnym określonym wypadkiem i osobą, z przepisem, który znika, wyczerpując się niejako po jego zastosowaniu, ponieważ cel, do którego zmierzał, znalazł już swą realizację. Jeżeli przeciwnie państwo postanawia, że wszelki człowiek, który popełni pewien czyn, będzie tak a tak karany to ustanawia tem samem regułę ogólną i abstrakcyjną. Ustanawiając taki przepis Państwo nie myśli o pewnej oznaczonej osobie, która w danej chwili znajduje się w określonej sytuacji konkretnej, ale myśli o interesie społecznym samym w sobie wziętym abstrakcyjnie. Przepis taki zastosowany poraz pierwszy pozostanie w swej sile nienaruszony i dopóki nie zostanie uchylony może znaleźć zawsze swe zastosowanie we wszystkich wypadkach, w których zajdzie fakt, odpowiadający przewidzianym warunkom. Przepis natury ogólnej i abstrakcyjnej jest ustawą w sensie materialnym, dyspozycja charakteru indywidualnego i konkretnego nie jest ustawą w sensie materialnym, jest ona ustawą w sensie formalnym, jeżeli stworzoną jest przez organ ustawodawczy. Z punktu widzenia materialnego będzie ona stosownie do okoliczności albo aktem administracyjnym, albo aktem sądowym. („La loi matérielle est une disposition par voie générale. Cela veut dire que la loi contient une disposition qui ne disparaît pas après son application à un cas prévu et déterminé d'avance, mais qui survit à cette application et qui s'appliquera, tant qu'elle ne sera pas abrogée, à tous les cas identiques à celui qu'elle prévoit. Elle est alors générale même si en fait elle ne s'applique qu'une fois. La disposition par voie individuelle au contraire est établie en vue d'une espèce déterminée; appliquée à cette espèce, elle disparaît parce que le but spécial, concret qu'on avait en l'établissant est réalisé. La disposition de la loi étant générale survit à son application à une ou plusieurs espèces déterminées. De ce qu'elle est générale il résulte qu'elle est aussi abstraite: ce qui veut dire qu'elle est portée sans considération d'espèce ou de personne. Deux exemples très simples

feront comprendre les différences entre une disposition individuelle et concrète d'une part et une disposition générale et abstraite d'autre part. L'état décide qu'une récompense sera donnée à tel citoyen qui a rendu des services éminents à la patrie: disposition individuelle et concrète qui vise un cas et une personne déterminés et qui disparaît, comme épuisée, quand elle a été appliquée, parce que le but poursuivi est réalisé. Au contraire l'état décide que toute personne qui a commis tel fait sera punie de telle peine: disposition par voie générale et abstraite. — Eu établissant cette règle, l'Etat n'a pas eu en vue telle ou telle personne se trouvant à un moment donné dans une situation concrète déterminée, mais l'intérêt social, pris en soi et d'une manière abstraite; cette disposition, ayant été appliquée une première fois, restera intacte dans sa force et s'appliquera tant qu'elle ne sera pas abrogée toutes les fois que se produira un fait réunissant les conditions qu'elle prévoit. La disposition par voie générale et abstraite est une loi au sens matériel. La disposition par voie individuelle et concrète n'est pas une loi au sens matériel; elle est une loi au sens formel si elle émane de l'organe législatif. Au point de vue matériel, elle sera, suivant les circonstances, un acte administratif ou un acte juridictionnel" (*Traité*, T. II, str. 145–146).

Jeżeli przypatrzymy się nieco uważniej zacytowanym przez nas definicjom pojęcia ogólności, to nie możemy nie widzieć, że są one do siebie bardzo podobne, wyrażając w różnych słowach mniej więcej te same myśli. Najmniej zbliżoną do innych jest jeszcze stanowczo definicja Esmeina, dla którego przepisem ogólnym jest norma, ustanowiona nietylko „dla wszystkich“, ale również „na zawsze“. — Co oznaczają w tym wypadku słowa „na zawsze“. Oznaczają one nie co innego, jak konieczną nieokreśloność obowiązywania jakiejś normy w czasie. Esmein w swem pojmowaniu pojęcia ogólności idzie bezwątpienia dalej od innych. Przepis mimo, że nie zwrócony do specjalnych osób czy wypadków, ale do pewnych ich rodzajów i gatunków, nie traci jeszcze w oczach Esmeina charakteru przepisu specjalnego, którym przestaje być dla niego wtedy dopiero, kiedy wydanym jest na pewien, nieoznaczony bliżej okres czasu. Norma jakaś mimo że pod innemi względami natury abstrakcyjnej jest ciągle jeszcze normą szczegółową, kiedy skrepowana jest pod względem czasu swego trwania pewnym ustano-

wionym zgóry terminem. Sam Esmein, komentując na innym miejscu swego dzieła swą własną definicję mówi tak: — „zapewne we wszystkich krajach spotykamy się z ustawami, ustanowionymi na pewien określony czasokres. Są to ustawy najczęściej tylko formalne, które materialnie są aktami administracyjnymi, wydanymi przez władzę, sprawującą funkcję ustawodawczą. Jeżeli jednak ustawa, jak z normalnego pojęcia wynika, przedstawia się jako norma ogólna i sprawiedliwa, nie możnaby było dobrze zrozumieć tych, którzy wydając ją chcieliby ograniczyć jej panowanie do pewnego tylko określonego czasu... („Sans doute, on trouve par tous pays des lois, qui ne sont edictées que pour un temps préfixe, que le plus souvent ce sont des lois seulement dans la forme et qu'au fond ce sont des actes d'administration accomplis par l'autorité qui exerce le pouvoir législatif, que dans la conception normale, la loi se présentant comme une règle de droit générale et juste, on ne voit pas bien comment ceux qui la font songeraient à en restreindre l'empire à un temps déterminé“. *Droit const.* str. 15, 1909). Czy definicja Esmeina, tak, jak ją tu widzimy, ma chociażby najsłabsze w sobie walory, czy ma ona jakąś, chociażby najmniejszą wartość naukową. To, że wartości tej nie posiada, widzą nawet ci, którzy, jak zacytowany przed chwilą Duguit, są pod względem swych zapatrywań zasadniczo do niej zbliżeni.

„Myślę“, mówi Duguit, „że decyzja natury ogólnej pozostaje decyzją natury ogólnej, a co za tem idzie ustawą materialną, mimo, że ustanowioną na pewien zgóry określony okres czasu pod warunkiem oczywiście, aby to jej skrepowanie w czasie nie miało za cel rzeczywisty ograniczenie jej zastosowania do jednego jakiego wypadku lub określonej osoby, w którym to wypadku dyspozycja, o której mowa, nie miałaby z pewnością charakteru ogólnego. („Je crois qu'une décision par voie générale reste une décision par voie générale et, par conséquent, une loi matérielle bien que portée pour une période de temps déterminée d'avance, à la condition, bien entendu, que cette limitation de temps n'ait pas pour but véritable de restreindre l'application de la loi à une espèce unique ou à une personne déterminée, auquel cas la disposition n'aurait certainement pas le caractère de généralité“. *Traité*, T. II, 154 — 155).

Komentując w dalszych swych wywodach figurujące w koncepcji Esmeina pojęcie sprawiedliwości, podkreśla Duguit i to nie bez znacznej dozy słuszności, że pojęcie to bywa przecież bardzo nieraz różnie interpretowane. Esmein, chcąc dopatrywać się w ustawie przepisu z reguły sprawiedliwego, zapomina według niego o tem, że same zapatrywania na temat tego, co jest sprawiedliwym, zmieniają się w czasie, jak wszelkie rzeczy ziemskie. Właśnie fakt, że ustawa jako sprawiedliwa ma być dostosowana, o ile możliwości najlepiej i najdokładniej do potrzeb społecznych, wymaga zdaniem Duguit'a tego, aby ustawodawca roztropny, przewidując mogącą zajść możliwość zmian i przeobrażeń, ograniczał sam stosowalność swej ustawy do pewnego oznaczonego okresu czasu. Ustawy podatkowe przedstawiają zdaniem Duguit'a typ może najbardziej charakterystyczny ustaw materialnych czasowo ograniczonych. Ustawy te, mimo, że uchwalane we Francji, np. na okres tylko jednego roku, nie są jeszcze przez to samo i to w żadnym wypadku normami szczegółowymi. Przepis, ustanawiający jakiś podatek roczny, zasługuje w całej pełni na miano przepisu ogólnego, zasługuje zaś na to miano dlatego, ponieważ, mimo że w czasie ograniczony, jest normą z natury swej abstrakcyjną, czyli nie odnoszącą się do specjalnych osób lub wypadków.

Drugą zdaniem Duguit'a nie mniej również typową kategorią ustaw materialnych czasowo ograniczonych jest kategoria t. zw. ustaw wojennych. Czasowa ograniczoność tych ustaw jest zupełnie logiczną konsekwencją ich charakteru całkiem wyjątkowego, związanego w całej swej podstawie jedynie i wyłącznie z okresem trwania wojny. Ten charakter jednak przemijający nie umniejsza w niczem ich ogólności i abstrakcyjności, która zdaniem Duguita bije tak w oczy, że byłby ją widzieć musiał także sam Esmein, gdyby mu było danem dożyć wielkiej wojny. Jest wątpliwem czy w razie gdyby był się z niemi zetknął byłby mógł pozostać nadal przy pierwotnej swej definicji, nie wprowadzając do niej żadnych dodatkowych poprawek. Zatrzymaliśmy się nieco dłużej nad wywodami Leona Duguita, ponieważ — z góry to pragniemy zaznaczyć — podzielamy w całej podstawie ich negatywno-polemiczną stronę. Pod tym względem nie mamy im dosłownie nic do ujęcia ani do dodania, nie mamy im całkowicie nic do zarzucenia.

Pojęcie przepisu ustawionego na zawsze i na skutek tego ogólnego stworzone i sformułowane przez Esmeina jest dla nas pojęciem w całej swej rozciągłości mylnem i wadliwym i zasługującym z powodu tego na krytykę najdalej idącą. Wielką jest doprawdy zasługą Duguita, że przed krytyką tą się nie cofnął i że całą już dziś przestarzałą koncepcję usunął ostatecznie z nauki prawa. Jego najzupełniej logicznym argumentom, wypowiedzianym w związku z tą kwestią można, jeszcze raz powtarzamy, jedynie przyklasnąć.

Nie chcielibyśmy jednak być fałszywie zrozumieni i posądzeni o pewne obce nam tendencje. To, że uwagom krytycznym Duguita przyznać musimy słuszność i rację, nie oznacza jeszcze bynajmniej tego, abyśmy mieli koniecznie podzielać również tychże wywodów stronę pozytywną. Kwestja rzeczywistej prawdziwości i obiektywnej wartości teoretycznych twierdzeń Duguita, walor konkluzji i wyników, do których sam dochodzi, to rzecz oczywiście najzupełniej inna, która musi być traktowana całkowicie odrębnie.

Czy Rousseau, Duguit i in. podobni nie mylą się też sami przypadkowo? Czy przyjęte przez nich kryterjum pojęcia ogólności jest naprawdę naukowo czemś trwalszem i mocniejszym?

Aby się móc o tem przekonać i sformułować swój własny sąd tej kwestji, trzeba starać się być całkiem bezstronnym i o ile możliwości nie uprzedzonym. Takiej oceny z naszej strony, oceny obiektywnej i sprawiedliwej zarazem wymagają nietylko interesujące nas konkluzje same w sobie, ale również i zarzuty konkluzjom tym stawiane.

Najbardziej częste spotykanym najbanalniejszym takim zarzutem skierowanym pod adresem teorii Rousseau-Duguit jest obiekcja treści następującej.

O ile twierdzimy, że cechą specyficzną charakteru ustawodawczego jakiegoś przepisu jest fakt nieodnoszenia się jego do specjalnych jakichś osób czy wypadków, to twierdząc tak, wpadamy w kolizję z otaczającą nas wokół rzeczywistością. Przykłady z życia wzięte uczą nas nieraz, że nietylko zwykłe ustawy ale często także ustawy zasadniczo odnoszą się do pewnych konkretnych osób i to ze specjalnem wyszczególnieniem nawet ich nazwisk, jak to czyni na przykład chociażby konstytucyjna ustawa francuska z 20 listopada 1873 r. powierzająca władze wykonawcze marszałkowi Mac-Mahon.

Zarzut taki skonstruowany jak tu mimo że wygląda na pierwszy rzut oka może i przekonywująco, poważniejszej krytyki nie wytrzymuje. Ma on swoje istotne źródło w pewnej niezbyt szczęśliwej dyspozycji mentalnej, w której moment różnych myślowych przyzwyczajęń gra bezsprzecznie rolę dominującą. Jest niewątpliwym tworem pewnej szkodliwej zresztą naukowo tendencji, której głównym grzechem jest apriorystyczny jakby bezkrytycyzm a zarazem powierzchowność. To że idąc wygodną drogą raz przyjętych a zarazem uświęconych tradycją zwyczajów językowych nazywamy rzeczy tak lub inaczej, to że tem lub innem chrzcimy je mianem, niewystarcza jeszcze na to, aby na tej jednej tylko ściśle językowej podstawie móc twierdzić cokolwiek.

Fakt, że n. p. niektóre ustawy zwykliśmy zaliczać do konstytucyjnych inne zaś do zwykłych, nie jest jeszcze bynajmniej dowodem na to, aby dlatego tylko, że tak je nazywamy, miały one koniecznie zaraz niemi być. Któż nam zaręczyć może i jest w stanie, że zacytowana przez nas ustawa francuska z 1873 r. jest naprawdę charakteru zasadniczego. Czy może nam wystarczać to, że za taką sama się podaje? Czyż może nam wystarczyć to, że ją za taką zwykle uważano? Nie przypuszczam. Ktoś, kto coś zarzuca na podstawie jakichś danych, musi przedtem koniecznie stwierdzić same dane. Ktoś, kto w swej negacji wychodzi z jakichś założeń, musi te założenia zadokumentować. Mówiąc innemi słowy, o ile zindywidualizowany charakter pewnych przepisów konstytucyjnych ma być rzeczywiście dostatecznym znamieniem myłności jakichś koncepcyj, to przede wszystkim sama konstytucyjność danych przepisów musi być koniecznie naukowo udowodnioną. Zarzut, który jak zarzut w chwili omawiany nie jest poparty żadnym takim dowodem, jest (jeszcze raz powtarzamy) zarzutem tylko gołosłownej natury.

