

Dr. ANDRZEJ MYCIELSKI

Docent Uniwersytetu Stefana Batorego

FIKCJONALIZM W PRAWIE I NAUCE PRAWA

ROZDZIAŁ I

Punktem wyjściowym naszej pracy będzie pewna ilość dla przykładu podanych fikcji i presumpcji prawnych.

O tym, czym jest fikcja, względnie presumpcja prawna w znaczeniu właściwym, narazie nie wiemy. — Dla ułatwienia sobie będziemy chwilowo szukać ich na tle tych przepisów prawnych, gdzie występują oficjalnie bądź w tekście słownym samego przepisu, bądź w jego tytule. (1). O wyczerpującym przedstawieniu wszystkich przepisów tego typu nie może być mowy, chodzić nam będzie raczej o przedstawienie pewnej ilości najprostszych, szkolnych, że się tak wyrazimy, przykładów.

Pierwszym z nich będzie słynna, z rzymskiego prawa aż nadto dobrze znana, „*fictio legis corneliae*“. (2).

Rzymski obywatel, który umarł w niewoli u nieprzyjaciół, traktowany jest pod względem majątkowym, tak jakby zmarł był w chwili wzięcia go do niewoli. „*Fictio legis corneline*“ umożliwia sukcesję po jeńcu i ratuje jego ewentualny testament, który bez tej pomocy musiałby upaść, jako ostatnia wola niewolnika.

Drugi szkolny przykład rzymskiej instytucji, związanej przez swą nazwę ze słowem „*fictio*“ — to „*actiones utiles*“ grające znaczną rolę w prawie pretorskim (3), względnie „*fictitiae*“, które powstały z „*formula fictitia*“. — W tej formułce pretor polecał sędziemu sprawę, której brak było pewnego warunku, wymaganego przez prawo cywilne. Miał on ją rozstrzygnąć, tak jakby braku tego warunku nie było.

„*Formula fictitia*“ była także formułą skargi, zwanej „*publiciana*“ (4). — „*Publiciana in rem actio*“ miała jako cel tak odzyskanie utraconego przez właściciela bonitarnego posiadania rzeczy „*man-*

cipi“, którą mu właściciel kwiryтары wręczył bez dopełnienia formy mancypanyjnej, jak też odzyskanie posiadania, prowadzącego do zasiedzenia, zanim powstała własność przez zasiedzenie. (5).

Wnoszący skargę publicjańską musiał wykazać słuszny tytuł nabycia posiadania i dobrą wiarę.

Trzeci przykład rzymskiej instytucji poszukiwanego przez nas typu — to instytucja fikcyjnego obywatelstwa rzymskiego. — Gaius (4. 37.) mówi o niej, co następuje: „Item civitas romana peregrino fingitur, si eo nomine agat aut cum eo agatur, quo nomine nostris legibus actio constituta est, si modo iustum sit eam actionem etiam ad peregrinum extendi; veluti si furti agat peregrinus aut cum eo agatur. — Nam si cum peregrino agatur formula ita concipitur: *Judex esto. Si paret L. Titio ope consilio (ve) Dionis Hermaei filii furtum factum esse paterae aureae quam ob rem eum, si civis romanus esset pro fure damnum decidere operteret — et rel.*“ „Fictio legis corneliae“ znajduje swoje jakby drugie odbicie w prawie kościelnym. Znanym jest tam także przepis, według którego testator, porwany przez nieprzyjaciół i zmarły na obcej ziemi, traktowany jest, tak jak gdyby umarł w ojczyźnie, a co zatem idzie, testament przez niego działyany jest ważny. — (Par. 5 inst quib. mod. jur part. potest. et tit. ff. de captivit.).

Dalsza oficjalna „fictio iuris“, spotykana na tle małżeńskiego prawa kanonicznego — to fikcja, mająca związek z t. zw. „sanatio in radice“, czyli konwalidacją w zawiązku. — „Matrimonii in radice sanatio est eiusdem convalidatio (mówi kanon 1138 par. I.) secumferens praeter dispensationem vel cessationem impedimenti, dispensationem a lege de renovando consensu et retrotractionem, per fictionem iuris, circa effectus canonicos ad praeteritum“.

Konwalidacja w zawiązku, czyli u korzenia małżeństwa, wynika, stąd że chodzi o naprawę, czyli uważnienie zezwolenia małżeńskiego, będącego istotnym źródłem kontraktu. — Ponieważ stosowana jest w wyjątkowych wypadkach, nazywa się konwalidacją nadzwyczajną. — Konwalidacja małżeńska w zawiązku jest jego uważnieniem, zawierającym w sobie oprócz dyspensy od przeszkody, powodującej nieważność małżeństwa, o ile sama przez się nie ustała, dyspensę od przepisu ponowienia zezwolenia oraz przyznanie małżeństwu skutków prawnych od chwili jego zawarcia. — W zwolnieniu od ponowienia

zezwoleń oraz w działaniu wstecz przez fikcję prawa ze względu na skutki prawne leży zasadnicza różnica między konwalidacją zwykłą a nadzwyczajną.

Inne przykłady przepisów, zwanych oficjalnie w prawie kościelnym „fikcjami” — to przepis, mający związek z kanonikiem penitencjariuszem, który spowiadając w kościele katedralnym w czasie nabożeństwa chórowego, na pewno nie jest w chórze, a którego uważa się jednak za obecnego tamże, ażeby mógł uzyskać dystrybucję. (Wernz V 655 nota 10). Dalej przepis, dotyczący beneficjanta, wykładającego teologię lub prawo kanoniczne, który mimo że w beneficjum nie rezyduje korzysta z dochodów, jakby w nim rezydował (c. fin. de magistr.).

W nowoczesnych ustawodawstwach państwowych przepisy, zwane oficjalnie fikcjami, nie są zjawiskiem częstym, niemniej jednak zdarzają się i tutaj.

Przykład takiego przepisu — to nader zresztą sławny i niejednokrotnie komentowany art. 739 kodeksu Napoleona, dotyczący zastępstwa przy dziedziczeniu. — Artykuł ów mówi całkiem wyraźnie: „La représentation est une fiction de la loi, dont l'effet est de faire entrer les représentants dans la place, dans le degré et dans les droits du représenté“ (6). — Inny przepis tego typu — to art. 3 polskiej ustawy z dnia 2-go sierpnia 1926 r. W swym par. I mówi on, co następuje: „Miejscem zamieszkania według ustawy niniejszej, jest miejsce na obszarze Polski, gdzie obywatel polski mieszka z zamiarem stałego pobytu. Jeżeli ma kilka miejsc zamieszkania, właściwe jest prawo miejsca, w którym skupia się główny i przeważający zakres jego działalności. Obywatel polski, mieszkający za granicą podlega prawu obowiązującemu w ostatnim miejscu zamieszkania w Polsce; jeżeli w ogóle zamieszkania w Polsce nie da się ustalić, właściwe jest prawo obowiązujące w stolicy państwa“. — Widzimy z tego artykułu, że dla obywatela polskiego, który nie mieszkał i nie mieszka w Polsce, stwarza się pozorną stałą rezydencję w drodze sztucznej konstrukcji, przyjmuje się mianowicie, że zamieszkuje on stolicę państwa, która stanowi w danym wypadku rzekome miejsce jego pobytu. To rzekome domicilium ma w praktyce administracyjnej ustaloną nazwę, zwąc się fikcyjnym miejscem zamieszkania. (7). Równoległe z nazwą „fictio iuris“ powstaje na tle prawa rzymskiego inna jeszcze nazwa, — nazwa „praesumptio iuris“.

Klasyczny przykład rzymskiej presumpcji — to „*praesumptio mutiana*“: wiąże się ona z kwestią darowizn między małżonkami, a stanowi domniemanie, w myśl którego za uzyskany od męża uważa się każdy przedmiot majątkowy, będący w posiadaniu żony, o ile ona nie może wykazać jego odmiennego pochodzenia.

„Domniemanie prawne“ — to nazwa współcześnie w praktycznym języku prawnym od nazwy „fikcja“ dużo pospolitsza.

Weźmy pierwszy lepszy kodeks współczesny np. cywilny austriacki i wyliczmy dla przykładu kilka oficjalnych zawartych w nim domniemań.

Par. 24. „Przyjmuje się domniemanie śmierci nieobecnego: 1) jeżeli upłynęło 70 lat od jego urodzenia i 5 lat od ostatniej wiadomości o jego życiu lub jeżeli upłynęło 30 lat od jego urodzenia i 10 lat od ostatniej wiadomości..., 2) Jeżeli na wojnie został ciężko zraniony lub jako uczestnik wojny zaginął, a od końca roku, kiedy wojnę zakończono, upłynęły trzy lata bez żadnej wiadomości o jego życiu, 3) Jeżeli znajdował się na okręcie zatoniętym..., a od końca roku, w którym to się zdarzyło, nie było o nim przez trzy lata żadnych wiadomości. Przyjmuje się domniemanie zatonięcia okrętu, jeżeli nie przybył do miejsca swego przeznaczenia, a od ostatniej o nim wiadomości upłynęły trzy lata“.

Par. 163. „Komu dowiedziolo, że obcował cielesnie z matką dziecięcia w okresie, od którego upłynęło do jej rozwiązania nie mniej niż 180, a nie więcej niż 300 dni..., ten jest domniemanym ojcem dziecka spłodzonego. (Na podstawie tego domniemania sąd orzeknie, że osoba, co do której powyższe dowody przeprowadzono, jest ojcem nieślubnym, pod warunkiem, że osoba ta w procesie nie zdoła przeprowadzić dowodu na przeciwieństwo domniemania, to zn. nie stwierdzi, że mimo spółkowania nie mogła dziecka spłodzić. Dowód, że matka obcowała cielesnie także z innymi mężczyznami w krytycznym czasie, bynajmniej nie wystarcza, skoro nie jest wykluczone, że właśnie on mógł dziecko spłodzić)“.

Par. 1427. „Pokwitowanie z zapłaty kapitału uzasadnia domniemanie, że także odsetki od niego zapłacono“.

Par. 854 pod tytułem „Wspólność domniemana“. — „Miedze... i inne tym podobne przegrody, znajdujące się między gruntami są-

siednimi, uważa się za własność wspólną, jeżeli nie dowiodą czego innego herby...“.

Par. 923, 925, 926, 927. — „Kto zatem przypisuje rzeczy takie właściwości, jakich ona nie ma..., kto tai nadzwyczajne jej wady .., kto zbywa rzecz już nie istniejącą albo cudzą, jako własną, kto fałszywie podaje, że rzecz nadaje się do pewnego użytku..., ten jest za to odpowiedzialny, jeżeli okaże się przeciwieństwo“. — „Rozporządzenie postanowi, jak dalece sięga domniemanie, że zwierzę było chore już przed oddaniem, jeżeli w terminach zakreślonych ujawnią się pewne choroby i wady“. — „Jednak odbiorca może tylko wtedy powołać się na domniemanie prawne, że wada istniała już przed oddaniem zwierzęcia, kiedy natychmiast zawiadomi oddawcę... o wadzie spostrzeżonej albo każe zbadać zwierzę przez biegłego albo też postawi wniosek o sądowe przeprowadzenie dowodu celem zabezpieczenia dowodu...“. Na zasadzie par. 925 p. ks. u. c. rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości postanawia: art. I „Domniemanie, że zwierzę było już chore przed oddaniem, zachodzi wtedy, jeżeli w ciągu dwóch tygodni po oddaniu wyjdą na jaw następujące choroby i wady: u koni... nosaczna..., u bydła rogatego — gruźlica, u owiec — parchy..., u świń — wągry...“.

Par. 23 „W razie wątpliwości, czy dziecko urodziło się żywe czy nieżywe, przemawia domniemanie za pierwszym, kto twierdzi przeciwnie, musi to udowodnić“

Par. 323 i 324. „Posiadacz rzeczy ma za sobą domniemanie prawne ważnego tytułu, nie można go zatem wezwać do jego podania“ „Wezwanie to nie ma również nawet wtedy miejsca, kiedy kto twierdzi, że posiadanie jego przeciwnika nie daje się pogodzić z innymi domniemaniami prawnymi, np. z wolnością własności...“.

Par. 518. „Celem ułatwienia dowodu wzajemnych należności powinni właściciel i użytkowca sporządzić wierzytelny spis wszystkich rzeczy służebnych, jeżeli go zaniechano, jest domniemanie, że użytkowca otrzymał rzecz z wszystkim tym, czego potrzeba do zwykłego jej używania...“.

Par. 1030. „Jeżeli właściciel handlu... pozwala swemu słudze lub uczniowi sprzedawać towar w sklepie..., jest domniemanie, że są oni upęfnomocnieni do odebrania zapłaty...“.

Par. 1033. „Jeżeli biorący i dający kredyt zaprowadzili wspólną

porządną książkę zapisków..., ważne jest domniemanie, że oddawca tej książki jest upoważniony do brania towarów na kredyt“.

Par. 1429 i 1430. „Pokwitowanie, które wierzyciel wydał dłużnikowi na umorzony dług późniejszy, nie dowodzi jeszcze, że także dawniejsze długi inne umorzono, ale jeżeli dotyczy pewnych... wypłat, które należało świadczyć właśnie z tego samego tytułu i w pewnym terminie, należy domniemywać się, że ten, kto wykazuje się pokwitowaniem z zapłaty w ostatnim terminie płatności również zapłacił kwoty wcześniej płatne“. „To samo domniemanie istnieje co do kupców. „, że w razie pokwitowania przez nich rachunku z okresu późniejszego, również rachunki wcześniejsze są zapłacone“.

Par. 1296, 1297. „W razie wątpliwości obowiązuje domniemanie, że szkoda powstała bez cudzej winy“. „Lecz zarazem istnieje domniemanie, że każdy posiadający rozum jest zdolny do takiej pilności i uwagi, jakich można dołożyć przy zwykłych zdolnościach“.