Ale przejdźmy z kolei do innej kwestji i przypatrzmy się jeszcze drugiej obiekcji zwróconej przeciw koncepcji Rousseau-Duguit.

Obiekcja ta równie jak pierwsza rozpowszechniona zasługuje choćby przez to samo na to, aby jej trochę czasu poświęcić i nieco o niej pomówić. Wygląda ona w tych lub innych słowach mniej więcej tak. O ile mówimy, że przepis pewnych tylko osób czy wypadków dotyczący jest przepisem nie ogólnym ale szczegóło-

wym, to mówiąc tak mylimy się. Przepis zindywidualizowany ma naturę także ogólną a to w tem znaczeniu, że należy mu się posłuch od wszystkich, czyli że zawarty w nim imperatyw zwraca się do ogółu a nie tylko do pewnych konkretnych jednostek. Z góry i to z całym naciskiem stwierdzić musimy, że zarzut tego charakteru i typu co ten nie trafia nam bynajmniej do przekonania, bo jest on chyba jeszcze słabszy od pierwszego przed chwilą omawianego. Czyż bowiem siła rozkazująca normy ma naprawdę zawsze znaczenie ogólne i nie możemy nigdy sobie wyobrazić takiej, w której zawarty imperatyw zwraca się tylko do niektórych kategorii.

Weźmy choćby przykładowo pierwszy lepszy przepis służbowy zwrócony specjalnie do urzędników. Jak tu sobie wyobrazić jego przełamanie przez nieurzędnika. Przecież każdy chyba przyzna, że takie przełamanie byłoby czemś całkowicie platonicznem. Nie—nakaz jest nakazem jedynie dla tych, do których się zwraca. Posłuch wobec rozkazu zwróconego do innych jest logiczną niemożliwością. Dlatego to pojęcie normy zwróconej rzekomo stale do wszystkich i na skutek tego zawsze ogólnej jest dla nas niczem więcej jak tylko fikcją.

Ale jeżeli obiekcje stawiane najczęściej interesującej nas koncepcji Rousseau-Duguit nie zasługują na miano trafnych, to nie znaczy jeszcze, aby koncepcja ta sama w sobie w tak nieudolny i niewłaściwy sposób atakowana miała być na skutek tego koniecznie prawdziwą. O tem, że sama ta koncepcja bynajmniej nie jest obiektywnie słuszną, nietrudno naszym zdaniem można się przekonać ale to na podstawie całkiem innych danych. Dane te będziemy w stanie uzyskać wglądniejszy głębiej w zacytowany przez nas cytat Duguita, w którym interesująca nas kwestja wyświetlona jest specjalnie dokładnie i wyczerpująco.

Otóż jakie momenty składają się podług Duguita na pojęcie ogólności przepisu, jaką podług niego musi być norma aby móc zasługiwać na miano ogólnej? Aby zasługiwać na to miano, musi mieć ona wygląd następujący.

1) Musi być dyspozycją niedostosowaną do jednego tylko wypadku ale do pewnego gatunku wypadków.

2) Musi jako niedostosowana do wypadku konkretnego nie zwracać się nigdy pod adresem jakichś osób indywidualnie określonych ale jedynie do pewnych ich klas czy gatunków.

Dla jaśniejszego zilustrowania swej tezy przywodzi nam Duguit przed oczy przykład zarządzenia na którego podstawie specjalnie zasłużonemu dla ojczyzny obywatelowi przyznało państwo jakąś nagrodę. Zarządzenie takie to dla Duguita typ charakterystyczny normy nieogólnej zwróconej pod adresem osoby indywidualnej a więc wyczerpującej się w jednym wypadku.

Otóż naszym zdaniem nie co innego ale właśnie przykład samego Duguita przemawia najlepiej przeciwko własnej jego tezie. Duguit, wiążąc moment konkretności wypadku z momentem określoności prawnego adresata, zapomina przede wszystkim o tem, że momenty te nie zawsze są ze sobą związane. Trawestując choćby nieco podany przykład, weźmy wypadek w którym nie jeden jakiś obywatel ale pewna klasa zasłużonych obywateli uzyskała jakąś jednorazową nagrodę państwową, choćby zatem wypadek udekorowania jakimś orderem oficerów jakiegoś pułku. Tu odnośny przepis prawny wyczerpuje się jednorazowo w jednym konkretnym wypadku rozdania odznaczeń — a to pomimo że nie dotyczy jakiejś indywidualnie wziętej osoby ale pewnej klasy czy gatunku osób. Każdy dostrzec będzie w stanie, że na przepis tego typu w systemie Duguita nie ma miejsca. Będzie on tam z konieczności tkwił w powietrzu zawieszony jakby między niebem a ziemią i niezasługujący na miano ani konkretnego ani też ogólnego.

Ale na tem nie koniec, konstrukcja Duguita grzeszy jeszcze czem innem. Wiążąc pojęcie ogólności z pojęciem klasy, pojęcie zaś konkretności z pojęciem jednostki zdeterminowanej zapomina on naszym zdaniem o trudnościach i daleko idących komplikacjach, które z powiązaniem tem się łączą i z niego płynąć muszą. Weźmy choćby dla przykładu znaną aż nadto dobrze ustawę francuską z 22 czerwca 1886 r., która zakazuje niektórym członkom dawnych rodzin panujących przebywania w granicach Francji, albo jeszcze lepiej przepis konstytucyjny z 14 sierpnia 1884 r. który członkom tych rodzin odbiera prawo wybieralności na urząd prezydenta republiki. Przecież oba wskazane przepisy mimo że zwrócone do pewnej klasy osób — klasy członków rodzin panujących mogą być równie dobrze rozumiane jako zwrócone pod adresem pewnych indywidualnie całkiem konkretnie zdeterminowanych jednostek.

Gdzie je zatem zaliczyć? Jak zkwaliifikować? Czy będą, czy też nie będą ogólnymi?

W uwagach Duguita, uwagach naukowo niedość ścisłych i ugruntowanych nie znajdujemy także i tu szukanej przez nas odpowiedzi.

Zamykając na tem drugi ustęp naszej pracy, kończymy jednocześnie z przeglądem poglądów tak zwanych materialnych. Wynik tej analizy jest jak widzimy negatywny. Szukanego przez nas rozwiązania chociażby tylko fragmentatycznego nie udało nam się dotychczas znaleźć. Musimy go poszukać gdzieindziej.

III

Zwolennikom doktryn materialnych nie udało się rozwiązać problemu, który tak jak to już zaznaczyliśmy, pozostał dla nas nadal tem czem był przedtem.

Aby móc go zatem wreszcie rozwiązać, trzeba zwrócić oczy całkiem w inną stronę, stronę nie treści, lecz formy przepisu.

Ale jeżeli nie bacząc na moment rzeczowej i materialnej osnowy przepisu zwrócimy jedynie uwagę na jego barwę formalną, to musimy koniecznie zdać sobie sprawę, co przez barwę tę rozumieć i pojmować mamy.

Wystarczająca orjentacja w tej materji jest rzeczą o wiele trudniejszą, niż by się na pozór na pierwszy rzut oka wydawać mogło, a to z powodu ogromnej rozbieżności odnoszących się do niej doktryn i teorii.

Najbardziej może zbanalizowaną i spopularyzowaną taką koncepcją jest koncepcja, którą nazwać można językową. Stosownie do tych zapatrywań forma normy, to to samo co jej nazwa i to nazwa oficjalna. Norma, nosząca w swym nagłówku, tytuł ustawy, będzie już przez to samo zaraz ustawą. Przepis określony mianem rozporządzenia będzie rozporządzeniem i t. d.

Szerokie rozprzestrzenianie się na terenie wiedzy prawniczej tak z gruntu nienaukowego i więcej niż powierzchownego sposobu myślenia jest oczywiście objawem wysoce niekorzystnym.

Ma ono swoje klasyczne źródło w pewnych niebezpiecznych zresztą bardzo dla prawnika sugestjach, płynących często z wielce go fascynującej mowy potocznej. Ulegający tym sugestjom prawnik

traci rozpoznanie właściwych mu pojęć, zapomina o kryjącej się w ich wnętrzu treści, a słyszy szum jedynie samych tylko słów.

Już przedtem kilkakrotnie staraliśmy się zwrócić uwagę czytelnika na niebezpieczeństwa, płynące ze zbytńskiego wsłuchania się w mowę potoczną. W związku z interesującym nas w tej chwili problemem, problemem formalnego podziału norm, moment ten zasługuje na specjalną uwagę.

Nie, trzeba to podkreślić z całym naciskiem, zagadnienie że się tak wyrazimy, „*par excellence*” prawnicze nie jest i nigdy nie będzie zagadnieniem językowym i lingwistycznym. Użycie przez ten lub inny przepis tego lub innego kraju, takiej lub odmiennej nomenklatury, nie może mieć tu żadnego i to absolutnie żadnego znaczenia. Nomenklatura ta zmieniająca się ustawicznie i dostosowująca się nieustannie do przeobrażających się ciągle potrzeb chwili i partykularystycznych potrzeb miejsca, może mieć w pewnym wypadku walor polityczny lub oglądana przez pryzmat przeszłości — historyczny, prawniczego waloru posiadać nigdy nie może. Ten, który operując metodą porównawczą dąży do zbudowania pewnej syntezy, ten, który swym dążeniom szerszy krąg zakreśla, nie może w żadnym razie nomenklaturą tą się krępować i dać się przez nią bałamucić.

Tak jak dla jednych nazwa przepisu, tak znów dla drugich inny nieco czynnik, czynnik zresztą zbliżonej wielce natury, posiada i ma wielki walor i doniosłość. Według ich opinii forma prawna normy stoi zawsze w ścisłym związku i zależy stale w dużej mierze od sposobu, w jaki norma bywa ogłaszana i publikowaną. A więc na to czy inne formalne stanowisko przepisu wpływa np. fakt czy podawanie go do publicznej wiadomości ma miejsce na łamach tego lub innego pisma, czy dziennika i t. d.

Zgóry musimy zaznaczyć, że tak samo jak koncepcja przedtem omówiona, tak samo również i ta opinia nie ma dla nas dosłownie żadnej wartości. Bezkrytyczni jej głosiciele formułując ją w tak bardzo powierzchowny sposób, grzeszą przede wszystkim brakiem dostatecznego wniknięcia w samą istotę pojęcia publikacji. Stosownie do tego jak stawiają oni kwestję możnaby mniemać, że przepis nieogłoszony jest przepisem jeszcze prawnie nieistniejącym i jakoby prawnie nieskończonym, względnie niekompletnym.

Mniemanie takie byłoby bezwąt্পienia mniemaniem w całej swej rozciągłości mylnem i fałszywym. Ogłaszanie jak z samego sensu słowa tego wynika, jest jedynie podawaniem do wiadomości czegoś już ustalonego, czegoś już poprzednio skonkretyzowanego. Czynność ogłaszania nie ma w sobie nic z czynności twórczej, jest ona jedynie rozprzestrzenianiem pewnej wieści o czymś, co już samo przez się przedtem zaistniało. Przepis prawny mimo że jeszcze nie ogłoszony jest już w całej pełni przepisem prawnym, przepisem obdarzonym prawną ważnością. Publikacja w znaczeniu istotnem nic mu nie dodaje, dlatego w łańcuchu aktów przepis tworzących, aktów, że się tak wyrazimy, prawotwórczych nie ma ona i nie może zabierać miejsca. Znaczenie publikacji nie jest bynajmniej pośledniem, lecz nie trzeba nigdy zapominać o tem, że dotyczy ono całkiem odmiennej kwestji, kwestji nie istnienia ale skuteczności normy¹⁾.

Jakiś przepis może istnieć w charakterze prawnej powinności mimo, że w braku ogłoszenia pozbawionym będzie realnej skuteczności. Aby być skutecznym, czyli szanowanym i słuchanym przez tych do których się zwraca musi on być przedtem przez nich poznany. Rola publikacji, to albo poznanie to rzeczywiście im zapewnić, albo zastąpić go odpowiednią presumpcją znajomości ważną nieraz dla sądów i zainteresowanych. Rola to jak widzimy bynajmniej nie mała, ale z natury rzeczy ograniczona i bynajmniej nie prawotwórcza. — Jeżeli w określonej przez nas w kilku słowach istotę pojęcia publikacji dobrze się wmyślimy, to wystarczy nam to w pełni, aby wobec zajmującej nas koncepcji, zająć stanowisko zdecydowanie negatywne. Publikacja sama przez się normy nie tworząc nie ma i nie może mieć żadnego wpływu na takie lub inne kształtowanie się jej wyglądu oraz tę lub inną prawną jej barwę.

To, czy przepis jakiś ogłaszanym bywa przy dźwiękach bębna, czy też drukowany w dzienniku ustaw, nie wpływa w najmniejszym nawet stopniu na jego stanowisko prawnoformalne.

Ale przejdźmy z kolei do innej jeszcze kwestji, kwestji już nie publikacji lecz dość blisko jej stojącej promulgacji.

¹⁾ G. Revel, *La Publication des lois, des decrets et des autres actes de l'autorite publique* Str. 139 (Paris, 1933)

Kwestja ta, zwłaszcza w naukowej literaturze francuskiej, dała asumpt do długich nieraz dyskusji i kontrowersji o zabarwieniu zresztą częściej politycznej niż prawniczej natury. Zagadnieniem, dookoła którego kręcą się w pierwszym rzędzie te kontrowersje to przede wszystkim bardzo różnie komentowany charakter samego aktu promulgacyjnego. Dla niektórych autorów promulgacja to ostatni z aktów prawotwórczych, akt, za pośrednictwem którego władza wykonawcza bierze bezpośredni udział w czynnościach ustawodawczych. Do tak myślących należy w pierwszym rzędzie cytowany już przez nas kilkakrotnie Duguit, dla którego prawo promulgowania ma ten sam prawny walor co prawo inicjatywy ustawodawczej. „Formuła promulgacyjna” pisze on „okazuje wyraźnie, że promulgacja jest niezbędnem wykończeniem ustawy i że dopóki nie ma promulgacji, dopóty nie ma właściwej ustawy, że nikt nie jest obowiązany słuchać rzekomej ustawy jeszcze nie promulgowanej, że trybunały i władze nie tylko nie są zmuszone do jej stosowania, ale nie mogą jej stosować” („La formule de la promulgation montre bien que la promulgation est le complément indispensable de la loi, que tant qu'il n'y a pas promulgation, il n'y a pas, à proprement parler, de loi, que nul n'est tenu d'obéir à cette prétendue loi qui n'est point encore promulguée, que les tribunaux, que les autorités, non seulement ne sont pas tenus d'appliquer une loi non promulguée, mais ne peuvent pas l'appliquer”. *Traité de droit const.* T. IV, str. 625). Na innym miejscu dodaje jeszcze wyraźniej: „Dopóki promulgowanie nie miało miejsca złożony proceder prawniczy, którego rezultatem jest ustawa, nie jest ukończony, ostatni akt w niem nie nastąpił, czego dowodem jest, że promulgacja dodaje coś do dzieła parlamentu” („Donc, tant que la promulgation n'est pas intervenue l'operation juridique complexe de laquelle résulte la loi n'est pas achevée, le dernier acte n'est pas accompli, donc, la promulgation ajoute quelque chose à l'oeuvre du parlement.” — *Traité de droit const.* T. IV, str. 626).

Tak jak dla Duguit'a i jemu podobnych promulgowanie to akt prawotwórczy, tak znów przeciwnie dla innych autorów jest ono całkowicie czemś odmiennem. Dla autorów tych akt, o który chodzi, nie ma w sobie nic z czynności ustawodawczej, ale jest rodzajem aktu legalizacyjnego. Promulgacja to stwierdzenie „coram populo” rzeczywistego istnienia ustawy, to świadectwo i dowód jej

autentyczności. Akt promulgacji — według Carré de Malberg — spełniać ma tę samą funkcję, co akt legalizacji notarialnej, który ma za cel stwierdzenie, zebranie oraz zachowanie wyrazu woli umawiających się stron. Prezydent republiki promulgując spełnia podług niego niejako rolę zbliżoną do roli urzędnika stanu cywilnego, który otrzymując jakiś akt wyciska na niem piętno autentyczności. To samo rzecz można względem treści ustawy, której osnowa zostaje przez promulgację z całą dokładnością określona (*Théorie générale de l'Etat* str. 433).

Która z dwóch przedstawionych tu koncepcji zasługuje na miano lepszej i słuszniejszej? Która jest, naukowo biorąc, mocniejszą? Nie myślimy się, nad tem zastanawiać i sprawy tej rozwiązywać. Byłoby to bowiem w związku z zajmującym nas problemem jedynie stratą czasu.

Tego rodzaju analiza oddalając nas znacznie od właściwego tematu a zmuszając nas do wielkich i całkiem zbytecznych, w danym wypadku, wysiłków dawałaby nam w zamian bardzo mało co. Nie wolno nam zapominać, przede wszystkim o tem, że badanym przez nas problemem to jedynie i wyłącznie problem podziału i hierarchji norm i, zresztą nic ponadto. Kwestje, które z problemem tym mają jakiś związek, wchodzą, rzecz prosta, w zakres naszych badań, inne z nim się nie wiążące w zakres ten nie wchodzą.

Do tych ostatnich kwestji, kwestji nam obojętnych, należy właśnie ten lub inny rodzaj natury promulgacji.

Chociażby bowiem przyjąwszy założenia Duguit'a chcieć widzieć w tym akcie coś prawotwórczego, a więc dla formy prawnej istotnego to i tak interesowałby nas on tylko o tyle, o ile będąc specjalnością pewnej tylko klasy przepisów prawnych wyróżniałby te przepisy przez to od innych. Czyż jednak naprawdę akt, o którym mowa, jest taką specjalnością? Czyż jest on rzeczywiście jakby jakąś cechą pewnej tylko (uprzywilejowanej niejako) odmiany prawno-formalnej?

Nie trudno, naszym zdaniem, przekonać się że nie.

Rzadkimi nader są śmiało rzecz można przepisy, których osnowy nie zamyka żadna formuła względnie żaden podpis. Otaczająca nas rzeczywistość prawna daje nam tysiączne dowody na to, że formuły takie, formuły, które nazwać można egzekucyj-

nemi są stereotypowym niemal zakończeniem każdego prawie tekstu przepisu prawnego. Istota takich formuł czy podpisów (jakiegokolwiek zresztą byłyby rodzaju) jest zawsze taka sama i nie widzimy żadnego powodu do tego, aby dla jakichś względów ubocznych politycznej np. natury patrzeć na nią nie zawsze w jednakowy sposób. Czyż podpis, skreślony ręką głowy państwa, cieszyłby się naprawdę właściwościami, których nie posiadałby np. podpis ministra, wojewody, czy starosty, czy jest w nim naprawdę jakaś esencja specjalna, której tamte podpisy nie posiadają? Nie mamy żadnej ale to absolutnie żadnej poważniejszej podstawy do tego, aby taką rzecz twierdzić i utrzymywać, nie mając zaś takiej podstawy, nie mamy oczywiście prawa niczego na niej opierać, a tem mniej budować.

Ale przejdźmy jeszcze do trzeciej z kolei kwestji, kwestji nieco odrębnej, ale nie mniej od tamtych znaczącej. Jest to już nie problem wygotowania względnie ogłaszania przepisu, ale problem stanowiska jego wobec sądu. Czy stanowisko to jest stale takie same, czy też przeciwnie zależnie od klasy i kategorii przepisu zawsze inne, a więc samą tę klasę charakteryzujące? Słuchając mówiących o tej kwestji prawników, mieliśmy napewno nieraz sposobność spotkać się z potoczną opinią treści mniej więcej następującej: rozporządzenia mają wobec sądu pozycję z reguły inną od ustaw, sąd nie mając zwykle prawa kontroli nad ustawami, ma najczęściej to prawo względem rozporządzeń.

Zastanówmy się, czy zdanie tego typu odzwierciedla chociażby w przybliżeniu bliską nam współczesność? Zastanówmy się czy jest choćby częściowem odbiciem otaczających nas rzeczywistości?

Opinia, która przed wojną, ma przynajmniej jakieś uzasadnienia, która ma wówczas przynajmniej jakąś podstawę, traci to uzasadnienie po wojnie ostatecznie i nieodwołalnie a to z powodów następujących. Zasada francuska tak silny w Europie wpływ wywierająca, podług której norma przez parlament uchwalona i zwana ustawą nie mogła być w odróżnieniu do rozporządzenia przez sąd badaną, zasada tradycyjnie jakby uświęcona i w orzecznictwach ogółu krajów szeroko stosowana ustępuje zwolna miejsca innej zasadzie, zasadzie amerykańskiej, zasadzie całkowicie z nią sprzecznej i w jawnej opozycji do niej stojącej.

Stosownie do zasady amerykańskiej sądy mają nie tylko możliwość badania rozporządzeń, ale mają również możliwość badania i kontrolowania ustaw, a to pod względem i kątem widzenia ich konstytucyjności. Ustawa, uznana przez sądy za niekonstytucyjną, czyli za sprzeczną z konstytucją, może być przez nie stosowaną, czyli w każdym konkretnym wypadku uważaną przez nie za niebyłą. Zasada powyższa uznawana przed wojną w Ameryce, a jak to już powiedzieliśmy, nie uznawana na ogół w Europie, zyskuje po wojnie znacznie na terenie. Nie jest już ona dziś tem, czem była przedtem, staje się zbyt częstym wyjątkiem, wyjątkiem zbyt pospolitym, aby ciągle jeszcze zasługiwać na to miano. Weźmy choćby tylko taką konstytucję Czechosłowacji, której dwa pierwsze artykuły brzmią jak następuje: „art. 1. Ustawy sprzeczne z konstytucją jej częściami składowymi i ustawami, które ją zmieniają i uzupełniają się nieważne; art. 2. Konstytucja i jej części składowe mogą być zmienione lub uzupełnione jedynie przez ustawy, które są oznaczone jako ustawy konstytucyjne. art. II. Trybunał konstytucyjny będzie rozstrzygał o tem, czy ustawy republiki Czechosłowackiej i ustawy sejmu Rusi Podkarpackiej odpowiadają warunkom art. 1“.

Albo nie ograniczając się na tem zwróćmy oczy na art. 140 konstytucji republiki austriackiej z 1 października 1920 r., którego § 1 ma tenor następujący „Trybunał konstytucyjny orzeka o sprzeczności ustaw krajowych z konstytucją na wniosek rządu związkowego, a o sprzeczności z konstytucją ustaw związkowych na wniosek jednego z rządów krajowych, z urzędu zaś, gdy ustawa taka ma stanowić podstawę orzeczenia trybunału konstytucyjnego“. Pod § 3 czytamy — „Orzeczenie trybunału konstytucyjnego, na mocy którego, uchyla się jakąś ustawę, jako sprzeczną z konstytucją zobowiązuje kanclerza związku lub właściwego naczelnika kraju do niezwłocznego opublikowania, o uchyleniu tej ustawy; uchylenie uprawomocnia się w dniu ogłoszenia, o ile trybunał konstytucyjny nie oznaczy terminu wygaśnięcia mocy obowiązującej tej ustawy. Termin ten nie może przekraczać 6 miesięcy“.

Nowa konstytucja austriacka z 1 maja 1934 r. nie znosi instytucji sądownictwa konstytucyjnego, ale utrzymuje go nadal w formie naogół nie zmienionej, główną wprowadzoną przez nią inowacją to to, że dotychczasową rolę trybunału konstytucyjnego

ma pełnić nadal jeden z senatów nowoutworzonego trybunału związkowego.

Ale nie koniec na tem, weźmy jeszcze art. 103 powojennej konstytucji królestwa Rumunji, którego pierwsze zdanie wygląda tak: „Tylko sąd kasacyjny w pełnym składzie swych wydziałów połączonych ma prawo orzekać o konstytucyjności ustaw i postanawiać o niestosowaniu ustaw sprzecznych z konstytucją. Orzeczenie o niekonstytucyjności ustaw ogranicza się tylko do wypadku rozstrąsanego“.

A wreszcie na zakończenie zwróćmy uwagę na § 58 konstytucji Finlandji „O ile sąd najwyższy (mówi on) lub najwyższy trybunał administracyjny uważają, że jest konieczną zmiana lub wyjaśnienie jakiejś ustawy lub rozporządzenia, mają one prawo skierować do prezydenta podanie z żądaniem przeprowadzenia takiego aktu ustawodawczego“.

Zacytowane paragrafy, których bylibyśmy zresztą w stanie zacytować więcej, stanowią dla nas najlepsze potwierdzenie coraz szerszego rozprzestrzeniania się po świecie systemu amerykańskiego oraz zataczania przez niego coraz szerszych kręgów. Z paragrafów tych widzimy, że system ten nie jest już dziś nie tylko w Europie rzadkością, ale że gdzieś na jej terenie poszedł znacznie dalej niż w samych Stanach, polegając na uchylaniu z urzędu ustaw sprzecznych z konstytucją oraz ich anulowaniu, nie zaś tylko na odmawianiu im zastosowania w konkretnych wypadkach.

Czy wmyśliwszy się w tę okoliczność mielibyśmy jeszcze odwagę twierdzić, że kontrola sądowa nad ustawami w odróżnieniu do kontroli nad rozporządzeniami należy do zjawisk wyjątkowych, czy moglibyśmy twierdząc tak sami w to wierzyć? Wydaje mi się, że nie. Ale postarajmy się podejść do rzeczy z innej jeszcze strony, strony bardziej istotnej. Ostry przedział między stanowiskiem ustawy i rozporządzenia wobec sądu nie da się przeprowadzić, naszym zdaniem, nigdy bezwzględnie, nie da się przeprowadzić nawet w krajach takich jak Francja. Dlaczego przedział, o który chodzi, nie jest do przeprowadzenia? Nie da się przeprowadzić dlatego, ponieważ pewien stopień kontroli sądowej nie tylko nad rozporządzeniami, ale także i nad ustawami jest zawsze konieczny i o jakimś zupełnym braku takiej kontroli

nigdy w żadnym wypadku mowy być nie może. Obok mianowicie kontroli charakteru amerykańskiego, o której dotychczas mówiliśmy, kontroli, którą nazwać można „sensu stricto” istnieje jeszcze ponadto inny jej rodzaj „sensu” już nie „stricto” ale „largo”.

Czem jest taka kontrola? Jest ona badaniem tekstu ustawy z punktu widzenia nie osnowy jej materialnej, z punktu widzenia nie jej treści, ale jej formy. Takie badanie, badanie pod kątem pewnego niezbędnego minimum poprawności formalnej musi koniecznie z samej natury rzeczy zawsze mieć miejsce. Przecież chyba nie możemy sobie wyobrazić sądu, który przy stosowaniu ustawy nie kontrolowałby nawet tego, czy przedłożony mu tekst jest naprawdę ustawą, sądu, który w bierności siedłby tak daleko, żeby mu nawet to było obojętnem.

Nie, stosowanie każdej normy prawnej, jakaby nie była, wymaga i zawsze wymagać musi uprzedniej jej weryfikacji, weryfikacji jeżeli już nie materialnej, to przynajmniej formalnej, wymaga i wymagać zawsze musi pewnego minimum badania.

Dlatego to twierdzenie, jakoby ustawy w niektórych krajach były od kontroli sądowej całkowicie wolne i w odróżnieniu do rozporządzeń jakby nietykalne, jest twierdzeniem bezwątpienia co najmniej niedokładnem. Ustawy w krajach, o które chodzi, są rzeczywiście dla badań pewnego specyficznego typu niedostępne, nie są jednak wolne od kontroli wogóle. Dopatrywanie się jakiegось ostro jakby zaznaczającego się przedziału między normami sądowo-kontrolowanymi, a innymi niekontrolowanymi, przedziału więcej niż problematycznego nie jest niczem uzasadnione. Tem mniej uzasadnionymi byłyby wszelkie próby klasyfikacji czy hierarchizowania przepisów oparte na tak bardzo kruchej podstawie. Mówiliśmy z kolei o 4 kwestiach odrębnych: nazwie przepisu, publikacji, promulgacji oraz stanowisku normy wobec sądu. Chodziło nam o zdobycie odpowiedzi na pytanie, czy kwestje te mają jakiś związek z tem lub innym wyglądem formy przepisu i czy wpływają w jakikolwiek sposób na zajmowany przez niego stopień hierarchiczny.