Par. 1203. „...w razie wierzytelności lub długów spółki każdy członek ma prawo albo obowiązek do zapłaty w stosunku do jego udziału z wyjątkiem przypadku domniemania u kupców, że wszyscy za jednego i jeden za wszystkich coś przyrzekli lub przyjęli“.

Par. 1415 i 1416. „Jeżeli podaje się w wątpliwość wolę domniemaną dłużnika, albo wierzyciel się jej sprzeciwi, należy naprzód odliczyć odsetki, potem kapitał, zaś spośród kilku kapitałów ten kapitał, którego zapłaty już zażądano...“.

Par. 1238. „Dopóki żona nie zaprzeczyła, domniemanie prawne przemawia za powierzeniem przez nią zarządu swego wolnego majątku mężowi, jako swemu zastępcy prawnemu“.

Przejdźmy z kolei do paru domniemań natury procesowej. Są to przede wszystkim wszelkie domniemania przy postępowaniu dowodowym, znane nam najlepiej z prawa kanonicznego. — Rozróżniamy tam domniemanie ustawowe (*praesumptio iuris*), które stanowi sama ustawa, oraz sędziowskie (*hominis*), które przyjmuje sędzia. Domniemanie ustawowe zachodzi wówczas, gdy sama ustawa przyjmuje jakiś istotny dla sprawy fakt za istniejący i stwierdzony, jeżeli jest oparty na okolicznościach stwierdzonych lub bezspornych, domniemanie zaś jest sędziowskie, jeżeli sędzia na podstawie przytoczonych okoliczności wyprowadza logiczny wniosek o prawdziwości faktu, o który w procesie chodzi. — Domniemanie ustawowe jest to bądź „*praesumptio*

iuris simpliciter“, jeżeli prawo dopuszcza przeciw-dowód bezpośredni i pośredni przeciwko prawdziwości faktu domniemanego, bądź to „*praesumptio iuris et de iure*“, jeżeli ustawa wyklucza bezpośredni dowód przeciwko domniemaniu prawnemu, a dopuszcza jedynie przeciw-dowód pośredni, t. j. dowód przeciwko prawdziwości okoliczności faktycznych, stanowiących podstawę domniemania prawnego. (Can. 1825 i 1826).

Podstawą „*praesumptionis iuris et de iure*“, czyli domniemania niewzruszalnego będzie w procesie kościelnym par. I can. 1904. — Brzmienie: „*Res iudicata praesumptione iuris et de iure habetur vera et iusta nec impugnari directe potest*“.

Inną podstawą wskazanego domniemania będzie tam dalej Can. 1972 — „*Matrimonium, quod, utroque coniuge vivente, non fuerit accusatum, post mortem alterutrius vel utriusque coniugis ita praesumitur validum fuisse, ut contra hanc praesumptionem non admittatur probatio, nisi incidenter oriatur quaestio*“.

Fundament procesowy do domniemania już nie niewzruszalnego, ale zwykłego znajdujemy w Can. 1115. — Brzmienie: 1) „*Pater is est quem iustae nuptiae demonstrant, nisi evidentibus argumentis contrarium probetur*“. — 2) „*Legitimi praesumuntur filii qui nati sunt saltem post sex menses a die celebrati matrimonii, vel intra decem menses a die dissolutae vitae coniugalis*“.

Jak widzimy kanon przytoczony stoi w związku z kwestią słubności pochodzenia dzieci. — Za ojca dzieci, zrodzonych lub poczętych w małżeństwie, uważa się męża matki, gdyż na podstawie domniemania prawnego ojcem jest ten, na którego wskazuje prawny związek małżeński. (*Pater is est, quem iustae nuptiae demonstrant*). Do wykazania nieprawdziwości tego przypuszczenia nie wystarcza w procesie samo twierdzenie małżonka, że nie jest ojcem dziecka przez żonę zrodzonego, ani też twierdzenie matki, że dziecko zostało poczęte z innego mężczyzny, trzeba na to niezbitych dowodów wykazania niezdolności płciowej męża, lub jego nieobecności w czasie, kiedy poczęcie dziecka musiało nastąpić. Za najkrótszy okres czasu, w obrębie którego po zapłodnieniu może urodzić się dziecko, zdolne do życia, uważa się sześć miesięcy, a za najdłuższy — dziesięć; dlatego za słubne uważa się te dzieci, które przyszły na świat po sześciu miesiącach

od ślubu lub w ciągu dziesięciu miesięcy od rozwiązania węzła małżeńskiego.

Zaczęliśmy naszą pracę od oficjalnych prawno -pozytywnych fikcji oraz presumpcji, ponieważ właśnie one w oczach banalnej opinii prawniczej reprezentują najczęściej objawiający się w prawie fikcjonizm względnie fikcjonalizm.

Dla jednych fikcja i presumpcja — to coś identycznego, to synonimy, dla innych — coś do siebie zbliżonego. — Nawet ci, którzy stojąc na innym stanowisku starają się oddzielić od siebie obie te kwestie, czynią to najczęściej (na ogół biorąc) w sposób chwiejny i niekonsekwentny. — Moment wskazany, moment istnienia owej opinii, którą określiliśmy mianem banalnej, stanowi dla nas oczywiście pewną wskazówkę wstępną, której roli i znaczenia nie mamy zamiaru przeceniać, ale z której istnieniem musimy się liczyć.

A więc pierwsze pytanie: co głosi owa „communis opinio“ i co stanowi dla niej rzecz zasadniczą? — Rzecz ta — to podkreślany przez nią po raz setny moment swoistości stosunku przepisu do prawdy. Widzi ona w fikcjonalizmie jedynie rozbieżność między prawdą a prawdą oficjalną, dopatruje się go, wówczas kiedy prawda, wypowiedziana przez przepis, pozbawiona jest w świecie naturalistycznego odpowiednika. Innymi słowy, niektóre rzeczy zwa się podług niej dlatego fikcjami i presumpcjami, ponieważ zakładają istnienie czegoś, co faktycznie nie istnieje. Postarajmy się przedstawić na kilku przykładach, jak wygląda to najogólniejsze, a zarazem niewątpliwie najprostsze zapatrywanie.

Otóż jeżeli „fictio legis corneliae“ chcąc umożliwić sukcesję po jeńcu, obywatelu rzymskim, i ratując jego ewentualny testament traktuje go, tak jak gdyby był zmarł w chwili wzięcia do niewoli, chociaż wiadome jest to, że śmierć jego nastąpiła później — to mamy tu, zdaniem szerokiej opinii prawniczej, wyraźne pominięcie tego, co było naprawdę, dla zupełnie jawnego i jaskrawego fałszu. Jeżeli dalej w Rzymie specjalne domniemanie każe uważać za otrzymany od męża każdy przedmiot majątkowy, będący w posiadaniu żony, o ile tylko nie może ona wykazać jego odmiennego pochodzenia, to zakłada ono tym samym prawdę, która nie jest prawdą, gdyż mogła nie zaistnieć [podarunek np. rzekomo pochodzący od męża mógł pochodzić od kogoś całkiem innego] Jeżeli wreszcie cywilna ustawa austriacka, mówi

o osobie, znajdującej się na okręcie, który zatonął, gdy od końca roku, kiedy nastąpił wypadek, nie było wiadomości o niej przez trzy lata, że osoba ta zaginęła, — to także w oczach przeważnej części prawników głosi ona fałsz, stwierdza bowiem istnienie rzeczy, której może niejednokrotnie zadać kłam rzeczywistość. Oto w najogólniejszych zarysach przykładowo uplastyczniony obraz najpospolitszego poglądu.

Jego rozwinięcie i jakby dalszy ciąg — to zapatrywanie bardziej nieco złożonej natury. Moment nie pokrywania się prawdy z prawdą oficjalną jest dalej czynnikiem decydującym, ale różnie się kształtującym, zależnie od przestrzeni, jaka w danym wypadku prawdy te dzieli. Na tej różnorodności kształtowania się wskazanego czynnika spoczywa rzekomo istotna różnica między właściwą fikcją a presumpcją. Obie odbiegają od rzeczywistości, ale odbiegają rzekomo w nierównej mierze.

Fikcja posługuje się jawnym fałszem, presumpcja tylko możliwością fałszu. Pierwsza rezygnuje z prawdy całkowicie, drugiej wystarcza tylko jej prawdopodobieństwo. (8). Np. jeżeli mówimy: obywatel rzymski zmarły faktycznie w niewoli zginął dla nas w chwili wzięcia go do niewoli — to wyrażając tym samym jawną nieprawdę posługujemy się fikcją. — Jeżeli natomiast w przeciwieństwie do tego mówimy: przypuszczamy, że zwierzę już było chore przed oddaniem go kupującemu, skoro w ciągu dwóch tygodni po oddaniu go zachorowało — to w tym wypadku na podstawie jedynie prawdopodobieństwa orzekamy o istnieniu stanu faktycznego, przypuszczalnie zaszłego, ale bynajmniej nie pewnego. Takie orzekanie w stosunku do fikcji byłoby presumpcją.

Zostawiając na razie na boku pogląd zasadniczy, którego ocena byłaby niewątpliwie przedwczesna w tej chwili, postaramy się zacząć od wątpliwości bezpośrednio się nam narzucającej. — Podkreślana przez banalną opinię, rzekoma różnica między fikcją a presumpcją niewątpliwie grzeszy naszym zdaniem pewnym brakiem ścisłości. Nie zapominajmy, że co się tyczy tej opinii, to chodzi jej o domniemania i fikcje oficjalne, czyli za takowe oficjalnie w praktyce prawnej uznane i słownie określane. Teza pospolita — to zatem teza tej treści: — przepisy prawno-pozytywne, tytułowane w praktyce mianem fikcji, posługują się jawnym fałszem, w odróżnieniu od tego przepisy, określane nazwą presumpcji, operują jedynie możliwością fałszu.

Otóż jeden jedyny przykład wystarczy do stwierdzenia, że teza tak postawiona nie jest zupełnie ścisła. Przykładem tym może być na tle prawą kanonicznego powstałe, a we współczesnym procesie dobrze znane, domniemanie niewzruszalne, czyli „*praesumptio iuris et de iure*“. Ma ono miejsce, jak wiemy, przy postępowaniu dowodowym a mianowicie wówczas kiedy na podstawie wyraźnego przepisu nie dozwala się jednej ze stron procesowych wykazać przeciwieństwa faktu niestwierzonego, a za udowodniony poczytywanego. Przy domniemaniu niewzruszalnym niejednokrotnie fałsz namacalnie wykazany może procesowo przedstawiać się jako prawda, na odwrót, prawda jaskrawa może procesowo pozostać fałszem.

Domniemanie niewzruszalne to przykład presumpcji oficjalnej, rezygnującej z prawdy często całkowicie, a bynajmniej nie częściowo tylko, presumpcji oficjalnej, posługującej się niejednokrotnie jawnym fałszem, a bynajmniej nie tylko możliwością fałszu.

Przywiedziony przykład jest dla nas specjalnie cenny, ponieważ jak już raz powiedzieliśmy, daje nam wyraźny dowód niezupełnej ścisłości omawianych zapatrywań. Teraz wiemy już, że na terenie dotychczas rozpatrywanym, t. j. w granicach (podkreślamy) oficjalnych domniemań i fikcji budzić muszą one pewne zastrzeżenia. Rzecz ta nie może nam jednak wystarczać, będąc czymś z istoty swej niekompletnym. Na razie wiemy tylko tyle, że poza oficjalnym określeniem przepisu nie kryje się zawsze taka jego osnowa, której klasycznie rozumując mieliśmy prawo się spodziewać. Problem właściwy leży jednak gdzie indziej, dotycząc kwestii samej słuszności proponowanego podziału, dotycząc zatem pytania, czy faktycznie rozpiętość między prawdą oficjalną, a rzeczywistą może stać się dla niego istotną podstawą. Gdyby tak było naprawdę, fikcja oficjalna nie byłaby często fikcją, presumpcja oficjalna — presumpcją, niemniej jednak samo istnienie oraz materialne zróżniczkowanie fikcji i presumpcji jako takich niewątpliwie miałyby miejsce.

Ażeby o tym, jak jest istotnie, bliżej się przekonać, trzeba badać nieco szerszych, niż dotychczasowe, nie może to być już tylko szkolne studium przykładów oficjalnych, ale studium dziedzin trochę rozleglejszych. Substratem analizy musi stać się mianowicie sama treść przepisu, widziana zatem pod kątem już nie tych lub innych

tytułujących ją określeń, ale jedynie pod kątem wewnętrznej jej osnowy.

Stojące przed nami zadanie będzie, jak zaraz zobaczymy, zadaniem stosunkowo wdzięcznym i nie nasuwającym zbytnich trudności. — Istnieje przecież cały szereg przepisów prawno-pozytywnych, mijających się z t. zw. prawdą rzeczywistą i z nią bardziej lub mniej jaskrawo kolidujących. — Przepisy te, mimo że w skład fikcji i presumpcji oficjalnie nie wchodzące i mianem tym w praktyce prawnej zewnętrznie nie tytułowane, mają mimo tego (pospolicie biorąc) duże do nich podobieństwo.

Zacznijmy nasz przegląd od kilku przykładów, w których odchylenie od rzeczywistości idzie specjalnie daleko, w których zatem rozumując klasycznie mamy do czynienia z fikcjami mimo że nie oficjalnymi.

Jako pierwszy taki przykład może nam służyć rzymska „*restitutio in integrum*”, będąca czysto sztucznym przywracaniem rzeczy do ich pierwotnego a faktycznie zmienionego stanu. Pomimo że stan jakiś uległ rzeczywistej zmianie, przepis stwierdza, że zmiana ta nie nastąpiła. „*Restitutio in integrum*” wprowadzona zostaje przez pretora jako środek nadzwyczajny celem odjęcia ze względów słuszności pewnym zdarzeniom skutków, wynikających z prawa cywilnego. Dopuszczenie jej zależało pierwotnie wyłącznie od uznania władzy magistraturalnej, z czasem ustaliły się jednak pewne zasady, których po zniesieniu dawnego postępowania sądowego, sędzia zwyczajny musiał się trzymać przy udzielaniu restytucji. W ten sposób w prawie justyniańskim restytucja przybrała cechę zwyczajnej instytucji procesualnej, dopuszczającej odwołanie się do wyższej instancji.