Odpowiedź przez nas poszukiwana wypadła, jak mieliśmy sposobność zauważyć, negatywnie. Momenty wskazane nie mają

i nie mogą mieć żadnego wpływu przy tem lub innem kształtowaniu się odmian prawno-formalnych i nie mogą same przez się służyć za podstawę do jakichś podziałów czy klasyfikacji.

Kwestją którą z kolei przyjdzie nam się zająć będą nader interesujące i godne omówienia doktryny t. zw. szkoły wiedeńskiej.

Doktryny te, których ojcem duchowym jest Hans Kelsen, a które na kształtowanie się współczesnej nam myśli prawniczej tak znaczny bezwątpienia wpływ wywarły, przedstawiają dla nas specjalne całkiem znaczenie i łączą się nader ściśle z interesującym nas problemem hierarchji norm.

Śmiało rzec można, że jednym z najgłówniejszych celów, które sobie Kelsen, Merkl i im podobni zakresłają, to właśnie rozwiązanie zagadnienia prawno-klasyfikacyjnego, to właśnie ujęcie tej klasyfikacji w jednolity jakiś schemat. Największą ich bez żadnej wątpliwości zasługą dla nauki, czemś za co należy im się szczerza wdzięczność z naszej strony, to to w pierwszym rzędzie, że, jak się zdaje, byli pierwszymi, którzy potrzebę jednolitego takiego schematu dostatecznie ocenili i zrozumieli.

Kelsenistyczne rozwiązania prawne mają w sobie nietylko jednolitość, ale pomimo całej ich rozległości urok wielkiej i dziwnie przyciągającej prostoty.

System prawny, widziany przez pryzmat kelsenizmu, ma kształty monumentalne, a zarazem jakże proste jednej potężnej piramidy wąskiej u góry, a rozszerzającej się stopniowo ku dołowi. Piramida taka to zamknięta w sobie całość jakiegoś porządku obiektywnego, złożona wyłącznie z norm w skład jego wchodzących. U szczytów takiej całości stoi najwyższa hipoteza prawnej powinności, hipoteza, z której wszystko bierze swój początek, stoi t. zw. norma podstawowa, względnie pranorma, określana mianem „Grundnorm“.

Z tego przepisu podstawowego wypływają normy i przepisy dalsze, które same znowu są źródłem dla jeszcze dalszych. Konstytucja np. bywa źródłem ustawy, ustawa rozporządzenia, rozporządzenie aktu administracyjnego itd. Każdy z przepisów o które chodzi, zawiera w sobie niejako „in nuce“ następującą po nim normę, stanowi bowiem jej prawną bezpośrednią podstawę.

Porządek prawny jest u Kelsena tego rodzaju, że jak słusznie pisze Carré de Malberg „sam się zapładnia, ponieważ składa się

z norm, które stopniowo określają względnie upoważniają powstawanie norm dalszych". „Począwszy od normy konstytucyjnej, która daje ustawom środki potrzebne do ich ustanowienia aż do ostatniej normy, po której przychodzi już tylko wykonanie efektywne, tworzy się porządek prawny i to w drodze powstawania norm o zakresie coraz węższym i bardziej specjalnym" (...„s'engendre lui-meme, puis qu'il est formé de règles qui successivement déterminent ou autorisent la formation de règles nouvelles". „Depuis la norme constitutionnelle, qui fournit aux lois les moyens de leur confection, jusqu'à la dernière règle ne laissant plus place qu'à de l'exécution effective, l'élaboration de l'ordre juridique se poursuit par des créations de règles, dont l'objet est de plus en plus special et étroit. Carré de Malberg. *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés* — str. 15).

Cechą specyficzną prawa to według Kelsena, między innymi to, że reguluje ono samo swój własny proces twórczy, swój własny, używając jego słowa „Erzeugungsprozess“.

Jak jednak rozumieć to regulowanie i jak je pojmować? Podstawa samotwórczego procesu, o którym mowa, leży, zdaniem Kelsena, w okoliczności wzajemnego zazębiania się norm prawnych, w okoliczności, że w łańcuchu tych norm nie ma nigdy żadnych przerw i że łączą się stale ich wzajemne ogniwa. Zazębianie, o które chodzi, należy rozumieć w ten sposób, że treść normy wyższej zawierać musi zawsze warunek powstania normy niższego rzędu. Jak w praktyce życia, wygląda taki warunek? Jest on zawsze pewnym aktem psycho-fizycznym, czyli aktem psychicznym, względnie duchowym, który na arenie świata zjawisk fizycznych pozostawił jakieś widzialne skutki. (Die Abfolge der Rechtserzeugungsstufen von der Grundnorm über die Verfassung im positivrechtlichen Sinne, die Gesetze, Verordnungen und individuellen Rechtsakte charakterisiert sich durch einen eigentümlichen Parallelismus von Seinstatbestand und Norm. Die Norm jeder höheren Stufe umschreibt — als Bestandteil ihres Inhalts — einen Tatbestand der als Rechtserzeugung der niederen Stufe zu gelten hat. *Allg. Staatsl.* str. 249—250).

Ażeby sobie ułatwić zilustrujemy rzecz przykładowo.

Jeżeli konstytucyjny jakiś przepis żąda dla zaistnienia ustawy uprzedniej uchwały parlamentu, to uchwała taka (akt psycho-

fizyczny), będąca jednym z pojęć prawnych, wchodzących w skład treści konstytucji, będzie zarazem warunkiem powstania o jeden stopień niżej znajdującej się ustawy.

Jeżeli ustawa zwykła, normując sposób wydawania rozporządzeń, wymaga do ich powstania decyzji ministra, to decyzja ta (inny akt psychofizyczny), będąc częścią składową zawartości ustawy, warunkuje jednocześnie powstanie rozporządzenia.

Przywiedzione przykłady, których liczbę możnaby łatwo mnożyć w nieskończoność, wystarczają nam chyba w tym wypadku w zupełności.

Ale w podkreślonym przez nas momencie kelsenistycznej współzależności przepisów prawnych mieści się nie tylko wytłomaczenie samotwórczości prawa, ale mieści się w nim także jeszcze coś innego. Tem czemś, to interesujące nas przedewszystkiem rozwiązanie prawno-klasyfikacyjne.

Kelsen, konstruując swą hierarchję norm, myśli wyłącznie o źródle logiczno-prawnym, z którego dane normy się wywodzą. O tem, która norma jest z natury swej wyższą, a która niższą, rozstrzyga podług niego wyłącznie to, która z nich jest logicznie wcześniejszą. O stanowisku hierarchicznym przepisu decydują nie inne jakieś względy, ale jedynie moment prawnego pochodzenia.

Norma, której warunek powstania nie objęty jest treścią żadnej innej normy, zajmuje w zbudowanej przez Kelsena drabinie prawnej szczebel najwyższy i szczytowy i jako taka zasługuje na miano „pranormy“, względnie „normy podstawowej“. Stopień drugi z kolei, szczebel o jedną kondygnację niższy należy się wszystkim tym przepisom, których warunek powstania określony jest już treścią pranormy, tworząc jedno z jej pojęć składowych. Przepisy takie, których logiczna podstawa nie leży już w nich samych, ale stoi poza nimi, idą zaraz po pranormie, ale w omawianej hierarchicznej kolejności zajmują miejsce o jeden stopień niższe. Wskazane normy drugiej kategorii warunkują powstanie dalszych przepisów, które jako że z nich swą moc czerpiące zasługują na miano trzecioklasowych i t. d.

Łańcuch mniej lub więcej długi zazębiających się w ten sposób odmian prawno-formalnych zamknięty jest u dołu taką kategorią, która nie warunkuje bytu żadnej już innej i z tego właśnie względu jest natury najniższej. Poza tym hierarchicznie

najgorzej postawionym szczeblem prawnych powinności wchodzimy już w sferę nie prawa, ale faktu, wchodzimy w sferę czystej egzekucji i efektywnego wykonania.

Ale teraz, z kolei, jedna jeszcze kwestja? Czy klasy i kategorie, o których mówi nam Kelsen, czy odmiany, które z tak wielką ścisłością i subtelnością logiczną jedne z drugich wyprowadza, pokrywają się rzeczywiście z kategorjami, które w potocznej mowie prawniczej przywykliśmy nazywać ustawami, rozporządzeniami, wyrokami i t. p. Potoczne te określenia, zdaniem Kelsena, są tylko mniej lub więcej ścisłą słowna krystalizacją pewnych najbardziej charakterystycznych przeciętności prawnych. Jako dostosowane do ilości ogniw najbardziej tylko typowego łańcucha norm, łańcucha, który jak wiemy może być różnej długości. „Konstytucja, ustawa, rozporządzenie, akt administracyjny i wyrok, akt egzekucyjny to tylko“, pisze Kelsen, „typowe etapy kształtowania się woli kolektywnej w państwie nowoczesnem. Rzeczywistość może bez wątpienia różnić się od tego idealnego wzoru. Między innemi możliwą modyfikacją typowego tego schematu procedury prawotwórczej jest to np., że nie jest koniecznem, aby rozporządzenie czyli norma ogólna, wydawana przez urzędy administracyjne, miała stać zawsze między ustawą a aktem indywidualnym, względnie jest możliwem, że rozporządzenie wydawanem jest bezpośrednio na podstawie konstytucji, nie zaś tylko w wykonaniu ustawy. (Constitution, loi, règlement, acte administratif et jugement, acte d'exécution sont simplement les stades typiques de la formation de la volonté collective dans l'état moderne. La réalité peut certes différer de ce type idéal. Entre autres modifications possibles du cours-type de la procédure de création du droit, il n'est, par exemple, pas nécessaire que le règlement c'est-à-dire, une norme générale émanant des autorités administratives, s'insère, entre la loi et l'acte individuel; ou encore, il se peut que le règlement intervienne immédiatement sur la base de la Constitution, et non pas seulement en exécution d'une loi. *La garantie jurid. de la constitution. Rev. du droit Public*, 1928, str. 3).

Ale zastanówmy się teraz, czy naszkicowana przez nas w kilku słowach kelsenistyczna koncepcja klasyfikacyjna jest rzeczywiście koncepcją słuszną? zastanówmy się, czy tak logiczne

na pozór rozwiązanie zagadnienia hierarchji norm jest rozwiązaniem naprawdę właściwym? Zgóry musimy zaznaczyć, że rozwiązanie o którym mowa składa się niejako z dwóch części zasadniczo odmiennych. Pierwsza część wyrażonych przez Kelsena, w związku z interesującym nas tematem zapatrywań, to opinie, w których zwraca on uwagę naszą na ewentualność zawsze zdarzyć się mogących odchyień od utartego schematu procesu normotwórczego. Opinie, to naszym zdaniem, więcej niż słuszne i zasługujące jedynie na poklask z naszej strony. Dobrze doprawdy czyni Kelsen, że nie idąc śladem pewnych utartych nawyków językowych, a co zatem idzie, myślowych, pozbawionym jest nieusprawiedliwionej wiary w możliwą jakgdyby zawsze zastosowalność jakiegoś szablonu i że bystrym swym wzrokiem dostrzegł, że ilość stopni w drabinie norm bywać może nieraz bardzo rozmaita.

Ale opinia ta, to jak powiedzieliśmy już, pierwsza dopiero część koncepcji Kelsena. Koncepcja ta ma jeszcze drugą stronę, wymagającą traktowania całkowicie odrębnego.

Dotyczy ona właściwego kryterjum klasyfikacyjnego, które przy podziale norm na poszczególne grupy hierarchiczne służy Kelsenowi za podstawę. Kryterjum to to, jak powiedzieliśmy już przed chwilą, moment pochodzenia danej grupy, moment źródła prawnego, z którego dana klasa się wywodzi. Przepis, warunkujący z punktu widzenia prawnego powstanie drugiego przepisu, stoi od niego hierarchicznie o jeden szczebel wyżej, przepis w stosunku do normy służącej mu za podstawę jest o jeden stopień niższym. Czy tak ujęte kryterjum klasyfikacyjne zadawalnia nas naprawdę bez zastrzeżeń i czy nie budzi w nas czasem jakichś wątpliwości? Nie możemy tego przyznać.

Myśl nasza w wielu wypadkach z Kelsenem zgodna, postępująca z nim dotąd niemal że równolegle, nagle, w chwili decydującej i ostatecznej, staje przed zaporą, której przekroczyć nie jest w stanie. Przyczyny tej zapory, to moment metodologiczny, leżący, rzecz można, u samej podstawy koncepcji wiedeńskiej, a związany ściśle bez wątpienia z całym nastawieniem myślowym Kelsena.

Kelsen, mówiąc o prawnej wyższości normy, identyfikuje tę wyższość z faktem logicznego pierwszeństwa przepisu. Pojęcie

hierarchji, to dla niego to samo, co łańcuch sądów w logice ścisłej, to dla niego to samo, co kolejność logiczna idących po sobie przesłanek, wniosków i syllogizmów. Rozumując tak, Kelsen jest bezwątpienia w błędzie, zapomina bowiem o tem, że stopień siły prawnej jakiegoś przepisu zależy ma od pewnych kryteriów prawnych, nie zaś tylko logistycznych. Problem wyższości lub niższości jakiejś normy związany jest z problemem siły prawnego jej obowiązywania i z niczem, ale to absolutnie niczem więcej. Kwestja, że przepis jakiś jest od drugiego logicznie wcześniejszym, nie łączy się bynajmniej jeszcze z niezbędną jakgdyby wyższością jego stanowiska prawnego — tak jak zresztą siła sądu, z którego się inne sądy logicznie wyprowadza, nie ma również koniecznie natury mocniejszej.