Drugim przykładem specjalnie małego liczenia się z prawdą jest par. 278 austriackiego kodeksu cywilnego. „Dzień, w którym uznanie za zmarłego staje się prawomocne, uważa się za ustawowy dzień śmierci nieobecnego, jednak uznanie za zmarłego nie wyklucza dowodu, że nieobecny zmarł wcześniej lub później, albo że jeszcze jest przy życiu...”.

Parę dobrych wzorów poszukiwanego przez nas typu przynosi nowy polski kodeks handlowy. „Jeżeli sprzedaż jest czynnością handlową dla obu stron (mówi par. I art. 552) kupujący powinien bez zwłoki zbadać towar w czasie i w sposób przyjęty w stosunkach

handlowych przy towarze tego rodzaju i o dostrzeżonych wadach fizycznych zawiadomić bezzwłocznie sprzedawcę“. — „Zaniedbanie zawiadomienia (par. 4 tegoż art.) powoduje utratę praw z tytułu rękojmy za wady“.

„Jeżeli przy sprzedaży, będącej czynnością handlową dla obu stron (ciągnie dalej art. 553), dostarczono towar inny niż zamówiony, kupujący powinien zawiadomić o tym sprzedawcę stosownie do przepisów artykułu poprzedzającego, w przeciwnym razie towar uważa się za przyjęty“.

Jak widzimy z tekstu art. 553, w przypadku zaniechania zawiadomienia uważa się towar za przyjęty, natomiast art. 552 pozbawia kupującego praw z tytułu rękojmy za wady.

Art. 553 zawiera zatem stwierdzenie przyjęcia towaru natury nader sztucznej, wskutek którego to przyjęcia dochodzi, praktycznie biorąc, do tego samego wyniku, co na podstawie przepisu art. 552. Chociażby zatem wbrew temu, co istnieje naprawdę, nie ulegało najmniejszej nawet wątpliwości, iż towar nie nadaje się dla celów kupującego, rzecz należy tak traktować, jak gdyby dostarczono towar, zamówiony przez kupującego.

Przejdźmy z kolei do art. 282: „Wspólnika prawomocnie wyłączonego, którego udziały zostały w terminie zapłacone, uważa się za usuniętego ze spółki już od chwili doręczenia mu pozwu, nie wpływa to jednak na ważność czynności, w których brał w spółce udział po doręczeniu mu pozwu“. — Oto jeszcze jeden przykład dużego nieliczenia się z prawdą. Czynności prawne wspólnika wyłączonego, a więc kogoś, kto nie jest już członkiem spółki, traktowane są tak, jakgdyby były czynnościami jednego ze wspólników. — W rozdziale o rach. bieżącym, a art. 535 tego samego kodeksu, czytamy dalej co następuje: „Jeżeli strona, która otrzymała rozliczenie, nie podniesie przeciw niemu bez usprawiedliwionej zwłoki zarzutu, uważa się, że je przyjęła“. Ustawa stwierdza tu, że ten, kto bez zarzutu przyjął rachunek tym samym uznał rozliczenie, a więc należność swego długu lub wysokość swej wierzytelności, z czego należy też wnosić, że strona, która wysyła na rachunek przez to samo uznaje go wobec strony drugiej. Moment tego uznania ma — praktycznie biorąc — to znaczenie, że bierne zachowanie się tego, kto otrzymał rozliczenie, pozbawia go zarzutu przeciwko rachunkowi,

zaczem nawet wtedy nie można dopuścić do badania spóźnionych zarzutów, jeśliby przed otrzymaniem rachunku strona zastrzegła się przeciwko jego słuszności, ale po otrzymaniu nie uczyniła przeciw niemu żadnego zarzutu.

Z prawa handlowego przerzucmy się z kolei na inny teren, biorąc do rąk np. kodeks Napoleona. W art. 883, dotyczącym skutków działów i zaręczenia za schedy, mówi on, jak następuje: „Uważa się, że każdy współspadkobierca sam i bezpośrednio odziedziczył wszystkie przedmioty, schedą jego objęte lub przypadłe mu w licytacji, i że nigdy nie był właścicielem innych przedmiotów spadkowych“. „Chaque coheritier est sensé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot“ i t. d. (9). W słowach „est sensé“ (10) znajduje wybitny wyraz sztuczność proponowanego przez ustawodawcę rozwiązania, nie liczącego się bynajmniej z możliwościami, mogącymi zajść faktycznie. — Inny par. kodeksu Napoleona, wart jeszcze podkreślenia — to par. 1183 o warunku rozwiązującym. — „Warunek rozwiązujący jest ten, który gdy się spełni, skutkuje odwołanie zobowiązania i przywraca rzeczy do tego samego stanu, jak gdyby zobowiązanie nie istniało. Nie zawiesza on wykonania zobowiązania, tylko zobowiązuje wierzyciela do zwrotu tego, co otrzymał, w razie gdy nastąpi zdarzenie w warunku przewidziane“

Przywiedzione przez nas teksty odpowiadają wzorowi fikcji nieoficjalnych w ich klasycznym rozumieniu (11), z kolei przejdźmy do takichże presumpcji. Chodzić nam będzie dalej o teksty nieoficjalne, t. j. pozbawione w osnowie, czy nadawanym im tytule, cechujących je słownie terminów, jak: „praesumptio“, „domniemanie“, „présomption“ „Vermutung“, i t. d.

Poszukiwanych przykładów dostarczą nam w ilości zupełnie wystarczającej cywilny kodeks austriacki, kodeks Napoleona oraz cywilny kodeks niemiecki.

Cywilny kodeks austriacki.

Par. 21. — „Ci, którzy dla braku lat, wad umysłowych lub innych stosunków nie są zdolni sami do należytego zawiadywania swymi sprawami, pozostają pod szczególną ochroną ustaw. Należą do nich dzieci, które nie ukończyły jeszcze siódmego... roku życia.

Następnie szaleńcy, obłąkani, upośledzeni na umyśle... Dalej ci, którym sędzia, jako uznany za marnotrawców, wzbronił dalszego zarządzania swoim majątkiem, wreszcie nieobecni i gminy”.

Par. 355 i 356. — „Wszystkie rzeczy są w ogóle przedmiotem prawa własności i każdy kogo ustawy wyraźnie nie wyłączają ma prawo do nabycia własności samodzielnie albo w swoim imieniu przez drugiego”. — „Kto więc twierdzi, że osobie, chcącej coś nabyć, przeszkadza ustawa ze względu na jej zdolność osobistą albo ze względu na rzecz, którą chce nabyć, na tym ciąży dowód”.

Par. 360. — „...Każdego posiadacza w dobrej wierze, należy uważać za zupełnego właściciela we wszystkich przypadkach, gdzie rozdział prawa do substancji od prawa do użytków nie jest wyraźny”.

Par. 529. — „Służebności osobiste gasną ze śmiercią. Jeżeli je wyraźnie rozciągnięto na dziedziców, rozumie się przez nich w razie wątpliwości tylko pierwszych dziedziców ustawowych”.

Par. 908. — „Co dano naprzód przy zawarciu umowy, należy uważać z wyjątkiem odrębnego układu tylko za znak zawarcia albo za zabezpieczenie wykonania umowy i zowie się zadatkiem”.

Par. 1029. — (Traktujący o milczącym uppełnomocnieniu osób, pozostających w służbie). „Jeżeli nie udzielono pełnomocnictwa pisemnego, ocenia się rozciągłość pełnomocnictwa według przedmiotu i natury interesu. Kto powierzył zarząd drugiemu, ten uprawnia do przypuszczenia, że dał mu także władzę czynienia wszystkiego, czego sam zarząd wymaga i co z nim zwykle jest połączone”.

Par. 1232. — „Podarunek, jaki mąż przyrzeka dać żonie pierwszego poranku, zowie się wianem. Jeżeli przyrzekł wiano, przypuszcza się w razie wątpliwości, że dał je jej już w ciągu pierwszych trzech lat małżeństwa”.

Par. 1234. — „Wspólność majątkową małżonków pojmuje się w zasadzie jako umówioną tylko na wypadek śmierci”.

Par. 1237. — „...do tego, co każdy z małżonków w czasie małżeństwa zarobi i w jakikolwiek bądź sposób nabędzie, drugi nie ma żadnego prawa. W razie wątpliwości przypuszcza się, że mąż nabył”.

Par. 1247. — „Co mąż dał żonie swej do stroju w ubiorze, drogich kamieniach lub innych kosztownościach, uważa się w razie wątpliwości nie za dane tytułem wygodzenia, lecz za darowane”.

Kodeks Napoleona.

Art. 2221. — „Zrzeczenie się przedawnienia może być wyraźne lub milczące, zrzeczenie się milczące wynika z czynu, który kazał przypuszczać zaniechanie prawa nabytego”. (La rénonciation à la prescription est expresse ou tacite, la rénonciation tacite résulte d'un fait qui suppose l'abandon du droit acquis).

Kodeks cywilny niemiecki.

Par. 685. — „Jeżeli rodzice lub dalsi wstępni dają utrzymanie potomkom albo ci ostatni pierwszym, w razie wątpliwości należy przyjąć, iż nie było zamiaru żądania wynagrodzenia od tego, kogo utrzymywali”.

Par. 1600. — „Jeżeli kobiecie, która po rozwiązaniu swego małżeństwa zawarła powtórne małżeństwo, urodzi się dziecko, które by według paragrafów 1591 i 1599 było dzieckiem ślubnym tak pierwszego, jak i drugiego męża, natenczas jeżeli urodzi się dziecko w ciągu 270 dni po rozwiązaniu danego małżeństwa, uważa się je jako dziecko pierwszego męża, a jeżeli się później urodzi, — jako dziecko drugiego męża”.

Par. 1618. — „Jeżeli dziecko pełnoletnie, należące do rodzicielskiego ogniska domowego, czyni wkłady ze swego majątku celem opędzenia kosztów utrzymania domu, ...należy w razie wątpliwości uważać, że nie ma zamiaru żądać zwrotu”.

Par. 1625. — „Jeżeli ojciec daje wyposażenie dziecku, którego majątek zostaje pod jego zarządem jako rodzica lub opiekuna, należy w razie wątpliwości uważać, że wyposażenie daje z tego majątku”.

Przykłady zacytowane — to stosownie do tego, jak zapowiedzieliśmy, wzory klasycznych domniemań nieoficjalnych. — W oczach klasycznej opinii będą one presumpcjami, a nie fikcjami, dlatego że nie zrywają z prawdą całkowicie i ponieważ za głoszonymi przez nie supozycjami stoi zawsze prawdopodobieństwo ich faktycznego spełnienia i realizacji. Jeżeli np. suponujemy (rozumuje klasyk), że rzeczy, które żona otrzymała od męża, były jej darowane, to mówiąc tak przyjmujemy za prawdę rzecz wprawdzie wątpliwą ale prawdopodobną. Jeżeli mówimy dalej, że nieletni nie jest zdolny do należytego zawiadywania swymi sprawami, to zakładamy istnienie czegoś, co

mimo że nie jest pewne, niemniej jednak jest prawdopodobne. Jeżeli wreszcie przypuszczamy, że rzecz, nabyta przez małżeństwo, została nabyta przez męża, to przypuszczając tak bliżej jesteśmy możliwej prawdy, niż mniemając odwrotnie i t. d. i t. d.

Jeżeli w odróżnieniu do tego zakładamy (mówi dalej klasyk), że ktoś nie mieszkający w Polsce mieszka jednak w Warszawie, lub że beneficjant, w beneficjum nie rezydujący, rezyduje, tam jednak, to mówiąc tak, używamy fikcji, stwierdzamy bowiem nie tylko rzecz wątpliwą, ale również w zupełności nieprawdopodobną.

Ale teraz inna kwestia. Dobór przywiedzionych przez nas dla przykładu przepisów ilustrujących mogłby może kogoś zdziwić. Istotnie, wśród tych ilustracji nie znajdujemy ani jednej z tych, o których studiując problem fikcjonalizmu w prawie, słyszeć zwykliśmy najczęściej i które w związku z tym problemem powodują niewątpliwie najdłuższe spory. Na czoło przepisów tego typu wybijają się przede wszystkim te, które zawierają w swym łonie supozycję powszechnej znajomości norm prawnych jak np. par. 2 austriackiego kodeksu cywilnego: „skoro tylko ustawę nałożycie ogłoszono, nie może nikt tłumaczyć się jej nieznaną”.

Dalej powodem najczęstszego zainteresowania są również — jak wiemy — przepisy, operujące terminem „osoby prawniczej”, ujęte w formę takich np. zdań: „Wzajemne prawa członków dozwolonego stowarzyszenia określa umowa lub cel tudzież szczególne przepisy dla nich wydane. W stosunku do innych osób korzysta dozwolone stowarzyszenie w zasadzie z takich samych praw jak poszczególne osoby”. (Par. 26 austriackiego kodeksu cywilnego zd. 1,2).

„W kościele oprócz osób fizycznych są także osoby moralne, utworzone przez władzę kompetentną, które dzielą się na osoby moralne kolegialne i niekolegialne jak kościoły, seminaria, beneficja i t. d. Kościół katolicki i stolica apostolska są osobami moralnymi z samego ustanowienia Bożego, inne niższe osoby moralne w kościele są nimi albo z prawa kościelnego albo też ze specjalnego nadania, które zwierzchnik udziela przez formalny dekret dla celu religijnego lub miłosiernego” (Cod. iuris canonici Can. 99,100).

„Użytkowanie gaśnie ze śmiercią użytkownika, jeżeli użytkowanie przysługuje osobie prawnej, gaśnie wraz z nią” (par. 1061 cywilnego kodeksu niemieckiego).