Główny grzech Kelsena to to, że norma prawna straciła w jego oczach charakter prawny, a stała się dla niego jakby aksjomatem. Głównym grzechem jego to to, że pojęcie hierarchji związane z pojęciem wartości stało się w jego mniemaniu tem samem, co zasadniczo różne pojęcie logicznej kolejności, w której moment wartościowania nie gra żadnej roli. Czynniki pierwszeństwa, względnie następstwa wzięty żywcem jakby z podręcznika logiki i użyty jako kryterjum prawnoklasyfikacyjne, wprzęgnięty został w obcą mu z gruntu rolę i roli tej w żadnym razie spełnić nie był w stanie. Zajmujące nas rozwiązanie Kelsena dla tych to właśnie powodów nie jest w żadnym razie rozwiązaniem właściwem i dlatego to zawarte w niem konkluzje nie są, naszym zdaniem, do przyjęcia. Pomimo tego w swej prostolinijnej monumentalności działają one na nas swym rozmachem i potęgą, a mają niezaprzeczalnie tę zaletę, że zamknięta w nich rozległość myślowych horyzontów zmusza nas do wyższych lotów i do obejmowania wzrokiem szerszych niż zwykle płaszczyzn. Za ten świeży podmuch w otaczającej nas atmosferze, należy się Kelsenowi szczerza wdzięczność.

Ale wobec tego, że jak widzimy z przeprowadzonych badań, źródło prawne, z którego się dana norma wywodzi, nie rozstrzyga wcale kwestji jej formy, a co zatem idzie prawnego stanowiska, to zwróćmy jeszcze okiem gdzieindziej i przypatrzmy się z kolei innej doktrynie. (Doktryna to zresztą ostatnia w rzędzie tych, których analizy podjęliśmy się tutaj). Co według wyznawców tej

doktryny rozstrzyga o hierarchicznej pozycji przepisu, co decyduje o formalnem jego stanowisku?

Decyduje o nim nie co innego ale jedynie i wyłącznie jakość organu, przepis stanowiącego. Organ zatem wyżej postawiony wydawać będzie normy wyższej natury, organ rodzaju niższego przepisy niższej kategorii. Mówiąc wyraźniej ustawa będzie dla wyznawców tej doktryny tylko dlatego ustawą, ponieważ jest dziełem parlamentu. Konstytucja będzie nią dlatego, iż jest dziełem konstytuanty, rozporządzenie rozporządzeniem, gdyż jest tworem egzekutywy, wyrok wyrokiem, gdyż wydany jest przez władzę sądową i t. d.

Szersze omówienie źródeł prawnych, z których interesująca nas doktryna wzięła swój początek, nie dałoby się pomieścić w zakreslonych przez nas ramach i dlatego zmuszeni jesteśmy naszkicować jedynie główne ich kontury. Doktrynalnych podstaw omawianej koncepcji szukać należy już w dość odległej historycznie epoce, szukać ich należy w dziełach myślicieli wielkiej rewolucji, w pismach Monteskjusza, Rousseau'a, Sieyèsa i t. d.

Monteskjuszowska teoria podziału władz, to jakby kamień węgielny, znajdujący się w samym, rzec można, rdzeniu podstaw, o które chodzi. Już w niej przeprowadzony podział jest nie tylko podziałem, lecz różnicowaniem poszczególnych władz państwowych. Późniejsi od Monteskjusza myśliciele rewolucyjni, mówiąc o tem różnicowaniu, patrzą na nie częstokroć z bardzo nieraz odmiennych punktów widzenia.

Jedni z nich zajmując się niem zwracają szczególną uwagę na odmienną jakościową ciał parlamentarnych. Organ reprezentacyjny jest dla nich czemś od innych organów całkowicie odmiennym, ponieważ jest jedynym w państwie wyrazicielem suwerennej woli powszechnej, wyrazicielem owej „volonté générale”, o której tylokrotnie mówi nam Rousseau.

Inni traktują temat odmiennie, zwracając szczególną uwagę na co innego. Organem najbardziej się od innych organów wyróżniającym to, zdaniem ich, nie parlament, lecz wyżej od niego stojąca konstytuanta. Wódz tego odłamu to Sieyes, który organy państwowe dzieli na dwie różne jakościowo klasy. W skład pierwszej wchodzi władza konstytuująca „pouvoir constituant”, w skład drugiej organy przez ten pierwszy organ stworzone, czyli wszyst-

kie t. zw. władze konstytuowane „pouvoirs constitués”. „Narodu się nie organizuje” pisze Sieyès „organizuje się jedynie jego urządzenia polityczne”. Władze wchodzące w skład urządzeń publicznych podlegają wszystkim normom, ustawom i formom, których same nie mogą zmienić. Ponieważ nie były w możności same się ukonstytuować nie są w stanie zmienić swej własnej konstytucji ani też wpływać w jakiś sposób na konstytucje innych. Władza konstytuująca przeciwnie może wszystko w tym względzie. Nie podlega ona zgóry żadnej konstytucji. Sprawujący ją naród pełniąc największą i najpoważniejszą ze swych atrybucji musi być w tej funkcji wolnym od jakiegokolwiek przymusu i od jakiegokolwiek formy innej niż ta, którą sobie sam chce nadać. (Ce n'est point la nation que l'on constitue, c'est son établissement politique. Les pouvoirs compris dans l'établissement public sont tous soumis à des lois, à des règles, à des formes qu'ils ne sont point les maîtres de changer. Comme ils n'ont pas pu se constituer eux-mêmes, ils ne peuvent pas changer leur constitution: de même ils ne peuvent rien sur la constitution les uns des autres. Le pouvoir constituant peut tout en ce genre. Il n'est point soumis d'avance à une constitution donnée. La nation, qui exerce alors le plus grand, le plus important de ses pouvoirs, doit être, dans cette fonction libre de toute contrainte et de toute forme, autre que celle qu'il lui plaît d'adopter. Sieyès. Exposition raisonnée du 20 juillet 1789 *Arch. parl.*, T. VIII, str. 259).

Tak jak już raz powiedzieliśmy szersze omawianie tych historycznych już dziś, a dawno przebrzmiałych doktryn rewolucyjnych wymagałoby zbyt długich z naszej strony wywodów. Dlatego w krytyce tych doktryn, krytyce, której pole mogłoby być zresztą daleko szersze, ograniczymy się jedynie do rzeczy najbardziej istotnych. Wszak krytyka takich pojęć, jak pojęcia suwerenności woli powszechnej i t. d. byłaby może niezbyt trudną, ale musiałaby ona być z konieczności długą oddalając nas zbytnio od właściwego tematu. Nie sięgając wzrokiem tak daleko zatrzymamy się na obiekty znacznie bliższej natury. Najjaskrawszą wadą koncepcji rewolucyjnej jest jej kołowanie w pewnym jakby „*circulus vitiosus*”, pewnem jakgdyby błędnem kole. Różnicuje się jakościowo organy państwowe zależnie od rodzaju funkcji przez organy te spełnianych równocześnie same funkcje dzieli się zależnie

od jakości organów funkcje te spełniających. W omawianej przez nas przed chwilą, np. doktrynie Sieyès'a władza konstytuująca jest dlatego konstytuującą, ponieważ w zakres jej wchodzi tworzenie konstytucji, naprzemian zaś konstytucja jest dlatego konstytucją, ponieważ jest dziełem konstytuanty.

To samo zresztą co u Sieyès'a w związku z jakością konstytuanty, dzieje się u tych także, których szczególna uwaga zwraca się w kierunku parlamentu. Tu również jakość organu jest natury wyjątkowej, ponieważ organ ów pełni wyjątkowej natury funkcje, funkcję ustawodawczą, naodwrot ustawodawczy charakter funkcji stoi w bezpośrednim związku z rodzajem wykonywującego ją organu. Ustawa ma być więc rzekomo dlatego ustawą, że jest tworem parlamentu, ale równocześnie parlament parlamentem, ponieważ ma prawo wyrażać wolę powszechną za pośrednictwem wyrazem tej woli będących norm ustawodawczych.

Trudno chyba o jaskrawsze przykłady! Błędne koło najwyraźniejsze!

Nie trzeba jednak sądzić, aby konieczność potępienia zajmującej nas doktryny w jej kształtach, że się tak wyrazimy, historycznych równała się zaraz konieczności potępienia jej wogóle. Czyniąc tak, zapominałoby się o tem, że koncepcja, o którą chodzi, przybrała w naszych czasach inną jeszcze formę, formę wymagającą osobnego traktowania. Forma ta dużo mniej szumna od poprzedniej, dużo mniej niby „filozoficzna“, opartą jest na podstawach znacznie logiczniejszych. A więc bez frazesów takich jak „wola powszechna“, „wyraziciel suwerenny“ i t. d., mówi się poprostu tylko tak: jakość normy prawnej związana jest z jakością organu stanowiącego, zależy bowiem od rodzaju form stosowanych przy jej wydawaniu. Ustawa zatem ma formę ustawy nie dlatego, że jest emanacją „woli ludu“ i t. d., ale ma ją jedynie dlatego, że przy jej stanowieniu stosowano pewien charakterystyczny i wyróżniający się od innych proceder zwany parlamentarnym. Rozporządzenie ma formę rozporządzenia nie dlatego, że jest dziełem władzy niższej esencji, czy kategorii, ale jest rozporządzeniem dlatego, ponieważ mówiąc obrazowo ciężar aparatu potrzebnego aby je ustanowić jest natury swoistej, lżejszej od aparatu parlamentarnego.

Tak stawiana kwestja bywa nieraz powodem wielkiej burzy.

Najczęstszym może zarzutem, z którym w tym wypadku się spotkać można, to zarzut treści następującej. Jeżeli mówimy, że ustawa, aby być ustawą, musi być wydaną parlamentarnie w odróżnienie do nieparlamentarnie wydanego rozporządzenia, to mówiąc tak zapominamy, że miano ustaw noszą często przepisy nieparlamentarne i t. d.

Zarzut to (zgóry to zaznaczyć pragniemy) nie poważnej natury. Stawiający go prawnik zapomina o tem, że to co w potocznej mowie określamy ustawą, a nawet przepis, noszący w swym nagłówku tytuł ustawy, nie musi być przez to samo już zaraz ustawą. To, że wogóle zarzut tego typu mógł ujrzeć światło dzienne świadczy najlepiej o bezkrytycznym nastawieniu tych, którzy ulegając sugestji językowej nie zawahali się go postawić. Jeszcze jeden dowód na to, jakie niebezpieczeństwa kryją się dla prawnika w samym tylko dźwięku niektórych słów.

Drugi poważniejszy już zarzut, to gdy się twierdzi, że poszczególne typy pewnych procederów normodawczych nie dadzą się ściśle od siebie odgraniczyć i że dlatego oparty na tym odgraniczeniu, podział przepisów jest czemś praktycznie nie wykonalnym. Zarzut ten stawiający zwracają naszą uwagę na moment istnienia licznych procederów pośrednich, które możność sklasyfikowania poszczególnych przepisów wysoce utrudniają. Jeżeli mówią oni normy wydane parlamentarnie, tworzyć mają jedną grupę, normy nieparlamentarne drugą grupę, to do jakiej grupy zaliczyć n. p. przepisy, których stanowienie jest wspólną prerogatywą egzekutywy i jakiejś stałej delegacji parlamentarnej? Jak to bywa choćby w Czechosłowacji przy wydawaniu pewnego typu rozporządzeń.

Przy stawianiu tego rodzaju zarzutów, zarzutów zresztą przyznajemy natury poważniejszej idzie się naszym zdaniem zbyt daleko. W swem dążeniu do jakiegoś rozwiązania idealnego w swem poszukiwaniu prawdy obiektywnej, niektórzy prawnicy pogardzają prawdą praktyczną i odrzucają ją z lekceważeniem, pomimo że sami na jej miejsce niczego nam nie dają. Taką prawdą praktyczną jest, naszym zdaniem, fakt istnienia na świecie pewnych przeciętności, którego to faktu wyjątkowość niektórych zdarzeń jest jedynie potwierdzeniem. Jedną z takich przeciętności, to pewien zwykle spotykany i bezwzględnie na miano

charakterystycznego zasługujący proceder normodawczy zwany parlamentarnym.

Proceder ten przeciętnie biorąc wyróżnia się pewnymi znamionującymi go cechami od innych procederów normodawczych odmiennej natury i jakości, jak np. procederu, stosowanego przez władzę wykonawczą i t. d.

Prawda praktyczna, o której mówimy, nie ma w sobie nic z absolutu, aktualność jej nie będzie wieczną. Jako dostosowana do chwilowych stosunków historycznych i stosunki te odzwierciedlająca, może stracić z biegiem czasu swą użyteczność. To wszystko jednak nie upoważnia nas jeszcze do tego, aby z istnieniem się jej nie liczyć i przechodzić nad nią do porządku dziennego. — Nie chcielibyśmy jednak być fałszywie zrozumiani.

To, że różnice proceduralne, o których była mowa, mają dla nas swoje znaczenie, to, żebyśmy nawet na ich podstawie chcieli rozwiązać problem hierarchji norm, nie oznacza bynajmniej tego, aby szukane przez nas kryterjum prawnoklasyfikacyjne miało koniecznie zaraz się łączyć z rodzajem jakości organu stanowiącego. W przyszłym i ostatnim rozdziale naszej pracy, będziemy się starali wykazać, że wskazane momenty proceduralne umożliwiają nam istotnie rozwiązanie interesującego nas zagadnienia, ale w inny nieco sposób.

Już zgóry tu pragniemy zapowiedzieć, że proponowana podstawa prawnoklasyfikacyjna będzie natury nie pozytywnej, ale negatywnej, będzie wiązać się momentem nie wydawania, ale uchylania przepisu.

IV

Przy końcu poprzedniego rozdziału stwierdziliśmy fakt istnienia na świecie pewnych przeciętności proceduralnych.

Nie ograniczyliśmy się jednak do samego tylko tego stwierdzenia, zaznaczyliśmy równocześnie, że proponowana przez nas podstawa klasyfikacyjna, związana ściśle z czynnikiem procedury, łączyć się będzie jedynie z jego stroną negatywną, czyli zależną będzie od sposobu nie wydawania, ale uchylania przepisu.

Teraz mamy za zadanie, wyjaśnić, co skłania nas do stawiania podobnych twierdzeń. Otóż skłaniają nas do tego pewne

momenty z natury swej bardzo proste i łatwo dostrzegalne. Mamy aż nadto często sposobność zetknąć się z przepisami, których uchylanie dochodzi do skutku w sposób nieodpowiadający w niczem, formie stosowanej przy ich wydawaniu. Zdarzają się nieustannie wypadki, w których przepis, wydany w sposób łatwy i uproszczony, usuniętym być może, jedynie znacznie trudniej — a mają miejsce także i takie wypadki, w których odwrotnie, proceder uchylania normy, jest prostszym od formy, stosowanej kiedyś przy jej stanowieniu.

Ten, co decydując o stopniu normy, patrzyłby jedynie na sposób jej powstawania, ten, naszym zdaniem, zapominałby zupełnie o tem, tak bardzo przecież ważnym momencie, zapominałby o otaczającej go rzeczywistości prawnej. Określając pozycję każdego przepisu, już z chwilą jego powstawania, wyciskając na nim już z tą chwilą niezmienną jakby etykietę, nie dopuszczałby on możliwości, mogących się zdarzyć zmian w stanowisku normy i grzeszyłby nieliczeniem się dostatecznem z jej ewentualnością.

Przecież samo życie uczy nas o tem, jak zaraz to zresztą, zademonstrujemy, że normy prawne pod względem siły ich obowiązywania, nie mają w sobie nic z niezmienności, ale że ulegają pod tym względem częstym przeobrażeniom i fluktuacjom. Ten sam przepis, który w chwili powstawania, obdarzony był siłą względnie słabą i posiadał stanowisko stosunkowo skromne, może nieraz już w parę miesięcy później, posiadać moc nierównie większą i pozycję znaczniejszą.

Otóż co naszym zdaniem, może być jedynie wierną miarą, tej specyficznie prawnej siły, co może być, że się tak wyrazimy, termometrem i to ze wszystkich najczulszym jej każdorazowo innego napięcia? Mogą nim być jedynie kautele rewizyjne, które stanowią dla nas prawników, jedynie dostrzegalny i dostatecznie skryształizowany, wyraz mocy prawnej przepisu, jedynie dobre a przedewszystkiem uchwytne prawne jej zobrazowanie. Kwestja łatwiejszego, względnie mniej łatwego uchylania normy, to nie kwestja czczej formalistyki, ale jedyny praktycznie widomy odblask jej hierarchicznego stanowiska.

Już sam prosty rozum wskazuje, że usunięcie rzeczy lżejszej nie wymaga nigdy tak skomplikowanej i ciężkiej aparatury, co usunięcie rzeczy z natury swej cięższej. Im norma jakaś do

uchylenia trudniejsza, tem moc jej większa i stanowisko hierarchiczne wyższe, przeciwnie im przepis jakiś do uchylenia lżejszy, tem siła jego słabsza i też znaczenie odpowiednio niższe.

Myśl powyższa odmiennie nieco, a jeszcze jaskrawiej wyrażona dać nam może formułę następującą: ciężar gatunkowy normy zależy od ciężaru aparatu, którego uruchomienie jest dla uchylenia normy potrzebnem i prawnie przepisaniem.

Jeżeli jednak mówimy o mogących się zdarzać przeobrażeniach w natężeniu siły tej samej normy, to postarajmy się jeszcze to udowodnić i zilustrować na paru konkretnych przykładach.

Pierwszy taki przykład, przykład historycznie aż nadto dobrze znany, stanowią słynne rozporządzenia Napoleona III, wydawane w okresie jeszcze jego prezydentury, a to pomiędzy 2 grudniem 1851 r. a 29 marcem 1852 r. Przepisy, o których mowa, mają niewątpliwie w chwili ich wydawania, wszelkie atrybuty typowych rozporządzeń, które wydane przez egzekutywę, mogą być również za jej decyzją w każdej chwili uchylone. Przepisy te jednak z dniem 14 stycznia 1852 r., tracą swój dotychczasowy charakter, stosownie bowiem do tenoru art. 58, w dniu tym ogłoszonej konstytucji, nabierają one mocy ustaw (*force des lois*) i jako takie, mogą być z tą chwilą usuwane jedynie parlamentarnie. Mamy tu, do czynienia z klasycznym wypadkiem podniesienia istniejących już przepisów o jeden szczebel wyżej, w hierarchii prawnej, z wypadkiem prawnej ich metamorfozy.

Ale jeszcze jeden przykład historycznie nam znacznie bliższy — bo współczesny. Dotyczy on faszystowskich ustaw zasadniczych, wydanych po przewrocie, a to między 26 listopadem 1925 r. a 9 grudniem 1928 r. Ustawy te, których znamy cały szereg, mimo że się mieniają konstytucyjnymi, nie zasługują z początku na to miano, ponieważ nie znają specjalnych, chroniących je klauzul rewizyjnych i pod względem swej zmienialności są na warunkach ustaw zwykłych. Dopiero z dniem 9 grudnia 1928 r., t. j. z dniem wydania ustawy o powstawaniu i kompetencjach Wielkiej Rady Faszystowskiej sytuacja ich ulega radykalnej zmianie. Ustawa ta mianowicie zawiera postanowienie, utrudniające zmienialność wskazanych ustaw, które na przyszłość, jako dotyczące pewnych specyficznych przedmiotów, mogą być jedynie zmieniane za zgodą Wielkiej Rady Faszystowskiej.

Drugi wypadek, nie mniej od pierwszego charakterystyczny, prawno-formalnego podniesienia poziomu pewnych przepisów z tą jedynie różnicą, że tam rozporządzenie przekształca się w ustawę, tu ustawa zwykła w konstytucyjną.

Ale skończmy z przykładami, wróćmy jeszcze do postawionej przez nas tezy i zastanówmy się nad samą jej oryginalnością?

Czy system klasyfikowania norm, na podstawie przez nas wskazanej, jest w nauce prawa czemś dotychczas nieznanem i czy w związku z tą kwestją moment klauzul rewizyjnych nie grał na terenie tej wiedzy nigdy żadnej roli? Postawienie podobnego twierdzenia byłoby z naszej strony czemś zanadto śmiałym. Współczesna nam nauka, przynajmniej w niektórych jej odcieniach, daleką jest od ignorowania ważności interesujących nas klauzul, a nawet, w związku z obchodzącym nas problemem, ważność tę niejednokrotnie wybitnie podkreśla. Jej słabą stroną w tym wypadku to jedynie fakt, że czyni to najczęściej w sposób niewłaściwy, w sposób pod względem użytej metody niedociągnięty. Taką próbą, mającą pewną wartość, a jednak zasadniczo wadliwą, gdyż niedociągniętą, to próba, wspomnianego już przez nas, podziału ustaw konstytucyjnych na ustawy giętkie i sztywne.

Ustawa materialnie konstytucyjna, byłaby, według tej konstrukcji, sztywną wtedy, kiedy możliwość jej zmiany byłaby specjalnie utrudnioną. Z konstytucją giętką mielibyśmy natomiast tam do czynienia, gdzie, jak np. w Anglii, ustawy materialnie zasadnicze uchylanemi bywają w ten sam sposób co zwykle.

Wadliwość całej konstrukcji leży, jak już powiedzieliśmy, w jej niedociągnięciu. Ci, którzy ją budują, nie są dalekiemi prawdy, ale są oni zbyt chwiejni, aby dotrzeć do jej sedna. Idą oni dobrą drogą, ale zatrzymują się w jej połowie. Zasługą ich, to, że ocenili należycie ważność momentu rewizji przepisu, błędem ich to, że, nie ograniczając się do niego, skombinować go chcieli z bezwartościową koncepcją materialnej ważności. Konstytucja nie jest nigdy ani giętką, ani sztywną. Jest ona albo nie jest konstytucją, i na tem koniec.

Konstytucja sztywna jest konstytucją, ale bynajmniej nie ze względu na taką lub inną swą treść i ośnowę, lecz jedynie (podkreślam jedynie) z powodu utrudnionej swej zmienialności.

W przeciwieństwie do tego, t. zw. konstytucja giętka, nie chroniona specjalnie, mimo tej lub innej treści, konstytucją nie jest. System angielski np., to nie system konstytucji giętkiej, ale zwykły system bez konstytucji. Konstytucyjny system amerykański, to nie system sztywny, ale poprostu system konstytucyjny.

Jeżeli jednak, idąc konsekwentnie raz obraną linią i zbaczając z utartej drogi, podkreślamy fakt istnienia państw bez konstytucji, to nie możemy zaprzeczyć, że sprawia nam to pewien wysiłek myślowy. Przyzwyczajeni jesteśmy widzieć w każdym ustroju pewien ustalony niezmienny szablon, pewien jakby skostniały schemat i mimo woli mamy stałą pokusę naginania do niego otaczającej nas rzeczywistości. Takim właśnie szablonem hierarchji jest hierarchja, której pierwszy szczebel zajmuje konstytucja, drugi ustawa, trzeci rozporządzenie i t. d. Ulegając sugestji tego szablonu, sugestji, pozbawionej zresztą całkiem rozumowej podstawy, staramy się wtłoczyć w jego ciasne ramy otaczający nas, a rozsadzający te ramy świat zjawisk realnych. Czynimy to częstokroć, jak to widzieliśmy, kosztem nawet samej logiki. Całość prawna nie ukoronowana konstytucją, to dla nas jakaś anomalja, obca nam i nie sympatyczna. Chcemy ją usunąć za każdą cenę i tworząc choćby wspomnianą konstrukcję konstytucji giętkiej usuwamy istotnie w naukowo zresztą całkiem błędny sposób.

Otóż zdać sobie trzeba nareszcie sprawę z całej wadliwości takich poczynañ i zarzucić je raz na zawsze.

Schemat klasyczny drabiny norm, drabiny, w której nie brakuje ani jednego szczebla, to tylko, wiedźmy o tem dobrze, pewna przeciętna, względnie pewien szablon. Życie odbiega nieraz od tej przeciętnej, i to odbiega często nader daleko¹⁾.

Ale przejdźmy teraz jeszcze do innej kwestji, wymagającej paru wyjaśnień dodatkowych. Moglibyśmy może spotkać się z zarzutem, że czynnik procedury uchylającej jest czemś w życiu

¹⁾ Najlepszą ilustracją takiego odbiegnięcia, to stosunki, panujące na terenie Niemiec Hitlera. W Niemczech dziś niema nietylko, tak jak w Anglii, ustaw zasadniczych, ale wobec tego, że wszystko może być zmienione w drodze rozporządzeń, niema tam także obecnie ustaw zwykłych. W drabinie norm brakuje tam nie jednego, ale dwóch szczebli (Patrz: A. Mycielski, *Podstawy ustrojowe Niemiec współczesnych Nowe państwo*, T. III, z. 3, 1934 r.).

prawnem zbyt zróżnicowaniem aby móc odgrywać rolę uchwytne go miernika. Zarzut ten trzeba przyznać jest z rzędu poważniejszych. Usprawiedliwia go wielka ilość sposobów uchylania przepisów oraz trudność uchwycenia zachodzących między nimi, nieraz ledwo dostrzegalnych, różnic. Trzeba przyznać, że sama choćby rewizja ustaw zwykłych nie jest bynajmniej wszędzie jednakową i stosowaną bywa bardzo rozmaicie (tu wymaga np. uchwały jednej izby, tam dwóch, tu idzie w trybie szybszym, tam wolniejszym i t. d.). Nie można zaprzeczyć również, że i rewizja konstytucji, to proceder także niezawsze jednolity, ale bardzo nieraz zróżnicowany zależnie od momentu większości kwalifikowanej, momentu każdorazowo innego ciała rewizyjnego i t. d.

Wątpliwości tego typu mimo, że z pewnych przyczyn zrozumiałe, usprawiedliwić w pełni się jednak nie dają. Punktem wyjściowym przy konstruowaniu naszej tezy był fakt, fakt, naszym zdaniem, oczywisty istnienia na świecie pewnych przeciętności, pewnych jakby wypadkowych. Jedną z takich wypadkowych, to pewna przeciętna zwykłej procedury parlamentarnej, drugą pewna przeciętna procedury konstytucyjnej i t. d. Między poszczególnymi formami rewizji w poszczególnych państwach, formami jednego typu zachodzi często niewątpliwie cały szereg różnic (nie myślimy temu przeczyć), istnieje jednak obok różnic długi szereg ważniejszych od nich podobieństw i punktów stycznych. Rodzajem jakby syntezy tych pokrewnych i wspólnych momentów jest, jak powiedziałem już, pewna wypadkowa, której praktyczno-prawnej użyteczności na terenie dogmatyki prawa nie wolno w żadnym razie lekceważyć.

Poszczególne kategorie przepisów prawnych, musimy to podkreślić z całym naciskiem, to kategorie zawsze nieco zmienne, zawsze nieco płynne i tak jak materiał, z którego powstają, materiał stale trochę sypki, nie mające nic w sobie z definitywności. Klasyfikacja tych kategorii, to pewien tylko możliwie do prawdy zbliżony przekrój, obraz wzajemnego stosunku pewnych przeciętności.

Ale przejdźmy skolei do innej jeszcze kwestji wymagającej może pewnego wyjaśnienia.

Jeżeli przepis jest tem wyższy im trudniej go uchylić, to jak tu sobie poradzić z przepisem, który jako niezmienny nie

podlega tem samem żadnej rewizji. A więc choćby np. z przepisem ustawy francuskiej z 14 sierpnia 1884 r., w której zagwarantowaną jest wiecześnie republikańska forma rządów Francji.

Odpowiedź na to pytanie jest jedna tylko i to naogół bardzo krótka.

Zaliczenie przepisu niezmiennego do jakiejkolwiek klasy prawno-hierarchicznej wchodzi w sferę praktycznej niemożliwości i jako takie usuwa się samo przez się z zakresu właściwych nam badań. Przepis niepodlegający uchyleniu, to przepis prawnie nie najwyższy, ale stojący jakby poza hierarchją. Wyznaczenie mu ściśle określonego szczebla w drabinie norm (nawet w razie przyznania mu natury powinnościowej a nie tylko życzeniowo-deklaratoryjnej) wchodzi w sferę nie dających się przełamać praktycznych niemożebności.

Ale podkreślony przez nas moment niezmienności przepisu ma jeszcze drugą swoją stronę, ma jakby swój negatyw. Tą odwrotnością, odwrotnością niezmienności, wymagającą również paru uwag z naszej strony, to wypadek zmienności niczem nieograniczonej, niczem nie utrudnionej.