Otóż musimy podkreślić, że przepisy tego typu co przytoczone zostały pominięte przez nas celowo (i całkowicie rozmyślnie). Chcąc dać czytelnikowi konkretne wyjaśnienia na temat zapatrywań, które ochrzciliśmy mianem klasycznych, chodziło nam o najplastyczniejsze ich uwypuklenie, a to na przykładach możliwie najprostszych i najmniej złożonych. Nie są nimi ani supozycja powszechnej znajomości prawa, ani tym mniej istnienia osób prawnych czy moralnych.

Co się tyczy pierwszej supozycji, to ma ona wprawdzie dla klasyka charakter fikcyjny, ale stopień zawartego w niej fikcjonalizmu jest dla niego czymś zmiennym i wskutek tego mało uchwytym. Rzeczywiste istnienie powszechnej znajomości prawa — to zależnie od okoliczności bądź rzecz możliwa i prawdopodobna, bądź wykluczona i nieziszczalna (12). Supozycja tej znajomości w pierwszym wypadku będzie dla klasyka fikcją, w drugim presumpcją. Na tym, że nie zawsze będzie ona tym samym, polega właśnie jej postać zmienna, a tym samym dla nas mało przydatna.

Oдноśnie do drugiej supozycji, supozycji istnienia osób prawnych, jej ścisła charakteryzacja z interesującego nas punktu widzenia jest czymś bardziej jeszcze trudnym i skomplikowanym. Tu już nie kwestia stopnia zawartego w niej fikcjonalizmu, ale sam jej fikcjonalizm jest rzeczą z istoty swej sporną i problematyczną. Supozycja ta, zależnie od ogólnego nastawienia patrzącego i obranej przezeń płaszczyzny myślowej, będzie każdorazowo całkiem czymś innym. W oczach naiwnego realisty będzie ona czystą fikcją, w oczach idealisty — możliwą do przyjęcia hipotezą, w oczach wreszcie organicysty typu Gierkego — dogmatem. (13).

Wszystko zależeć będzie od tego, czy sama osobowość prawnicza będzie w ujęciu czymś tylko symbolem, czy też przeciwnie, realnie istniejącą konkretnością. (14).

Widzimy, że kwestia właściwego charakteru samej supozycji wiąże się tu ściśle z całkiem innym problemem, problemem w stosunku do interesującego nas ubocznym, — istotnej natury osób prawnych

Analiza tej kwestii nie byłaby — jak sądzimy — tutaj na miejscu. Wymagałaby ona od nas rozwiązań znacznie szerszych, może nieosiągalnych, a w każdym razie wybiegających daleko poza istotny obręb właściwego nam tematu.

Oto faktyczna przyczyna, dla której korzystając z posiadanej przez nas swobody wolnego doboru przykładów, ograniczyliśmy się jedynie do najprostszych, eliminując celowo wszystkie inne. Oto powód, dla którego przepisy, operujące terminem „osoby prawnej”, zostały przez nas całkowicie rozmyślnie pominięte.

Ale przejdźmy z kolei do kwestii zasadniczej. Wprowadzony przez wyznawców klasycznej opinii termin większego, względnie mniejszego prawdopodobieństwa domniemanego w presumpcji stanu rzeczy, wiąże się ściśle z pojęciem jego większej względnie mniejszej empirycznej stwierdzalności. Należałoby mniemać, że im dalsze jest coś od możliwości empirycznego stwierdzenia, a zatem im mniej jest prawdopodobne, tym bliższe jest fikcji, a dalsze — presumpcji. Odwrotnie, im coś jest prawdopodobniejsze, łatwiej stwierdzalne, tym bliższe jest domniemania, a dalsze fikcji.

W tym ujęciu czysta fikcja przedstawiać by się winna jako założenie prawdziwości absolutnie nieprawdopodobnego i całkowicie tym samym niestwierdzalnego stanu rzeczy.

Czy jednak fikcja tak pojęta odpowiada naprawdę bez reszty jej obrazowi w prawie pozytywnym?

Parę przykładów wystarczy w zupełności, ażeby się przekonać o tym, że nie. — Jeżeli mówimy, że żołnierz, zmarły faktycznie w niewoli, zginął dla nas w chwili wzięcia do niewoli; albo że kanonik penitencjariusz, który spowiadając gdzie indziej napewno nie jest w chórze, jest tam jednak obecny; albo że beneficjat, w beneficjum nie rezydujący, jednak tam rezyduje i t. p. — to twierdząc tak, nie zakładamy prawdziwości istnienia czegoś niestwierzonego, ale (co nie jest bynajmniej tym samym) istnienia przeciwieństwa czegoś stwierzonego. Moment niestwierdzalności nie gra w danym wypadku żadnej roli, a mamy do czynienia z czymś całkiem innym. Pomimo że zostało stwierdzone, stwierdzone empirycznie, że żołnierz w chwili wzięcia do niewoli żył jeszcze, przyjmujemy, że śmierć jego właśnie w tej chwili miała miejsce. Pomimo że wiemy, iż kanonik w chórze nie był obecny, przyjmujemy za prawdziwą jego obecność tamże i t. d. — A więc pomimo że stwierdziliśmy empirycznie, że czegoś nie było, mówimy, że właśnie to było.

Moment wskazany rzuca naszym zdaniem całkiem nowe światło na zajmujące nas zagadnienie. Jeżeli na terenie czystego (w rozu-

mieniu klasycznym) prawnego fikcjonalizmu fałsz nie jest tylko niestwierdzalnością, nie jest tylko empiryczną nieprawdą, ale jest czymś innym — to logicznie z tego wynika, że prawda istniejąca na tym terenie stanowiąca negatyw wskazanego fałszu, pozbawiona jest charakteru prawdy empirycznej. Na odcinku tych właśnie przepisów, których fikcyjność jest dla klasyka najmniej wątpliwą i gdzie znalazła sobie formę najoficjalniejszą, tam niewątpliwie rzecz wskazana najwięcej nas uderza. A więc tam właśnie, gdzie odchylenie od tak zw. prawdy poszło najdalej, tam najłatwiej dostrzec można właściwy charakter tej prawdy, jej charakter, (że się tak wyrazimy) meta-empiryczny.

Widzimy zatem, że „prawdziwość”, o której w związku z naszym problemem mówi nam opinia klasyczna, dla empiryka jest z natury swej czymś całkiem obcym i niezrozumiałym. Oczywiście, że będąc taką, jest ona dla nas bezużyteczną, czyniąc całe, związane z nią rozumowanie naukowo nieprzydatnym. Chcąc pozostać w granicach ściśle i jedynie empirii, nie zaś oderwanej spekulacji, nie wolno nam zapuszczać się w dziedziny, wykraczające poza właściwy jej obręb.

Moment podkreślony ma jednak jeszcze drugą stronę, znacznie dla nas ważniejszą. — Nie jest on tylko jednym z dowodów wadliwości krytykowanych przez nas zapatrywań, ale ma dla nas wartość pozytywną w związku z szukaną przez nas odpowiedzią zasadniczą.

Chcemy na terenie naszej pracy, jak to już raz powiedzieliśmy, używać tylko metody empirycznej, którą uważamy w danym wypadku za jedynie naukowo uzasadnioną. Dla empiryka zaś prawda — to synonim stwierdzalności, uzyskanej w doświadczeniu, fałsz niestwierdzalności. Oczywiście, że ten, co bezzasadnie głosi coś sprzecznego z tym, co drugi stwierdził empirycznie, głosi tym samym rzecz fałszywą. Fałsz ten jednak nie dlatego jest fałszem, że jest przeciwieństwem wykrytej prawdy, ale dlatego, że jest niestwierdzalny. Zamknąć wszakże w jednej wypowiedzi, że coś, co nie było, było — to dla empiryka jest tym samym co równocześnie założyć stwierdzalność i niestwierdzalność jakiegoś stanu rzeczy. Takie założenie właśnie z punktu widzenia ścisłej empirii, jest czymś (mimo że to brzmić może paradoksalnie) poza nią stojącym. Stan jakiś, który równocześnie jest stwierdzalny i niestwierdzalny, jest (że się tak wyrazimy)

a - stwierdzalny. Wypowiedź związana z tym stanem nie będzie dla empiryka ani fałszywa, ani prawdziwa. Zawarte w niej twierdzenie widziane z płaszczyzny doświadczalnej, będzie czymś a - doświadczalnym.

I oto niespodziewanie wyłania się nam na wskazanej podstawie możliwość zbudowania szukanej przez nas definicji. Dla empiryka, a tym samym dla nas, będzie ona miała formę tezy następującej: fikcjonalizm w prawie zachodzi wówczas, kiedy zawarta w przepisie treść wypowiedzi stoi poza doświadczeniem. Zamknięte w normie prawnej twierdzenie będzie posiadać charakter fikcyjny wtedy, kiedy w odróżnieniu od twierdzeń empirycznych, (prawdziwych lub fałszywych), będzie meta-empiryczne.

Przykłady: „Jeżeli pewne choroby i wady wystąpią u sprzedanego zwierzęcia w dwa tygodnie po jego oddaniu, przyjmuje się, że zwierzę było już chore przed jego oddaniem”. — „Za ojca nieślubnego uważa się tego, co obcował z matką dziecka w takim a takim terminie”. — „W wątpliwości czy osoba, która zaginęła, zostaje jeszcze przy życiu, przyjmuje się, że nieobecny umarł, jeżeli upłynęło 70 lat od jego urodzenia, a pięć lat od ostatniej wiadomości o jego życiu”. — „Za uzyskany od męża uważa się każdy przedmiot majątkowy w posiadaniu żony, o ile ona nie jest w stanie wykazać jego odmiennego pochodzenia”.

Twierdzenia takie i tym podobne — to przyjmowanie zupełnej stwierdzoneści czegoś niestwierdzonego, względnie stwierdzonego tylko częściowo. Coś, czego nie stwierdzono albo wcale, albo stwierdzono w pewnym tylko stopniu, uważa się za stwierdzone całkowicie. Oczywiście, że twierdzenia takie, jako nieuzasadnione dostatecznie za pomocą doświadczenia, nie będą (empirycznie biorąc) prawdziwe. Będą one nie czym innym, jak tylko błędnym rachunkiem procentów doświadczonej pewności. — Dla empiryka rzeczą stwierdzoną sto procentowo będzie jedynie ta rzecz, którą stwierdzono w stu procentach, nigdy zaś — w pięciu czy dziesięciu. Uznanie pewności zeroprocentowej, względnie pięcioprocentowej, za sto procentową jest niewątpliwie empirycznym błędem, a co za tym idzie, teza zawierająca takie uznanie będzie dla empiryka tezą fałszywą. Niemniej jednak teza tego typu, stosownie do tego, co wyżej powiedziano, jest związana treściowo z dziedziną

empirii i chociaż błędna wchodzi w jej zakres. W konsekwencji nie jest ona tezą fikcyjną.

Z kolei przypomnijmy raz jeszcze inne przykłady, a mianowicie przykład żołnierza rzymskiego, który jednocześnie umarł i nie umarł w niewoli, dalej kanonika penitencjariusza, który mimo że znajduje się poza chórem, to jednak ma tam być obecny, dalej wreszcie beneficjanta, który mimo że w beneficjum nie rezyduje, przebywa tam rzekomo.

Przykłady te przywodzą na myśl tezy całkiem inne. Jak już raz powiedzieliśmy, są one z natury czymś a-doświadczalnym. Pomimo że stwierdziliśmy empirycznie, że czegoś nie było, mówimy, że właśnie to było. Nie jest to już błędne tytułowanie pewności pięcioprocentowej, względnie nawet zeroprocentowej mianem stoprocentowej, ale proceder zgoła inny. — Proceder ten polega na równoczesnym stoprocentowym stwierdzaniu, że jakieś x jest b , a równocześnie — nie b . — Twierdzenie tej treści — to twierdzenie nie fałszywe, gdyż poza prawdą i fałszem stojące, ale twierdzenie meta-empiryczne, a co zatem idzie fikcyjne.

Sądzę, że podane wyjaśnienia wystarczają chyba w zupełności, aby skreślona przez nas definicja fikcjonalizmu w prawie była dla czytelnika dostatecznie zrozumiała. Definicja ta posiada naszym zdaniem nie tylko charakter naukowy, ale jest również jedyną definicją naprawdę życiową, ponieważ odpowiada w zupełności temu, co znalazło i tak już swój wyraz w bezwiednym słownictwie prawnym, a co za tym idzie w praktyce.

Podczas gdy nauka błędząc po manowcach, zakreśli fikcjonalizmowi w prawie granice znacznie za szerokie, praktyka ma już z dawien dawna jakby intuicyjne wyczucie jego właściwych granic. — Dowodem tego wyczucia jest stworzony przez nią w mowie prawnej „nieświadomie genialny” przedział między słowem „fikcja”, a słowem „presumpcja”. Tam gdzie praktyczny prawnik tytułuje przepis mianem nie fikcji, lecz domniemania, tam rzeczywiście brak na ogół, (jak to na przykładach przez nas podanych można się przekonać) właściwego fikcjonalizmu. W odróżnieniu od tego w jego specyficznej zilustrowanej przez nas formie występuje on na ogół wszędzie, gdzie na terenie nomenklatury praktycznej znika słowo „domniemanie” zostawiając miejsce słowu „fikcja”. — Od wskazanej tu ten-

dencji mogą oczywiście istnieć gdzieś wyjątki, niemniej jednak samo jej istnienie jest dla nas bardzo mówiące i pouczające.

Ale przejdźmy z kolei jeszcze gdzie indziej.