Do jakiej klasy w hierarchji norm należeć będzie przepis, który tak jak np. przepis zwyczajowy nie jest chroniony żadną klauzulą pozytywną. Przepis, którego sposób rewizji nie jest pozytywnie zdeterminowany. Weźmy np. choćby dobrze znany zwyczaj amerykański zapoczątkowany za czasów Waszyngtona, podług którego wybór ponowny prezydenta Stanów Zjednoczonych na bezpośrednio następujący okres urzędowania jest tylko raz dopuszczalny. Czy określenie tego rodzaju zwyczaju mianem zwyczaju konstytucyjnego jest rzeczywiście określeniem naukowo ściśłem? Czy taka jego klasyfikacja jest faktycznie trafną? Nie trudno, naszym zdaniem, przekonać się że nie. Przepis o który chodzi zapoczątkowany faktem odmowy Waszyngtona powstał na skutek pewnego precedensu, źródłem jego był precedens. Tak jak jeden precedens stał się dlań źródłem powstania, tak w każdej chwili inny precedens (precedens którego naturę trudno jest oczywiście przewidzieć) może stać się zawsze przyczyną jego uchylenia. Sposób każdorazowego usunięcia zwyczaju nie jest nigdy wyznaczony przepisem pozytywnym, ale ma formę zawsze nieokreśloną.

Fakt ten jest oczywiście dla nas wystarczającym. Wyznaczanie szczebla hierarchicznego normie zwyczajowej to to samo, co wyznaczanie go normie niezmiennalnej.

Brak koniecznego w obu wypadkach miernika, jakim mogą być jedynie kautele pozytywne czyni wyznaczanie to praktycznie niemożliwym. Norma zwyczajowa może być równie dobrze prawną, jak norma niezmiennalna (nie myślimy temu przeczyć), ale tak samo jak tamta jest czemś stojącym poza hierarchją, jej stanowisko prawne, to rzecz dogmatycznie nie uchwytne i na skutek tego dla nas nieinteresująca.

Jednak wyświeślenie tego punktu, punktu wprowadzie ważnego, ale bądź co bądź nie zasadniczego, nie może tu wystarczać, ani też zwalniać nas z obowiązku innych jeszcze wyjaśnień. Domaga się ich pojęcie o wiele dla nas istotniejsze, pojęcie samej klauzuli rewizyjnej.

Kiedy klauzula, o której mowa, zasługuje faktycznie na to miano? Kiedy jest ona klauzulą naprawdę prawną? Odpowiedź naszą ujmijmy w krótką formułę. Klauzula rewizyjna zasługuje jedynie wtedy na miano prawnie obowiązującej, kiedy przestrzeganie jej jest prawną koniecznością, nie zaś tylko możliwością.

Formuła tak ujęta może wywołać w pierwszej chwili pewne zdziwienie.

Jako a więc mogą być wypadki, w której klauzula pozytywna, klauzula ścisłym przepisem objęta może być dowolnie przestrzegana, względnie nieprzestrzegana? Jako a więc może być przepis prawny, którego przestrzeganie nie jest koniecznością? O tem, że przepisy tego typu faktycznie istnieją uczy nas najlepiej przykład wzięty z bliskiego nam terenu Niemiec współczesnych.

Rewizja konstytucji w Niemczech Hitlera może mieć w tej chwili formę dwojaką. Wobec dalszego obowiązywania art. 76 dawnej konstytucji może ona zawsze jeszcze przybrać formę wejmarską, formę specjalnie utrudnioną, ale z chwilą, kiedy od czasu przewrotu może być dokonana również w sposób prostszy, formy tej bynajmniej przybierać nie musi.

Otóż art. 76 konstytucji wejmarskiej, artykuł pozytywnie istniejący, ale prawnie omijalny, to dla nas klasyczny jakby typ klauzuli nie będącej nią naprawdę, typ klasyczny pseudoklauzuli. Klauzula taka, chroniąc przepis tylko pozornie, nie może w żadnym

wypadku być miernikiem prawdziwej jego pozycji w drabinie norm. Ale zjawisko klauzul, klauzul, które ochrzciliśmy mianem pozornych, to w świecie zjawisk prawnych rzecz nietylko dostrzegalna, ale nawet bynajmniej nie tak rzadka, jakby się w pierwszej chwili wydawać mogło. — Art. 76 konstytucji wejmarskiej to jedynie najjaskrawsza ich odmiana. Do klauzul pozornych należą, naszym zdaniem, nietylko klauzule, które pozornie swą jawność okazują, ale również i te, które ją najstaranniej nawet ukrywają. Do takich zamaskowanych pseudoklauzul należą np. klauzule konstytucyjne, których omijanie w drodze zwykłego ustawodawstwa nie spotyka się z żadną praktyczną trudnością. Tam, gdzie zgodność ustaw zwykłych z zasadniczymi, badaną jest jak w Ameryce przez sądy, tam oczywiście zmienialność konstytucji jest naprawdę utrudnioną, w krajach jednak, gdzie kontroli takiej brak, tam utrudnienie to ma naturę nieraz teoretyczną. Pogwałcenie sankcjonowanego na papierze systemu rewizyjnego, może w krajach tych często mieć miejsce nie powodując zwykle żadnej praktycznej reakcji.

I dlatego to powtórzmy raz jeszcze zdanie przed chwilą sformułowane: klauzula rewizyjna jest tylko wtedy prawdziwą klauzulą, kiedy przestrzeganie jej jest prawną koniecznością. Tylko w tym wypadku klauzula, o której mowa, może być dostatecznie wiernym miernikiem poszczególnych szczebli w drabinie norm.

Ale na zakończenie jedno jeszcze, ostatnie zresztą wyjaśnienie. Wskazany przez nas sposób podziału norm, to sposób zasadniczy. Dokonany na jego zasadzie podział klasyfikacyjny, to podział podstawowy, podział w głównych jakby zrębach.

Podział tego typu nie wyklucza bynajmniej możliwości istnienia pewnych podziałów dodatkowych. Podstawą do tego rodzaju podziałów, mogą być pewne czynniki formalne natury nie pierwszo ale drugorzędnej. O istotnej formie jakiegoś przepisu decyduje tylko, jak to widzieliśmy, jeden czynnik, charakteryzuje ją jednak zwykle cały szereg czynników. Do takich czynników o samej istocie formy nie decydujących, ale ją charakteryzujących, należy np. moment jakości organu stanowiącego dalej rodzaj źródła prawnego, z którego dana norma się wywodzi i t. d. (Charakterystyczną np. chociaż nie konieczną cechą ustawy jest jej pochodzenie parlamentarne).

Takie lub inne kształtowanie się wskazanych czynników, czynników, które określiliśmy mianem drugorzędnych nie wpływa wprawdzie nigdy na powstanie jakiejś nowej odmiany prawną formalnej, w łonie jednak jednej grupy przepisów służyć nam może do pewnych dalszych podpodziałów¹⁾.

Sądzymy, że proponowany przez nas system zasadniczy, uzupełniony w sposób wskazany dać nam może nie jedną praktyczną korzyść. Jeżeli istotnie tak, to cel przez nas zamierzony został w zupełności osiągnięty i właściwy nam temat wyczerpany.

STRESZCZENIE CAŁOŚCI

Dla bardziej wyrazistego uwypuklenia całości przeprowadzonych przez nas badań, pozwolimy sobie powtórzyć w kilku głównych rysach zasadniczą ich ośnowę.

Praca nasza poświęcona jest problemowi klasyfikacji hierarchicznej norm prawnych. Postanowiliśmy w niej zastanowić się nad istniejącymi możliwościami najodpowiedniejszego podziału norm, nad sposobami najwłaściwszego uchwycenia istniejącej między nimi relacji. Stawiając sobie jednak za zadanie zbadanie wskazanego problemu, badaliśmy go z jednego tylko stanowiska, a mianowicie ze stanowiska wyłącznie dogmatycznego. Obierając ten kierunek wiedzieliśmy oczywiście, że uzyskane przez nas wyniki dotyczyć będą z konieczności jednej tylko strony zagadnienia, którego rozwiązanie zupełne musiałoby się składać nie z jednej, ale z dwóch części, a więc strony nie tylko dogmatycznej, ale i teoretycznej. Uzyskane przez nas zdobycze są (zdajemy sobie z tego sprawę) czemś fragmentarycznym, są one narazie jakgdyby połową znacznie większej całości.

Płaszczyzna myślenia dogmatycznego, względnie praktycznego, nie jest jednakowoż płaszczyzną tak ciasną, za jaką niejednokrotnie uchodzić zwykła.

¹⁾ W grupie rozporządzeń, zamkniętą kategorię tworzy np. specjalna podgrupa dekretów. Dekrety wyróżniają się od reszty rozporządzeń tem, że czerpią swą moc nie z ustaw zwykłych, ale bezpośrednio z tekstów konstytucyjnych. (Patrz A. Mycielski *Dekrety w powojennym prawie konstytucyjnym*, *Ruch prawny i ekonomiczny*, 1933 kw. IV)

Trzy najbardziej częste powody jej niepotrzebnego zacieśniania w nauce dadzą się ująć w punktach następujących:

1. Dogmatycy prawa zanieczyszczają często swą dziedzinę obcemi jej momentami natury politycznej.

2. Grzeszą oni niejednokrotnie partykularyzmem, ulegając przy tworzeniu pojęć ogólniejszych sugestji wpływów lokalnych i związanej z nią magii pewnych wyrażań.

3. Nie mogą oni utrzymać się przy samej tylko dogmatyce, łącząc z nią niejednokrotnie (a to kosztem czystości metody) również i teorię.

Zdając sobie jasno sprawę z trzech grożących nam niebezpieczeństw, staraliśmy się w naszej pracy najstaranniej ich unikać. Naszem stałem dążeniem było zachowanie jedności pewnej linii myślowej, linii w danym wypadku ściśle praktyczno-prawnej. Jednocześnie chodziło nam usilnie oto, aby dogmatyczne to nastawienie wolnem było od szkodliwych nalotów politycznej i partykularystycznej natury.

Obrana przez nas metoda wiernie, o ile możliwości, przestrzegana to jaknajszerszej rozumiana metoda porównawcza.

- I. Pierwszy ustęp polemicznej części naszej pracy zajęła nam analiza krytyczna poglądów, które ochrzciliśmy mianem materialnych. Określiliśmy tem mianem doktryny, podług których o stopniu przepisu decyduje każdorazowo nie jego forma, ale moment rzeczowej jego zawartości.

Poddaliśmy analizie z kolei trzy takie koncepcje:

1. Pierwszą z nich to klasyczna doktryna myślicieli niemieckich z końca ubiegłego wieku. Stosownie do zapatrywań tych myślicieli, przepis prawny zasługuje na miano ustawy materialnej tylko w wypadku, kiedy stanowiąc o prawach podmiotowych obywateli wnosi do interesującego ich stanu prawnego jakąś zmianę. Przepis takiej zmiany nie przynoszący nie jest ustawą w sensie rzeczowym, ale jest nią jedynie w sensie formalnym.

Wobec niemożliwości stwierdzenia istnienia przepisów dla obywateli podmiotowo obojętnych oraz ścisłego odgraniczenia ich od sfery nieobojętnych klasyfikacja o którą chodzi, nie jest do utrzymania. Klasyczna doktryna niemiecka, zawierająca pewną próbę częściowego rozwiązania interesującego nas problemu, nie

potrafiła go rozwiązać nawet w części, t. j. nawet nie na odcinku ustaw i rozporządzeń.

2. Drugą z kolei doktryną z rzędu omówionych, to doktryna innego nieco typu. Według niej stopień normy zależy od momentu ważności jej i znaczenia. Tak jak oczy klasyków niemieckich nie mogą wyjść poza zasięg ustaw i rozporządzeń, tak znowu wzrok wyznawców tej doktryny biegnie innym nieco szlakiem. Stosunek ustaw zwykłych do zasadniczych, to rzecz dla nich najważniejsza. Sądzą oni, że podkreślana przez nich cecha specjalnej ważności pewnych ustaw stanowi upoważnienie do zbudowania z nich osobnej klasy i kategorii. Interesujący ich ponad wszystko problem konstytucyjności materialnej podstaw ustrojowych jest, ich zdaniem, do rozwiązania, ale jedynie i wyłącznie na wskazanej płaszczyźnie.

Błądność drugiej tej koncepcji jest dla nas równie oczywistą, jak mylność poprzedniej. Pojęcie ważności jest z istoty swej pojęciem zanadto względnem i relatywnym, jest czemś z natury swej zbyt wieloznacznym. Próba zhierarchizowania norm na podstawie ich ważności bez ścisłego dostatecznie, a uprzedniego określenia samego pojęcia ważności, musi wypaść i wypada negatywnie.

3. Trzecią wreszcie na ostatek doktryną materialną, jest doktryna, której rdzeniem jest pojęcie ogólności. Norma podług tych zapatrywań uzyskuje tylko o tyle stopień ustawy materialnej, o ile ma charakter ogólny, o ile właściwą jej cechą jest stanowienie „generaliter“.

Otóż jakie momenty składają się, zdaniem najpoważniejszych przedstawicieli tej koncepcji, na pojęcie ogólności, jaką podług nich musi być norma, aby móc zasługiwać na miano ogólnej?

Aby zasługiwać na to miano musi mieć ona wygląd następujący:

a) musi być dyspozycją niedostosowaną do jednego tylko wypadku ale do pewnego gatunku wypadków;

b) musi, jako niedostosowana, do wypadku konkretnego nie zwracać się nigdy pod adresem jakichś osób indywidualnie określonych, ale jedynie do pewnych ich klas czy gatunków.

Pojęcie, którego podstawę stanowią dwa wskazane momenty jest naukowo nieściśłem a to z dwóch powodów:

a) wiązanie czynnika konkretności wypadku z czynnikiem określoności prawnego adresata, nie jest czemś dostatecznie uzasadnionem. Wiążący te dwa momenty zapominają o tem, że nie są one zawsze ściśle ze sobą związane, o czym świadczy najlepiej chociażby przepis wyczerpujący się w jednym konkretnym wypadku, a dotyczący równocześnie pewnej klasy osób.

b) Ścisłe odgraniczenie pojęcia klasy podmiotów od pojęcia jednostki zdeterminowanej jest praktycznie nieosiągalnem. Istnieją przepisy zwrócone pod adresem pewnej klasy osób, które mogą być równie dobrze rozumiane, jako zwrócone pod adresem pewnych całkiem konkretnie zdeterminowanych jednostek.