Mówiąc na wstępie naszej pracy o banalnej opinii prawniczej, stwierdziliśmy, że fikcjonalizm w prawie przedstawia się dla niej najczęściej jako związany z pojęciem fikcji, względnie presumpcji. Twierdzenie to — chociaż słuszne — nie wyczerpuje dostatecznie kwestii. Wprawdzie banalna opinia rzeczywiście wiąże najczęściej fikcjonalizm z tymi pojęciami, ale również często (czego nie godzi się pominąć milczeniem) wiąże go z innymi jeszcze rzeczami. Rzeczy te — to każda prawna definicja czy uogólnienie, każda prawna klasyfikacja a nawet niejednokrotnie sam język prawniczy. Fikcjonalizm w prawie tak widziany stoi pojęciowo w ścisłym związku ze specyficznym charakterem nader zresztą różnorodnych chwytów i procedurów techniki prawnej. „Présomptions, fictions, définitions, classifications, langage — pisze Angelesco — (15), tels sont les différents procédés qui interviennent dans la rédaction de la loi; tous contribuent à la réalisation du droit par la loi. Parmi ces procédés, le principal est le langage, puisque c'est par lui que la pensée légale s'affirme à la vie”.

Otóż co przyjdzie nam powiedzieć o koncepcji, zawartej w przywiedzionym tu cytacie? — To, co powiedzieć nam o niej wypadnie, nie będzie miało nie tylko nic z afirmacji, ale przeciwnie będzie czymś czysto negatywnym.

Błąd, tkwiący — rzecz można — u samego korzenia poglądu tak zbudowanego, bije — naszym zdaniem — w oczy, a płynnie z łatwo dostrzegalnej przyczyny. Przyczyna ta — to nieraz zdarzające się u prawników pomieszanie dwóch pojęć, bynajmniej niewspółmiernych, pojęcia treści potocznej i prawnej przepisu. — Prawnik, tą drogą idący, nie zawaha się postawić presumpcji i fikcji obok definicji czy klasyfikacji, nie zawaha się ani chwili umieścić je w jednym szeregu, niwelując tym sztucznie zajmowane przez nie, a całkowicie obce sobie płaszczyzny. — Czyniąc tak, zapomni oczywiście o tym, że presumpcja i fikcja — to coś związanego jedynie z treścią pozaprawną zawartości normy, nie zaś — jak definicja czy klasyfikacja — konstrukcja charakteru dogmatycznego.

To że w obu wypadkach patrzymy na tę samą treść z dwóch biegunowo różnych stron, to że w jednym dostrzegamy w niej zwykłe, prawnie obojętne twierdzenie, w drugim zaś — wypowiedź natury prawnej, to dla prawnika tak rozumującego będzie obojętne i mało znaczące. — Nie dostrzeże, że treść potoczna zdania tworzącego normę to bynajmniej nie to samo, co specyficznie prawna osnowa normy.

Tego rodzaju stanowisko jest nam zasadniczo obce, jest ono skrajnie przeciwne metodzie, jakiej odnośnie do wskazanego problemu sami użyliśmy. — Jej punktem wyjścia było badanie nie prawnej osnowy przepisu, ale z pewnej obranej perspektywy, perspektywy czystej empirii, badanie materiałowej, pozaprawnej jego treści, (16) — Na tle tej to właśnie treści zauważyliśmy pewną formę szczególnego charakteru, którą bezwiedny język praktyczny ochrzcił był już i tak w pewien sposób. Wiążąc z tym samorzutnie powstałym mianem własny naukowy termin i nadając mu brzmienie fikcjonalizmu, postąpiliśmy — jak sądzimy — najwłaściwiej. — Fikcjonalizm ów — to nie tyle fikcjonalizm prawa, co (podkreślamy) fikcjonalizm w prawie.

ROZDZIAŁ II.

Na tle długiego łańcucha snutych przez ludzi w ciągu wieków hipotez naukowych napotykaemy niejednokrotnie na taką ich kategorię, która daje nam pozór czegoś specjalnego. Kategoria ta — to kategoria t. zw. hipotez roboczych, notorycznie fałszywych, t. j. praktycznie użytecznych, ale stawianych zresztą w jasnej świadomości ich nieprawdziwości. Hipotezy te w mowie potocznej określamy zwykle mianem „fikcyj”. (17).

Operowanie kategorią wskazanych hipotez — to cecha przede wszystkim myślenia nowoczesnego, niemniej jednak już w starożytności znany jest prototyp tej formy. Sięga on korzeniami Grecji antycznej, a uwydatnia się na tle alegorycznej symbolistyki takich myślicieli, jak Pitagoras, Parmenides, Empedokles, Anaksagoras, Metrodorus i t. d. — Symbolistyka ta w Grecji bierze przede wszystkim swe źródło w micie religijnym, świadomie uprawianym przez stoików a następnie przez Platona. W tym to właśnie micie, w płaszczyku religijnej alegorii, biegnie myśl grecka swobodniejszym szlakiem, biorąc

widomy rozbrat z ciężącą nad nią bardzo jeszcze „rzeczywistością” i odchylając się od niej niejako świadomie.

Role, spełnianą w Grecji przez mit, zastępuje w Rzymie figura retoryczna; w obu wypadkach mamy do czynienia nie z „prawdą”, ale z „symbolem”. Ów grecko-rzymski symbol — to jeszcze coś stojącego poza właściwą nauką, to jeszcze nie forma interesującej nas hipotezy, ale — jakby się zdawało — już jej pra-źródło.

Ale okres rozkwitu wskazanej przez nas formy myślowej, to jednak nie starożytność czy wieki średnie, lecz przede wszystkim czasy nowoczesne w związku z właściwym im rozwojem nauk ścisłych. — Czy to w matematyce, czy w przyrodzie, czy to w fizyce i chemii, czy wreszcie w związku z badaniem zjawisk gospodarczych i politycznych hipotezy „fałszywe”, a roboczo „praktyczne”, królują w wielu wypadkach niemal wszechwładnie. Są one w obrębie tych nauk konieczną nieraz bronią dla badacza, są tą bronią równie dobrze dla Kartezjusza, Leibnیتza, Adama Smitha i Newtona, co współcześnie dla Einsteina i de Broglie’a.

O wymienianiu chociażby najtreściwszym tysiącznych odmian tych hipotez, o wyliczaniu choćby najpobieżniejszym wszelkich najbardziej nieraz różnorodnych i niejednokrotnie nieoczekiwanych ich odcieni, nie może być oczywiście na tym miejscu mowy. Byłoby to czymś w ramach tej rozprawy nie tylko nieosiągalnym, ale równocześnie zbędnym. Wszak zamiast tej rozwlekłej i zbyt nas od właściwego tematu oddalającej enumeracji, wystarczy w zupełności dać parę przykładów wyraźnie rzecz ilustrujących. — Będą nimi hipoteza gospodarczego egoizmu Adama Smitha, dalej hipoteza atomu niepodzielnego i koła - wieloboku.

Podstawowy aksjomat ekonomisty Smitha w jego słynnym „Wealth of nations” — to, jak wiemy, ludzki egoizm, wpływający w sposób rozstrzygający i wyłączny na to lub inne kształtowanie się zjawisk gospodarczych w obrębie danego społeczeństwa. Myśliciel angielski, obdarzając wybrany przez się czynnik egoizmu znamieniem wyłączności, usuwa tym samym poza obręb swego systemu wszystkie inne czynniki gospodarczo ważne, a faktycznie działające, jak np. poczucie moralne, religijne, sprawiedliwość, przyzwyczajenie, współczucie, zwyczaj i t. d. — Czyniąc tak upraszcza niewątpliwie swe zadanie, a odseparowując się sztucznie i — jakby się wydawać mogło

— całkowicie świadomie od otaczającej go, zbyt złożonej, a tym samym nieuchwytniej „rzeczywistości”, zdobywa możność zbudowania nowej, wewnętrznie zwartej, naukowej konstrukcji. Konstrukcja ta — to monumentalny w swej prostocie system głównych praw ekonomicznych.

Drugi przykład — to zbankrutowana już dziś, ale w pewnym okresie rozwoju fizyki znaczną grająca rolę hipoteza atomu niepodzielnego. Mimo, że w przyjętym założeniu owej niepodzielności tkwi niewątpliwie wewnętrzna sprzeczność, mimo że na każdym kroku zadaje mu kłam naoczny potoczne doświadczenie, utrzymuje się ono w fizyce, i to uporczywie. — Hipoteza ciała niepodzielnego mimo swej „fałszywości” jest hipotezą naukowo praktyczną; hipoteza taka — to (jakby się wyrazić można) „robocza nieprawda”, ułatwiająca myślenie.

Trzecim i ostatnim z kolei przykładem jest przykład zaczerpnięty z geometrii, jest nim hipoteza koła-wieloboku. Koło wieloboczne to niewątpliwie, tak jak przysłowiowe koło kwadratowe, coś zaprzeczającego się wewnętrznie i oczywiście hipoteza dotycząca takiej figury jest tym samym t. zw. hipotezą fałszywą. Niemniej jednak hipoteza ta, rozkładając obwód koła na nieskończoną liczbę małych prostych, spełnia rolę sprawnego środka pomocniczego przy praktycznym obrachunku powierzchni koła. — Stwarza ona możność tego obliczenia przez sztuczne podciągnięcie linii krzywej w sferę obrachunku prostej.

Otóż przykłady hipotez tak wyglądających dają nam — jak widzimy — niewątpliwy pozór czegoś odmiennego i specyficznego, są to hipotezy jak gdyby swoistego typu.

Kwestia czy swoistość ta jest tylko pozorna, czy też przeciwnie rzeczywista — to przez długie wieki kwestia otwarta, nikogo zresztą bliżej nie interesująca. Myśliciele darzą ją obojętnością, potracając wprawdzie nieraz ubocznie, ale nie wyczerpując nigdy dokładnie — Stan ten zmienia się wreszcie i to całkowicie pod silnym tchnieniem myśli Waihingera. — W swym znanym dziele uderza on po raz pierwszy w sedno problemu, poświęcając mu długi tom swych rozmyślań.

„Die Philosophie des Als-Ob” — to pierwszy system w całości poświęcony fikcji, system przeto specjalnie nas tu zajmujący.

Co znamionuje przede wszystkim owo tak ważne dla nas dzieło? Znamieniem rzucającym się w oczy jest charakteryzujący je w pierwszej linii naukowy pesymizm poznawczy. Niewiara w zdolności poznawcze człowieka, niewiara rozpaczliwa w swej beznadziejności — to niewątpliwie cecha główna waihingerowskiego poglądu na świat. (18).

Cecha, o której mowa, nie jest zresztą u Waihingera kwestią uczucia czy sentymentu, ale jest przeciwnie czymś organicznie zespolonym z właściwą podstawą jego systemu i obranych w nim założeń. Myśl poznawcza — to dla niego tylko jedna z funkcji psychicznych i nic ponadto. Jako taka jest ona, jak cała zresztą nasza psyché, rządzona prawidłem empirycznej celowości i związana ze ściśle ustalonym przebiegiem sprzęgniętych ze sobą przymusowo reakcji. Czynności i reakcje psychiczne zaliczamy podług Waihingera do zjawisk koniecznych, t. j. takich, które zachodzą jako konieczne skutki poprzedzających je przyczyn. Jeżeli chodzi o porównanie zjawisk psychicznych z niepsychicznymi, to zestawiać je — wedle niego — należy ze zjawiskami organicznymi raczej niż z mechanicznymi. Należy tak czynić, ponieważ w obu dziedzinach somatycznej i psychicznej da się stwierdzić najłatwiej empiryczną celowość. (19). Czynności ludzkiej psyché w szczególności zaś jej czynności poznawcze — to u Waihingera zatem nie co innego, jak tylko celowa funkcja organiczna.

Stała walka o byt, stanowiąca właściwą treść życia człowieka, zmusza go do stałej walki i wiecznej obrony. Obrona ta — to nieustanne przystosowanie się jego do stale zmieniających się warunków i okoliczności, do ciągle nowych potrzeb chwili i otoczenia. Możliwość takiego przystosowania płynie dla człowieka przede wszystkim z jego budowy fizycznej, daje mu ją gama związanych z nią celowych reakcji cielesnych, ale chroniący go puklerz tych reakcji — to w jego ciężkiej walce broń zbyt prymitywna. Aby z niej wyjść zwycięsko potrzebuje on środka subtelniejszego. Tym środkiem subtelniejszym a co zatem idzie i skuteczniejszym jest u człowieka celowa aktywność psychiczna.

Tę samą celowość, którą stwierdzamy przy wzroście, zdrowieniu organizmu obserwujemy również podług Waihingera w zjawiskach psychicznych. Jak fizyczny organizm jest maszyną, która obcy jej ma-

teriał przerabia nader celowo dla swojego użytku, przyswaja go sobie przez wcielanie a nie tylko wchłanianie, tak i świadomość nie jest tylko czymś biernie odtwarzającym świat zewnętrzny, lecz celowo reaguje na wszelką pobudkę, przyswajając ją na własny użytek. Dusza to dla Waihingera organiczna siła kształtująca, która przystosowuje się do świata zewnętrznego i świat ten przystosowuje do siebie. Podczas swego wzrostu tworzy ona z własnej natury ale dzięki zewnętrznym pobudkom swoje własne organy, którymi są np. formy oglądu i myślenia, pewne pojęcia i niektóre twory logiczne. Za pomocą tych organów dusza przystosowuje się do zewnętrznych warunków. Myślenie logiczne jest podług Waihingera organicznie celowym opracowaniem materiału, uzyskanego z wrażeń, czyli jest ono organiczną funkcją duszy. (20).

Jak widzimy z tego, cel psychicznej działalności w Waihingera — to nie tylko zwykle przejmowanie wrażeń doznanych, ale także celowe przekształcanie materiału percypowanego oraz jego odpowiednie dostosowywanie. Poznać — to w tej koncepcji nie tyle przejąć, co zaadoptować. — Ułatwiając człowiekowi właściwą mu rolę, sprzyjając mianowicie jego działaniu, spełnia psyche tę samą działalność adaptacyjną, co organizm fizyczny, spełnia funkcję całkowicie i na wskroś organiczną. Ale istnienie takiej funkcji związane jest koniecznie z uprzednim istnieniem warunkujących ją organów. Organa te psyche, podług Waihingera, rzeczywiście zdobywa wykuwając je sobie w ogniu zetknięcia z podniętą zewnętrzną.

Aktywność poznawcza zatem — tak jak ją widzimy w dziele Waihingera — w szczególności zaś samo myślenie logiczne jest aktywnością charakteru wyraźnie twórczego. Proces poznawczy u Waihingera — to (powtórzmy raz jeszcze) nie tyle bierne przejmowanie materiału czuciowego, bezpośrednio nam się narzucającego, ile raczej całkowite jego przekształcanie, nie tyle fotograficzne utrwalanie naszych spostrzeżeń, ile raczej ich przebudowa w drodze analogii. Pierwszym celem metody naukowej jest właśnie dla Waihingera owa przebudowa, zastępowanie danych bezpośrednich przez dostępny nam świat pojęć. Według niego w pracy naukowej, postępuje się zazwyczaj tak, że przerabia się treść wrażeń uzyskaną bezpośrednio w kształty pewnych pojęć sądów i myśli. Dzieje się to przy pomocy indukcji, z pojedynczych wrażeń i sądów dochodzi się przy pomocy

odpowiedniego wnioskowania do pojęć i sądów ogólnych. Biorąc jako punkt wyjścia to, co nam jest bezpośrednio dane, porównuje się to z innymi danymi i znalezione podobieństwa formułuje się w postaci ogólnych praw i pojęć. Dokonujemy tego przez spostrzeganie identyczności i przez podporządkowywanie. (21).

A więc — jak z tego widzimy — stworzony przez człowieka świat pojęć — to w ujęciu Waihingera nie tyle pomost ku rzeczywistości, ile raczej dzieląca go od niej przegroda. — Rzeczywistość obiektywna jest dla człowieka na zawsze całkowicie zakryta, właściwe jej zrozumienie jest dla niego z istoty czymś niedostępnym a równocześnie zbędnym. W toczonej przez się walce o byt, potrzebuje on, aby działać skutecznie, nie tyle wiedzy, ile orientacji, nie tyle właściwego poznania, ile celowego obrachunku. Najlepszym narzędziem tego obrachunku jest właśnie myśl dyskursywna wraz ze związanym z nią światem pojęć.

Według Waihingera należy baczyć na to, że celem świata przedstawień nie jest odtwarzanie rzeczywistości, świat ten ma być jedynie instrumentem dla łatwiejszego orientowania się w rzeczywistości. Procesy psychiczne są najwyższym wytworem rozwoju organicznego, ale w żadnym razie nie są one odtwórczym obrazem kosmosu. Wszelkie zjawiska psychiczne, więc między nimi i procesy logiczne, są składnikiem wszechświata mającym na celu utrzymanie życia organicznego. Zjawiska psychiczne są zatem przyrządami służącymi do doskonalenia życia, świat przedstawień to ostatnie ma na celu ale nie jest on odtworzeniem życia zewnętrznego w ogóle, a organicznego w szczególności. (22).

Ale instrument dyskursywnego myślenia zna w cechującej go sztuczności różne jakby stopnie. Obok zwykłych reguł myślowych zna Waihinger bardziej od nich sztuczne chwytły sztuki myślenia. Mają one miejsce podług niego wówczas, kiedy cel kierowniczy osiągnąć jest przez myśl nie wprost, ale okrężnie, kiedy mianowicie ta myśl stara się usunąć przeszkody przed nią się piętrzące, nie tyle je łamiąc, co ignorując.

Regułami sztuki myślenia (Kunstregeln) są u Waihingera te techniczne czynności, które odpowiadają trzem warunkom: 1) przy ich pomocy cel jest osiągnąć bezpośrednio, 2) czynności te wynikają z natury tego, do czego zmierzają, 3) czynności te nie przeczą w żad-

nym razie ogólnej formie czynności. W logice regułą sztuki myślenia jest indukcja. — Waihingerowskie chwytły sztuki myślenia (Kunstgriffe) są to takie czynności, które się charakteryzują następującymi momentami: 1) pozornie przeczą dzięki swej tajemniczości powszedniemu postępowaniu, 2) pokonują trudności drogą pośrednią, 3) spotykane w myśleniu dają mu niezwykle celowy środek przystosowania (23). Widzimy z tego, że działalność waihingerowskich chwytów myślowych — to działalność równie płodna i równie wynalazcza, jak twórczość innych środków techniki myślenia; właściwe owoce i produkty tej działalności — to również pojęcia, ale pojęcia specyficzne. Te pojęcia nacechowane znamieniem specjalnie je wyróżniającej sztuczności — to, podług Waihingera, nie co innego, ale właśnie fikcje. Jedną z podstawowych władz duszy jest jej działalność fiktywna. Fikcje — to wytwory psychiczne, wytwarza je dusza z siebie samej, o ile jest do tego skłoniona zewnętrznymi pobudkami, wtedy wynajduje je ona w sobie i zewnętrznie ujawnia. Człowiek tkwi w świecie rozmaitych sprzeczności, które by go unicestwiły, gdyby się nie ratował za wszelką cenę, toteż w walce o swe istnienie rozwija się umysł ludzki, zawdzięczając swój rozwój i wewnętrzny rozrost raczej nieprzyjaznym jak dobrym warunkom. (24).

I otóż w głównych konturach rysuje się już przed nami właściwa podstawa badanej przez nas filozofii. Podstawą tą jest pojęcie fałszu, ale fałszu celowo świadomego, konstruktywno-twórczego, ochrzczonego specjalnym mianem fikcji. Fikcja, a pozornie ją przypominająca hipoteza, nawet hipoteza fałszywa — to nie to samo w różnej gradacji, ale rzeczy jakościowo całkowicie różne.

Hipoteza zdaniem Waihingera mierzy zawsze prosto w rzeczywistość, t. j. zawarta w niej konstrukcja wyobraźniowa stawia sobie za zadanie i rości pretensje pokrycia się kiedyś z prawdą. Jako taka poddaje się sama przez się próbie stwierdzenia i domaga się weryfikacji, chcąc być uznana za faktyczny odbłask realnie istniejącej rzeczywistości. Hipoteza ma charakter tymczasowy, ale cel, do którego zmierza, jest jej faktycznym przeprowadzeniem, a zarazem ugruntowaniem na podstawie danych stwierdzonych w doświadczeniu. Hipoteza dąży oczywiście również do tego, aby nie być wieczną, lecz okazać się kiedyś zbytęcną. Sama z siebie znika ona wówczas, kiedy tracąc swój charakter hipotetyczny, wchodzi w krąg utrwalonych na stałe

pewników. Właściwa rola fikcji chociaż też natury prowizorycznej, to jednak nie jest tą samą rolą. Założenie jej z chwilą wykrycia prawdy odpada zawsze jakby automatycznie z konieczności ustępując miejsca tej prawdzie. Fikcja zatem — to tylko środek pomocniczy, to coś na kształt drabiny myślowej, hipoteza, przeciwnie, to nie rusztowanie, ale coś stawianego z myślą o trwałości. Hipoteza tak widziana — to rezultat myśli, fikcja to jedynie fortel tejże myśli. Naturalną tendencją hipotezy jest możliwie radykalne likwidowanie napotykanych przed sobą sprzeczności, fikcja przeciwnie, nie tylko sprzeczności tych nie usuwa, ale jeszcze je tworzy. Systemy weryfikowania obu założeń, to wskutek tego właśnie dwa systemy odrębne. Hipotezę się sprawdza, fikcję usprawiedliwia. Potwierdzenia pierwszej szukać mamy w zgodnych z nią doświadczeniach, potwierdzenia drugiej — jedynie w praktycznie oddanych usługach. I dlatego fikcyjna konstrukcja wyobrażeniowa może tylko wtedy istnieć i być wybaczalna, kiedy daje człowiekowi jakąkolwiek korzyść i użyteczność, względnie przynosi mu naprawdę jakąkolwiek pomoc. Właściwe zatem usprawiedliwienie fikcji to coś na kształt weryfikacji, ale weryfikacji — powtarzamy — całkowicie swoistej. Fikcje niepraktyczne i wskutek tego nieużyteczne należy rugować równie energicznie jak hipotezy obalone w doświadczeniu, względnie dostatecznie przez nie nie umocnione. I oto zatem tak weryfikacja, jak usprawiedliwienie związane są ściśle z naturą poszczególnych założeń, i z wykonywanymi przez nie funkcjami; ale właśnie sama działalność fikcji i hipotezy oraz spełniane przez nie role różnią się zasadniczo, wymagając traktowania całkiem odrębnego. „Fikcja — mówi Waihinger — jest wtedy usprawiedliwiona, kiedy przynosi myśleniu rzeczywiste usługi, hipoteza przeciwnie musi być sprawdzona. Fikcje nigdy nie mogą być weryfikowane, ponieważ już w samym ich założeniu zamknięte jest odchylenie od rzeczywistości”. (25).

Jak z tego widzimy, metoda hipotetyczna, a metoda fikcyjna, to u Waihingera coś całkowicie różnego. Z pierwszą mamy do czynienia wówczas, kiedy przyjęte założenie jest możliwe nie tylko myślowo, ale również faktycznie. Ta jego możliwość wiąże się ściśle z doświadczeniem, może być zawsze przez nie nie tylko wzmocniona, ale niejednokrotnie też usunięta. Rzecz ta przeciwnie przy fikcji nie gra żadnej roli. Ujemne doświadczenia, a nawet znacznie gorsze od nich

sprzeczności logiczne, nie szkodzą jej wcale, a jeżeli szkodzą, to inaczej całkiem niż hipotezie. Dążenie bowiem metodologiczne hipotezy — to jej dążenie do prawdopodobieństwa, tendencja fikcji natomiast to tendencja ku celowości. Fikcja — to założenie, obrane ze świadomością swej niemożliwości, a to czy to wskutek tkwiącej na jej dnie sprzeczności wewnętrznej, czy też wskutek innych jakichś przyczyn. Dopóki w założeniu jakimś świadomość wskazana się nie mieści, zasługuje ono nie na miano fikcji, ale, co nie jest bynajmniej tym samym, na miano fałszywej hipotezy.

Stawianie akcentu nad podkreślanym stale przez Waihingera momentem świadomości wiąże się z uznawaną przez niego zmiennością natury każdej tezy. W związku z tym mówi nam o t. zw. „Ideenverschiebung”. Odpowiednio mianowicie do psychicznej tendencji, z jaką się daną tezę stawia, może ona przechodzić przez różne stadia zmieniając każdorazowo swój charakter. Może ona z dogmatu przejść w hipotekę, a następnie w fikcję (26), może odwrotnie z fikcji zmienić się w hipotekę i z kolei — w dogmat (27). Omawiając fikcje heurystyczne wskazuje Waihinger, w jaki sposób dogmaty przetwarzają się w hipotezy, hipotezy zaś w fikcje. Kwestia ta podług niego nie jest zwykłą kwestią historyczną i nie może być rozstrzygnięta czysto historycznie. Botaniczny układ Linneusza oraz socjologiczny system Smitha zostały przez swych twórców pojęte jako twory sztuczne. Epigoni tych uczonych pojmowali ich myśli jako hipotezy, a z kolei zamieniono je w dogmaty. Później system Smitha pojmowano jako hipotezę, a wreszcie dzięki Buckle'owi znów się go rozumie, jako fikcję (28).

Przejdźmy jednak do kwestii dla nas ważniejszej, czyniąc jeszcze ogólną reasumpcję tego, co wiemy już o naturze fikcji Waihingera; będzie nią powtórzenie w paru głównych punktach naszych dotychczasowych o niej wiadomości. Punktów tych zgodnie zresztą z samym Waihingerem dostrzegamy cztery.

A więc pierwszym znamieniem omawianej fikcji jest przede wszystkim zawsze ją charakteryzująca fałszywość. Fikcja pojęta po waihingerowsku — to w pierwszej linii zawsze pewne odchylenie od rzeczywistości, płynące bądź z wewnętrznie tkwiącej w niej sprzeczności, bądź też z innych jakichś przyczyn zewnętrznych. Sprzeczność z rzeczywistością, o której mowa, ma podług Waihin-

gera formę dwojaką: 1) ukazuje się ona w przesłankach, czyli w ujmowaniu odnośnych pojęć lub sądów, które są w niezgodzie ze skądinąd znanymi faktami, prawami i zjawiskami oraz 2) w konsekwencjach uzyskanych z tych pojęć i sądów a kłócących się stale z rzeczywistością. Ta sprzeczność bywa często ukryta, ale nie mniej podług Waihingera jest ona zawsze istotna. Mając do czynienia z prawdziwymi fikcjami widzimy ową sprzeczność szczególnie w antynomiach, które wyłaniają się na tle tych fikcji (29).

Drugą cechą istotną fikcji Waihingera jest jej tymczasowość. Sama z siebie dąży ona do tego aby nie być wieczna, lecz okazać się kiedyś zbyteczną, czy to ze względu ściśle historycznego, czy ze względu po prostu samej logiki. Fikcja jedynie wtedy może być użyta właściwie, gdy się ją używa czasowo, prowizorycznie aż 1) doświadczenie się wzbogaci, lub 2) myśl nasza tak się wykształci, że zastąpić ją zdołamy przez metody ostateczne. Toteż posługując się fikcją należy podług Waihingera stale baczyć na to, aby stosować przy tym korektę, bez korekty bowiem nie można odnieść fikcji do świata zewnętrznego. Widzimy to w matematyce, ale również poza jej zasięgiem. Korekta, o której mówi nam Waihinger, może mieć formę zdania następującego; należy się wystrzegać mieszania z rzeczywistością tego, co teoretycznie z fikcji wynikło. (30).