II. O ile pierwszy ustęp polemicznej części naszej pracy, zajęła nam analiza doktryn ochrzczonych przez nas mianem materialnych, o tyle przeciwnie drugi ustęp dotyczy całkiem innej materji. Wypełniła go w zupełności krytyka całego szeregu koncepcji, już nie materialnej ale formalnej natury, koncepcji w których moment nie treści lecz formy decyduje o prawnej pozycji normy.

Poddanych naszej analizie zostało z kolei pięć takich koncepcji.

1. Pierwszą z nich to koncepcja, którą nazwać można lingwistyczną. Identyfikując pojęcie formy normy z jakością nazwy jej oficjalnej, grzeszy ona najdalej idącą powierzchownością. Zagadnienie formy, zagadnienie nawskroś prawnicze nie jest i nie może być nigdy zagadnieniem językowym. Użycie przez ten lub inny przepis tego lub innego państwa, takiej lub innej nomenklatury, nie może mieć tu żadnego absolutnie znaczenia.

2. Drugi pogląd, nie mniej od pierwszego popularny i równie jak on fałszywy, to pogląd podług którego na formę normy wpływa w dużej mierze sposób, w jakim bywa ona ogłaszana względnie promulgowana.

a) Myślący o publikacji zapominają przede wszystkim o tem, że ogłaszanie jak z samego terminu wynika, jest jedynie podawaniem do wiadomości czegoś już istniejącego. Publikacja sama przez się normy nie tworząc, nie ma żadnego wpływu na to lub inne prawne jej stanowisko.

b) Co się tyczy momentu promulgacji, to moment ten przy podziale przepisów, nie może również grać żadnej roli. Formuła promulgacyjna to zwykła formuła z rzędu egzekucyjnych. Wiemy

zaś, że formuły tego typu nie są jakąś rzadkością, ale charakterystycznym zakończeniem każdego prawie tekstu przepisu prawnego.

3. Trzecia z kolei próba podziału norm, to podział dokonywany na podstawie stanowiska ich wobec sądu. Do jednej grupy należeć by miały przepisy sądowo kontrolowane, do drugiej sądowo niekontrolowane.

Próba tego typu zawodzi z dwóch przyczyn:

a) Po pierwsze, amerykański system kontroli ustaw zyskał ostatnio na terenie i nie jest już dziś bynajmniej na świecie rzadkością.

b) Po drugie nawet w krajach nie znających systemu kontroli materialnej ustaw istnieje, bo istnieć musi zawsze i to w odniesieniu do wszystkich przepisów, pewien stopień sądowej kontroli formalnej. Badanie normy pod kątem pewnego niezbędnego „minimum” poprawności formalnej musi z samej natury rzeczy zawsze mieć miejsce.

4. Czwartą z kolei koncepcją klasyfikacyjną, to koncepcja kelsenistyczna. Kryterium klasyfikacyjne, które przy podziale norm na poszczególne grupy służy Kelsenowi za podstawę, to jedynie moment pochodzenia danej grupy, moment źródła prawnego, z którego dana klasa się wywodzi. Przepis warunkujący z punktu widzenia prawnego, powstanie drugiego przepisu stoi od niego hierarchicznie o jeden szczebel wyżej. Przepis w stosunku do normy służącej mu za podstawę, jest o jeden stopień niższym.

Głównym grzechem Kelsena to to, że pojęcie hierarchii związane z pojęciem wartości, stało się w jego mniemaniu tem samem, co zasadniczo różne pojęcie logicznej kolejności, w którym moment wartościowania nie gra żadnej roli. Czynniki pierwszeństwa względnie następstwa przeszczepiony z logiki na teren prawa i użyty tamże, jako kryterium klasyfikacyjne, wprzęgnięty został w obcą mu rolę i roli tej oczywiście spełnić nie był w stanie.

5. Piątą wreszcie i ostatnią doktryną z rzędu omówionych, to doktryna według której o pozycji przepisu, decyduje każdorazowo jedynie jakość organu przepis stanowiącego. Wyznawców tej doktryny podzielić można na dwa odłamy:

a) Do pierwszego odłamu należą ci, dla których organ esencji jakościowo wyższej, wydawać będzie normy wyższej natury, organ

jakości niższej — przepisy niższej kategorii (Ustawa będzie ustawą, bo jest dziełem parlamentu, konstytucja konstytucją, gdyż jest tworem konstytuancy i t. d.).

Największym błędem tego odłamu, to jego wirowanie w błędnem kole. Różnicuje on jakościowo organy państwowe, zależnie od rodzaju funkcji przez organy te spełnianych, równocześnie same funkcje dzieli on, zależnie od jakości organów funkcje te spełniających. (Władza konstytuująca jest dlatego konstytuującą, ponieważ w zakres jej wchodzi tworzenie konstytucji, naprzemian konstytucja jest dlatego konstytucją, ponieważ jest dziełem konstytuancy i t. d.).

b) Wyznawcy drugiego odłamu idą nieco inną drogą, dla nich jakość normy prawnej, związana jest z jakością organu stanowiącego tylko dlatego, ponieważ zależy od rodzaju form stosowanych przy jej wydawaniu. Ustawa zatem ma formę ustawy nie dlatego, że jest emanacją „woli ludu“, ale ma ją jedynie dlatego, że przy jej stanowieniu stosowano pewien charakterystyczny i wyróżniający się od innych proceder zwany parlamentarnym. Rozporządzenie ma formę rozporządzenia nie dlatego, że jest dziełem władzy niższej esencji, ale jest rozporządzeniem dlatego, ponieważ procedura potrzebna aby je ustanowić, jest natury swoistej, lżejszej od procedury parlamentarnej.

Błędem wskazanego odłamu, to całkowite nie liczenie się z faktem istnienia przepisów, których uchylanie dochodzi do skutku w sposób nieodpowiadający formie stosowanej przy ich wydawaniu. Zdarzają się nieustannie wypadki, w których przepis wydany w sposób łatwy i uproszczony, usuniętym być może jedynie znacznie trudniej; a mają miejsce także i takie wypadki, w których odwrotnie proceder uchylania normy, jest prostszym od formy stosowanej kiedyś przy jej stanowieniu. Ten co decydując o stopniu normy patrzyłby jedynie na sposób jej powstawania, ten zapominałby niewątpliwie o tym tak bardzo ważnym przecież momencie. Określając pozycje każdego przepisu już z chwilą jego powstawania nie dopuszczałby on możliwości, mogących się zdarzyć zmian w tej pozycji i grzeszyłby nie liczeniem się dostatecznem z jej ewentualnością. Normy prawne pod względem siły prawnego ich obowiązywania, nie mają w sobie nic z niezmienności, ale ulegają pod względem tej siły częstym fluktuacjom. (Za przy-

kład mogą nam tu służyć rozporządzenia Napoleona III, wydane pomiędzy 2 grudniem 1851 r. a 29 marcem 1852 r., oraz faszystowskie ustawy zasadnicze, wydane między 26 listopadem 1925 r. a 9 grudniem 1928 r. W pierwszym wypadku mamy do czynienia z przekształceniem rozporządzeń w ustawy, w drugim wypadku ustaw zwykłych w konstytucyjne).

III. Trzecia część naszej pracy, to część nie polemiczno-negatywna, ale afirmatywno-pozytywna. Na jej treść składa się już nie krytyka cudzych poglądów, ale pewien pogląd własny. Podajemy w niej właściwy, naszym zdaniem, sposób rozwiązania interesującego nas problemu klasyfikacji norm.

Otóż rozwiązanie to, podług nas, będzie rozwiązaniem formalnem, ale innego rodzaju. Proponowana przez nas podstawa prawno-klasyfikacyjna, mimo, że złączona ściśle z czynnikiem procedury, łączyć się będzie jedynie z czynnika tego stroną negatywną, czyli zależną będzie od sposobu nie wydawania, ale uchylania przepisu.

Wobec mogących zachodzić zmian w sile obowiązywania już powstałej normy, moment sposobu powstawania przepisu byłby, jak to wykazaliśmy, momentem nieodpowiednim. Okoliczność ta skłania nas do zrezygnowania z niego i do zastąpienia go jak-gdyby jego odwrotnością. Hierarchiczny szczebel normy prawnej zależy nie od tego, jak jest ona wydawana, ale jak jest rewidowana. O stopniu, zajmowanym przez dany przepis, decyduje każdorazowo jedynie moment związanych z nim klauzul rewizyjnych. Ciężar gatunkowy normy uzależnionym jest od ciężaru aparatu, którego uruchomienie jest dla usunięcia normy potrzebne.

Jeżeli jednak podkreślony przez nas moment rewizji gra dla nas rolę wskazaną, to rola ta z natury rzeczy może być tylko rolą całkowitą, a nie może być nigdy czemś połowicznym. Dlatego to koncepcja nasza jest zasadniczo różną od koncepcji, w której czysto formalny moment klauzuli rewizyjnej skombinowanym jest z obcemi mu czynnikami natury materialnej. (Tego rodzaju doktryną połowiczną i niedociągniętą, to doktryna, na której zbudowany jest podział ustaw zasadniczych, na ustawy giętkie i sztywne. Ustawa materialnie konstytucyjna byłaby według tej błędnej konstrukcji sztywną wtedy, kiedy możność jej zmiany byłaby specjalnie utrudnioną. Z konstytucją giętką

mielibyśmy natomiast tam do czynienia, gdzie ustawy materialnie zasadnicze usuwaniami bywają w ten sam sposób co zwykle).

Jeżeli jednak idziemy raz obraną drogą, to musimy nią iść nietylko konsekwentnie, ale również śmiało, nie lękając się związanych z nią trudów myślowych.

Przyzwyczajeni jesteśmy widzieć w każdym ustroju pewien jakby skostniały wzór i mimo woli mamy stałą ochotę naginania do niego otaczającej nas rzeczywistości. (Takim właśnie wzorem drabiny norm jest drabina, której pierwszy szczebel zajmuje konstytucja, drugi ustawa i t. d.). Ulegając wpływowi tego wzoru, staramy się wcisnąć w jego obręb otaczający nas świat zjawisk. Otóż obrana przez nas linja myślowa wymaga zarzucenia tego rodzaju starań. Schemat klasyczny łańcucha norm, łańcucha, w którym nie brakuje ani jednego ogniwa, to tylko pewna przeciętna, tylko pewien szablon. Życie odbiega nieraz od tej przeciętnej i to odbiega często (jak to np. widzieliśmy na terenie Niemiec współczesnych) nader nawet daleko.

Czyż jednak ten tak ważny dla nas moment procedury uchylającej nie jest czemś zbyt zróżnicowanym, aby móc odgrywać rolę uchwytneho miernika? Nie sądzimy. Punktem wyjściowym przy konstruowaniu naszej tezy był praktycznie dostrzegalny pewnik istnienia na świecie pewnych przeciętności. (Jedną z takich wypadkowych, to pewna przeciętna zwykłej procedury parlamentarnej, drugą — pewna przeciętna procedury konstytucyjnej i t. d.). Między poszczególnymi formami rewizji w poszczególnych państwach, formami jednej natury, zachodzi często niewątpliwie wiele różnic, istnieje jednak obok nich długi szereg ważniejszych od nich podobieństw i punktów zbieżnych. Rodzajem jakby syntezy tych pokrewnych momentów jest pewna wypadkowa, której praktycznej użyteczności prawno-klasyfikacyjnej nie wolno nam jest niedoceniać. Klasyfikacja przepisów prawnych, to, według nas, pewien tylko do prawdy najbardziej zbliżony przekrój.

Z drugim pytaniem, z którym moglibyśmy się spotkać, to ewentualnie jeszcze pytanie następujące:

Jeżeli przepis jest tem wyższy im trudniej go uchylić, to gdzie zaliczyć przepis niezmienny, względnie przepis, który jak np. zwyczajowy nie jest chroniony żadną klauzulą pozytywną.

Odpowiedź na pytanie tego typu jest z naszej strony zbędną. Wyznaczanie szczebla hierarchicznego normie zwyczajowej to to samo, co wyznaczanie go normie niezmiennalnej. Brak koniecznego w obu wypadkach miernika, jakim mogą być jedynie kautele pozytywne, czyni wyznaczanie to praktyczną niemożliwością. Tak norma zwyczajowa jak i niezmiennalna są czymś stojącym poza hierarchją, ich stanowisko prawne, to rzecz dogmatycznie nie do zmierzenia.

Ale obrany przez nas kierunek myśli zmusza nas do jednego jeszcze wyjaśnienia. Domaga się go pojęcie najistotniejsze dla nas pojęcie samej klauzuli rewizyjnej. Kiedy klauzula ta zasługuje naprawdę na miano prawnej? Zasługuje ona na tę nazwę jedynie wtedy, kiedy przestrzeganie jej jest prawną koniecznością, nie zaś tylko możliwością.

Kautele pozytywnie istniejące, ale prawnie omijalne, to dla nas typ, który określić można słowem „pseudoklauzule”. Klauzule takie, chroniące przepis tylko pozornie, nie są nigdy istotną miarą właściwej jego pozycji. Miarą tą, jeszcze raz powtarzamy, mogą być jedynie klauzule nieomijalne.

Wskazany sposób podziału norm, to sposób zasadniczy. Dokonany na jego podstawie podział, to podział podstawowy, nie wykluczający zresztą istnienia podziałów uzupełniających. Podstawą do tego rodzaju podziałów mogą być niektóre czynniki formalne charakteru drugorzędnego, czynniki o formie niedecydujące, ale ją charakteryzujące. Takie lub inne kształtowanie się wskazanych czynników nie wpływa wprowadzić nigdy na powstanie jakiejś nowej klasy prawnej, w łonie jednak jednej grupy przepisów służyć nam może do pewnych dalszych podpodziałów. Wydzielona przez nas z grupy rozporządzeń specjalna podgrupa dekretów wykazała nam naocznie praktyczność proponowanego przez nas uzupełnienia.



Uniwersytet Wrocławski
Biblioteka Wydziału Prawa,
Administracji i Ekonomii

337909 II

Exemplarz udostępniany w czytelni