Trzecią z kolei cechą omawianej fikcji jest charakteryzująca ją fałszywość, wyraźnie świadoma. Fikcja Waihingera — to nie tyle sama tylko nieprawda, ile nierównoznaczny z nią fałsz świadomy. Naiwna subiektywizacja obiektywnej prawdy a taki fałsz świadomy — to dla Waihingera coś skrajnie różnego, to wyraz niejako dwóch stadiów myślenia. Znamieniem fikcji jest — powtórzmy raz jeszcze — jasna świadomość, że się ma do czynienia właśnie z fikcją, czyli że chodzi o coś fikcyjnego a nie realnego. (31).

Czwartym z kolei i ostatnim znamieniem fikcji Waihingera jest wreszcie jej celowość. Jest ona zawsze tylko pewnym środkiem, przeznaczonym do spełnienia konkretnego celu. Istotną cechą fikcji waihingerowskiej nie jest to, iżby była wątpliwą hipotezą, względnie zwykłą negacją rzeczywistości, ale to że jest negacją natury celowej. Dusza ludzka ujawnia się w ruchu „sensu lato”, a to najpierw w ruchach zewnętrznych, w pierwszym rzędzie w odruchach,

z kolei zaś w ruchach dowolnych, mających na celu utrzymanie organizmu. Należy przeto całą psychikę pojmować jako maszynę, która zaoszczędza siłę, jako urządzenie, które umożliwia organizmowi wykonanie jego ruchów w sposób celowy, t. zn. prędko, sprawnie i z najmniejszym nakładem siły energetycznej. Fikcja waihingerowska tak pojęta to na tle tej psychiki przejściowy węzeł i punkt myślenia (Durchgangspunkt).

Te cztery zasadnicze wskazane znamiona wystarczają do odróżnienia fikcji od hipotez. Podług Waihingera umożliwiają one natychmiastowe poznanie fikcji, przy czym przy ich pomocy można przetrząsając rozłogi wiedzy odkryć fikcje dotąd nieznanne. (32). Ale kryterium, wyróżniające fikcje od innych tworów myśli, — to kryterium nie tylko ściśle wewnętrzne, ale podług Waihingera także i zewnętrzne. Widowym znakiem fikcji jest jej uzewnętrznianie się w specjalnie zbudowanych zdaniach, wiążąca się z nią, szczególna gramatyczna forma. Źródłem owej formy jest dla Waihingera łącznik „jak-gdyby“ słowo „Als-Ob“. „Jużeśmy wielokrotnie poznali — mówi Waihinger — różne formy ujawniania się fikcji, każdą krzywą linię można traktować (daje się ona traktować, należy ją traktować) „jak gdyby“ składała się z nieskończenie wielu, nieskończenie małych linii prostych. Mamy tu więc rzadką kombinację. Nie przypisujemy na razie wartości temu, że pierwsze zdanie można wypowiedzieć tak problematycznie, jak asertorycznie oraz apodyktycznie, zwracamy naszą uwagę na rzadką komplikację słówek „jak-gdyby“ lub „jak-gdy“.“ (str. 155).

A więc w głównych zarysach mamy już przed sobą kształt zasadniczy streszczonego przez nas systemu, wraz z widniejącą na tle jego teorii waihingerowskiej fikcji naukowej.

Cóż więc o teorii tej sądzić nam wypadnie? Postarajmy się sprecyzować nasz pogląd o niej, z góry pragniemy to podkreślić, zasadniczo krytyczny.

Pierwszą wątpliwością, bezpośrednio się nam narzucającą, jest zastrzeżenie, zwrócone pod adresem samej podstawy badanej przez nas konstrukcji, podstawy — naszym zdaniem — zupełnie niejasnej i niesprecyzowanej Świat rzeczywistości u Waihingera to świat dla człowieka nie tylko zamknięty, ale zasadniczo mu obcy, a prawda obiektywna to coś dla myśli ludzkiej na zawsze ukrytego (33).

„Die Philosophie des Als-Ob” — to, jak mieliśmy sposobność się przekonać, domena panowania czystego fałszu, królestwo wadliwości wszelkich rozumowań jakiegokolwiek zresztą byłyby rodzaju. Z drugiej strony, jak to widzieliśmy, pierwszym podkreślonym przez Waihingera znamieniem fikcji jest charakteryzująca ją cecha nieprawdziwości. Teza fikcyjna — to dla niego przede wszystkim teza fałszywa. Fałsz — to w oczach jego podstawowy moment wyróżniający fikcje od niefikcyj.

Sprzeczność, tkwiąca na dnie takiego poglądu, bije — naszym zdaniem — w oczy. Specjalne podkreślanie fałszywości fikcji przy równoczesnym pomijaniu uznawanej zresztą skądinąd fałszywości dogmatu czy hipotezy — to coś metodologicznie całkiem wadliwego. Teza Waihingerowska zreasumowana — to teza zaprzeczająca się wewnątrz. Ujęta w skrócie da nam ona zdanie następujące: fikcja wyróżnia się od innych tez nieprawdziwych tym przede wszystkim, że jest ona na równi z tamtymi tezą fałszywą. Ale „fikcja-fałsz” — to w badanym przez nas systemie coś nie na miejscu z innych jeszcze przyczyn, przyczyn zasadniczych. Wszak w systemie, gdzie, jak widzieliśmy, nie ma miejsca na prawdę, z tych samych racji, nie powinno również być miejsca na fałsz. Wszak fałsz, względnie nieprawda — to tylko negatywny obraz samej prawdy, to zawsze ściśle związany z nią korelatyw. Ktoś kto jak Waihinger mówi o nieprawdzie, afirmuje tym samym swą wiarę w prawdę. W ucieczce swej przed rzeczywistością, w drodze właśnie zupełnego jej negowania wikła się on bezwiednie w zdradliwe jej sieci, popadając niewątpliwie sam w ontologizm.

Ale fikcja u Waihingera to nie tylko fałsz, to coś więcej. Kryterium fałszywości (wie o tym chyba dobrze sam Waihinger) — to na tle całości jego systemu coś rażącego nas swą słabością. Waihingerowska teza fikcyjna jest dlatego właśnie nie zwykłym fałszem ale pewnym fałszem świadomym: „Das Hauptmerkmal einer normalen Fiktion — pisze on — ist das ausdrücklich ausgesprochene Bewusstsein dass die Fiktion eben eine Fiktion sei, also das Bewusstsein der Fiktizität ohne den Anspruch auf Faktizität”. Nieprawidłowo użyta cecha fałszywości, przeniesiona żywcem jakby z domeny, zwalczanej skądinąd ontologii, zostaje uzupełniona czymś dodatkowym.

Obok ściśle ontologicznego momentu nieprawdziwości wkracza moment inny, moment „świadomości”. Powtarzamy teza fikcyjna będzie nią dopiero wtedy, kiedy będzie tezą nie fałszywą, ale świadomie fałszywą. Hipoteza nieświadomie fałszywa — to tylko, jak głosi Waihinger, hipoteza fałszywa. Hipoteza świadomie fałszywa — to, przeciwnie, fikcja.

Jeżeli jednak mowa o świadomości — to o jaką świadomość może tu chodzić? Czy chodzi tu o moment samej metody, czy też moment przeciwnie psychologiczny? Odpowiedź Waihingera na to pytanie jest odpowiedzią naszym zdaniem całkiem niedwuznaczną. Pod enigmatycznym nieco słowem świadomości nie kryje się u niego nic takiego, co wybiegałoby poza sferę zwykłej psychologii. (34)

Świadomość, nieświadomość — to u niego po prostu zwykłe określenia, dla pewnych tendencji i nastawień psychicznych. Jeżeli ktoś stawia tezę fałszywą, wiedząc o jej fałszywości — to dopuszcza się tym samym świadomego fałszu, jeżeli czyni to samo nie o tym nie wiedząc — to popełnia przeciwnie fałsz nieświadomy. Z tym czynnikiem czysto psychicznym łączy się wspomniane już przez nas wyżej, a uznawane przez Waihingera prawo „Der Ideen-Verschiebung” Odpowiednio mianowicie do psychicznej tendencji stawiającego tezę, może ona podług niego znać różne stadia, zmieniając za każdym razem właściwy charakter. A więc Waihinger, aby określić naturę jakiejś tezy, wychodzi równocześnie z dwóch pól widzenia, pól zresztą niewspółmiernych i różnoplanowych. Teza jego — to równocześnie ta lub inna treść psychicznego przeżycia, równocześnie to lub inne odbicie prawdy.

W tym metodologicznie niedopuszczalnym zmieszaniu ontologii z psychologią kryje się niewątpliwie błąd naukowy.

Ale fikcja w systemie Waihingera — to nie tylko fałsz świadomy, lecz także fałsz celowy. Gra ona w tym systemie rolę środka skierowanego zawsze ku pewnemu celowi. Jedną z jej cech głównych — to znamionujący ją charakter celowy. „Das wesentliche an der Fiktion nach unserer Auffassung (głosi Waihinger) ist nicht etwas dass sie wie manche meinen eine bewusste Abweichung von der Wirklichkeit eine blosser Eindrückung sei — sondern die Zweckmässigkeit dieser Abweichung betonen wir”. (str. 174).

I oto widzimy, że momentem wyróżniającym fikcje od niefikcyj jest u Waihingera także kategoria celu. Kategoria celu uznana skądinąd przezeń za fikcyjną ma być właśnie sama jednym z elementów pojęciowych fikcji. Fikcję ma w tym wypadku tłumaczyć fikcja. Jej definicja ma wspierać się na świadomie obranym fałszu. Czyż nie tkwi w tym jaskrawa samorezygnacja i błędne koło zewsząd zwodniczo zamknięte? Czyż nie tkwi w tym metoda wyraźnie wadliwa?

Oto w kilku podstawowych punktach ujęte główne wady pojęcia fikcji Waihingera. Dają nam one dowód, jak sądzę, wyraźny słabości wybudowanej przezeń teorii. Teoria ta, jedyna zresztą teoria w system ujęta, nie wytrzymuje, jak widzieliśmy, nieco ściślejszej analizy.

Ale właściwym pracy naszej tematem jest fikcja nie w nauce w ogóle, ale fikcja jedynie w nauce prawa. Budowanie jakichś teorii ogólnych, względnie zastępowanie obalonych nowymi nie byłoby, jak sądzimy, tutaj na miejscu. Nasze dążenia nie idą w tym kierunku, chodzi nam nie tyle o fikcjonizm naukowy, nawet nie o fikcjonizm naukowo-prawny, chodzi nam właściwie tylko i jedynie o t. zw. fikcję w nauce prawa.

Waihingerowskie „Als-Ob”, chociaż teoretycznie nie doskonałe, może nam tu służyć niewątpliwie jako użyteczny całkiem punkt wyjścia; może nim być dla nas zwłaszcza dlatego, że jest w całej pełni czymś równoznacznym z fikcją w całkiem banalnym sensie tego słowa. Wszak fikcja w nauce, jak wiemy już o tym, ma ustalone pociągające znaczenie, odpowiadające temu właśnie sensowi.

Ale badanie fikcji naukowo-prawnej trzeba poprzedzić paru wyjaśnieniami na temat samej natury nauki prawa. Nauka ta — podług nas — dzieli się na dwie zasadniczo różne i odmienne części: na dogmatykę prawa i teorię prawa. (35).

Czym właściwie różnią się w naszym rozumieniu te dwie części odrębne od siebie? Otóż z góry chcemy tutaj podkreślić, że w ustosunkowaniu się teorii względnie dogmatyki do rzeczy najbardziej istotnych i podstawowych, a przede wszystkim do samego, ze wszystkich najważniejszego, pojęcia prawdy, leży — podług nas — zasadnicza (rzec można) różnica. Teoria w budowaniu swych pojęć i myślowych konstrukcyj, idzie często linią największego oporu, schodzi i schodzić musi do samego dna zagadnień. Chodzi jej o zdobycie

wielkiej niewiadomej, wielkiego „dlaczego”. Chodzi jej o wydarcie na światło dzienne pewnych prawd, prawd nie zawsze może absolutnych, często z konieczności relatywnych, ale z istoty założenia obiektywnych. Ścisła prawda obiektywna — to właściwa racja bytu teorii jako metody.

Dogmatyka ta nie ma tak wysokich dążeń, porywów i aspiracji, jest ona jedynie wiedzą zawodową, stosowaną na pewnym określonym odcinku. Używana przez nią metoda — to metoda tylko ściśle praktyczna. Gwiazda teoretycznej prawdy samej w sobie, to coś dla dogmatyki całkowicie obcego i dla niej w zupełności nie istniejącego. Celem jej ostatecznym nie jest wcale prawda jako taka, ale wyniki praktyczne, nie mające z nią nic wspólnego. Zródłem tych wyników jest nie właściwe poznanie, ale jedynie wiadomości czysto zawodowe. Wiadomości te technicznej natury przynoszą nam korzyść w pracy przy warsztacie, znajdując równocześnie w tej korzyści właśnie właściwą swą rację i uzasadnienie.

A więc sprawdzianem wartości konstrukcji dogmatycznej w odróżnieniu od teoretycznej nie jest — powtórzmy raz jeszcze — jej prawdziwość, ale zawodowa jej użyteczność. (36).

Moment podkreślonej przez nas różnicy między obu metodami prawnonaukowymi, — to moment specjalnie tu dla nas ważny. Wskazuje on nam na to (jak to zaraz wykażemy) całkiem wyraźnie, że badana przez nas „fikcja” prawnonaukowa (o ile w ogóle istnieje) może być tylko fikcją w teorii prawa, w żadnym zaś razie — fikcją w dogmatyce prawa. Otóż to, dlaczego w dogmatyce prawa nie ma dla „Als-Ob” właściwego miejsca, powinno być dla nas już w tej chwili czymś jasnym. Wszak teren, nie znający rzeczywistości a obey, co za tym idzie, prawdzie w ogóle, nie może być domeną ani fałszu, ani tym bardziej fałszu świadomego. Wszelka konstrukcja dogmatyczna — to tylko pewien swoisty chwyt techniki prawnej, coś poza „fachem” niezrozumiałego.

Jakąkolwiek formę konstrukcja ta przybierze, czy zwykłej definicji, czy klasyfikacji, czy wreszcie personifikacji, będzie ona zawsze tym chwytem jedynie, nigdy zaś (jakby się czasem pozornie wydawać mogło) faktycznym odchyleniem od rzeczywistości. To zatem co w dogmatyce wydaje się sztucznym klasyfikowaniem, definiowaniem, personifikowaniem i t.d., nie jest bynajmniej tym samym, co

właściwa sztuczna (a więc Waihingerowska) klasyfikacja, definicja, lub personifikacja. Określenia te w dogmatyce, a te same określenia u Waihingera mają całkiem odmienny sens i znaczenie.

Ażeby się o tym przekonać, wystarczy nam tu przykład klasyfikacji zawodowo-prawnej wraz z tym, co o niej mówi Petrażycki.

Terminologia zawodowa przystosowuje się według niego jakoby naturalnie do różnych potrzeb i celów praktycznych, właściwych każdej odrębnej dziedzinie życiowej. Ze stanowiska takich potrzeb mogą mieć wartość i wagę jednakową oraz wymagać jednakowego traktowania rzeczy najbardziej różnorodnych w swych celach obiektywnych, rzeczy zaś jednorodne mogą mieć różne znaczenie i wymagać odmiennego do siebie stosunku praktycznego. Terminologia praktyczna daje temu odpowiedni wyraz zewnętrzny, wiążąc przedmioty różnorodne i rozdzielając jednorodne, a to wyłącznie pod kątem widzenia pewnych życiowo ważkich potrzeb i celów.

„Oto chociażby ze stanowiska kulinarnego, kucharskiego (pisze Petrażycki), najróżnorodniejsze rośliny lub nawet części roślin, różnych rodzajów i gatunków, bywają łączone w jedną grupę i otrzymują wspólną nazwę np. „jarzyn”, „włoszczyzny” lub t. p., a to dlatego, że wszystkie są cenione jako materiał do przyrządzania potraw lub do jakichś specjalnych celów kulinarnych (np. jako przyprawy). Niezliczone zaś rośliny wspólnego z nimi rodzaju są z grupy wyłączone i nie otrzymują tej nazwy jedynie dlatego, że są niesmaczne; inne dlatego, że wymagałyby bardzo długiego gotowania lub zabiegów tak zawiłych, że skutek odżywczy lub gastronomiczny nie opłacałby tych trudów; trzecie dlatego, że są kłujące, szorstkie i t. p.; czwarte — że wywołują rozstrój żołądka, bóle głowy i t. p.; piąte — dlatego, że opierają się ich użyciu jakieś miejscowe zwyczaje, przesady, nieznajomość ich właściwości i t. p.... Gdyby się znalazł uczony botanik, który by podjął zadanie określenia odrębnego gatunku roślin, odpowiadających nazwie kulinarnej „jarzyna”, to oczywiście wysiłki jego byłyby daremne, jakkolwiekby wiele pracy poświęcił na oglądanie, badanie budowy i t. p. przedmiotów nazywanych „jarzynami”, oraz porównywanie ich z innymi przedmiotami pokrewnymi. Samo zagadnienie przez niego podjęte stanowi swoistą „*contradictio in adiecto*”, zawiera w sobie żądanie czegoś, co nie istnieje“ (37).

Przywiedziony tu ustęp zacytowaliśmy w całości, rzuca bowiem światło specjalnie jasne na właściwą naturę podziału dogmatycznego. Podział ów nie jest jakimś odchyleniem od obiektywnie prawidłowej klasyfikacji, klasyfikacji naturalnej, nie jest dowolnym krącaniem i rozczłonkowywaniem rzeczywistości, ale jest z istoty czymś zgoła innym. Podział ów nie jest choćby dlatego podziałem sztucznym, ponieważ we właściwej mu domenie brak jest koniecznie go warunkującego podziału naturalnego. Klasyfikacja sztuczna może istnieć tylko w związku z rzeczywistością, od której w czymś odbiega. Tam gdzie na rzeczywistość tę nie ma miejsca, tam gdzie jej nikt nie szuka, tam gdzie są tylko fachowe potrzeby i cele, tam samo przez się i podział sztuczny nie ma racji bytu.

Zawodowo prawna definicja czy personifikacja — to na tle zajmującej nas tu dogmatyki prawa to samo absolutnie co klasyfikacja i tu, stojąc poza rzeczywistością, nie mamy do czynienia z jej odchyleniami, ale jedynie ze złudą takich odchyleń. Złudą tą jest pozór sztucznej abstrakcji, względnie analogii, pozór czegoś naprawdę nieistniejącego, a tylko mającego nas swoim istnieniem

Dogmatyk np. tworząc definicję kontraktu kupna, sprzedaży czy pożyczki, nie włącza wcale życia, jak chcą niektórzy (38), w ramy jakichś formuł, ale po prostu życie to ignoruje. Tak samo mówiąc (39) o osobowości jakiegoś nieczłowieka, nie mówi bynajmniej o nim, „jak gdyby” był człowiekiem, lub czymś przynajmniej do niego zbliżonym. Personifikowanie dogmatyczne związku, stowarzyszenia lub fundacji — to nie analogizowanie, nie tworzenie sztucznych porównań, czy podobieństw, ale jedynie techniczna abrewiatura, skrót praktyczny, służący do uproszczenia jakiejś zbyt zawilej konstrukcji prawniczej.

Ale jeżeli fikcja nas obchodząca nie jest, jak z tego widać, fikcją dogmatyczną, to może szukać trzeba jej w teorii prawa?

Ażeby się przekonać o tym, trzeba wziąć za punkt wyjścia środek pomocniczy, którym może być tylko wskaźnik językowy. Wszak — jak wiemy — słowo „fikcja”, to słowo używane w teoriach prawnych, chodzi o to, aby wiedzieć, czy ma ono na ogół na tym terenie sens waihingerowski, a więc odpowiadający naszej fikcji. Powiedzieliśmy „na ogół”, gdyż badany przez nas teren jest oczywiście terenem zbyt rozległym i zbyt stale zmieniającym się, abyśmy mogli

prześwietlić go całkiem dokładnie. Badanie wszystkich istniejących na świecie teorii prawnych, w których mamy do czynienia ze słowem „fikcja”, byłoby przedsięwzięciem nie tylko nieosiągalnym, ale również wobec napływu wciąż nowych teorii czymś mało celowym. Zadaniem naszym będzie co innego. Będzie tym zadaniem nie badanie wszelkich znaczeń słowa „fikcja” na wskazanym terenie, ale raczej szukanie w obrębie tego terenu przeciętnego sensu tego słowa.

Tę przeciętną znaczeniową da nam, jak sądzimy, zestawienie kilkunastu dobranych rozmyślnie przypadkowo — a co zatem idzie — symptomatycznych przykładów; uwidoczní się ona najlepiej na tle różnych gatunkowo, a ściśle teoretycznych rodzajowo próbek naukowych. (Dla szybszego uchwycenia sensu przywiedzionych przez nas cytatów ilustrujemy go naszymi podkreśleniami).

Słowo „fikcja“ w systemie Michoud.

Zastanawiając się teoretycznie nad problemem osobowości osób moralnych, dochodzi Michoud do przekonania, że stosowany dotychczas system fikcyj nie jest w stanie go rozwiązać. Osoba fikcyjna — jego zdaniem — to jedynie supozycja ze strony ustawodawcy, którą traktuje on częściowo tak, „jak gdyby” była realna. W ten sposób stara się stworzyć prawa, należące do tej wyimaginowanej osoby. Starania te oczywiście zupełnie zawodzą. Tak, jak niemożliwe jest istnienie praw bez właściwego im podmiotu, tak samo nie mogą istnieć prawa, przypisywane podmiotowi fikcyjnemu. Oto parę urywków z dzieła Michoud:

„Le législateur *suppose* en vue d'un intérêt général une personne fictive qu'il traite partiellement *comme si* elle était réelle. Par là il rend possible l'existence de droits appartenant à cette personne qu'il *imagine* et les fait rentrer dans ses règles générales. Il résulte de cette conception première que l'Etat reste le maître absolu de la *fiction* dont il se sert. La personnalité morale ne répond pas à la *réalité*“ (40).

„Si l'existence d'un droit ne se comprend pas sans un sujet qui en soit le titulaire, on n'explique pas cette existence en l'attribuant à un sujet *fictif*: au contraire, on avoue par la même qu'il n'a pas de sujet réel. Autant, comme l'a dit un auteur accorocher son chapeau à un portemanteau que l'on *feint* dans la muraille“ (41).

„Bekker nous parle des droits que l'on peut attribuer au chien Tiras et à la chienne Bellone. Rumelin de ceux que l'on peut attribuer au chiffre 1891. Le danger de créations pareilles est sans doute pratiquement nul. Mais leur simple possibilité *théorique* suffit à faire douter du système. Au fond d'ailleurs la théorie des droits sans sujet ne fait que substituer à la fiction traditionnelle une fiction nouvelle: car après avoir proclamer la possibilité de droits sans sujet elle est obligée de rattacher ces droits à quelque chose de les considérer *comme appartenant* à ce quelque chose et ce ne peut être là qu'une *fiction*“ (42)

Jeżeli podstawą praw podmiotowych ma być, jak chcą niektórzy, wola człowieka, to podług Michoud płynie z tego przykra dla tak mniemających konsekwencja logiczna. Oto zmuszeni są oni, rozumując prawidłowo, widzieć w reprezentantach osób bezwolnych właściwych dzierżycieli praw, w samych zaś tych osobach — osoby fikcyjne, na które przenosi się sztucznie korzyść z praw, należących faktycznie do innych.

„Si l'on ne cherche pas ailleurs que dans la volonté la raison d'être du droit, on est obligé logiquement de dire que le titulaire du droit n'est autre que celui dont la volonté est protégée par conséquent le représentant, toutes les fois que la représentation n'est pas purement volontaire. Et alors le fou, l'infans et d'une façon générale tout incapable frappé d'incapacité absolue, ne peuvent plus être que des personnes *fictives*, sur qui on transporte *artificiellement* le bénéfice de droits qui en réalité appartiennent à d'autres“ (43).

Fikcja u Michoud — to, jak z zacytowanych urywków wynika, fikcja, pojęta po waihingerowsku. Łączy się ona tak samo, jak u Waihingera, z łącznikiem „jak gdyby”, łączy się z łącznikiem „comme si”, „comme appartenant” i t. p. Fikcja u Waihingera — to pewna supozycja pożyteczna, mimo, że świadomie fałszywa; tą samą supozycją, celowo nieprawdziwą, jest ona również i u Michoud (Le législateur suppose en vue d'un intérêt générale une personne fictive qu'il traite.).

Na dnie łącznika „jak gdyby” leży — podług Waihingera — porównanie. Porównanie jednak może być dwojakie: retoryczne zwykłe (Waihinger dla jego określenia używa terminu „tropus”), oraz faktyczne realne. Przykładami pierwszego rodzaju porównań mogą być wszelkie porównania poetyckie: gryka, jak śnieg, biała; czarny mój rumak, jak burzliwa chmura i t. p. Przykładami drugiego rodzaju

porównań są próby zestawienia w naukach przyrodniczych danych, które się uzyskuje dzięki badaniom geologicznym, z obecnym stanem flory i fauny na ziemi, lub w naukach humanistycznych — wykopalisk wytworów ludzkich z tym, co dziś jeszcze tworzą ludy pierwotne. Czy porównanie, wyrażane słowami „jak gdyby”, mieści się w jednej z powyższych grup? Podług Waihingera nie mieści się ono w żadnej z nich, gdyż jest czymś więcej, niż porównaniem zwykłym retorycznym, ale jest zarazem czymś mniej, niż porównaniem faktycznym, realnym. Z tego to powodu jest ono fikcją, jest ono możliwe jedynie wówczas, gdy istnieje coś trzeciego poza elementami, które się ze sobą porównuje (44).

Tym trzecim elementem jest właśnie ów „portemanteau, feint dans la muraille”, o którym w swym systemie całkiem wyraźnie mówi nam Michoud (45).

Słowo „fikcja“ w systemie Wł. L. Jaworskiego.

Ze słowem „fikcja” spotykamy się u Jaworskiego w związku z rozpatrywanym przez niego problemem osobowości państwa oraz praw podmiotowych. Problemy te rozpatruje on pod kątem rzeczywistości obiektywnej, a więc ściśle teoretycznie. „Personifikacja państwa, (pisze on), jako osoby, organizmu, siły, nie jest naukową konstrukcją. *Porównania tego, obrazu, fikcji* używaliśmy także i my, zastrzegając się jednak od razu, że czynimy to prowizorycznie. Ułatwiło nam to przedstawienie rzeczy, ale chroniliśmy się wszędzie przed wyciąganiem z tego obrazu jakichkolwiek naukowych wniosków. Personifikacji używaliśmy, jak się używa drabiny, którą się odrzuca po dojściu do zamierzonego celu” (46).

Zagadnienie praw podmiotowych — to u Jaworskiego problem, ściśle związany z kwestią zawartości normy. Jeżeli normy prawne są zdaniami, wyrażającymi związek dwóch sytuacji faktycznych przez przymus, to wyrazy, stanowiące te zdania, muszą być, podług Jaworskiego, możliwie najdokładniejszym odbiciem owych sytuacji faktycznych. O co zatem chodzi? Chodzi o wyjaśnienie tych wyrazów, chodzi o stwierdzenie, czy są one pełnymi, dokładnymi symbolami rzeczywistości. Takie zadanie, podług Jaworskiego, ma właśnie teoria prawa. Spełniając je, natrafi ona na różne grupy wyrazów; znajdzie wyrazy, których używa nie tylko norma prawna, i co do nich —

ucieknijemy do ogólnej logiki. Znajdzie grupę wyrazów, właściwych normom prawnym, które jednak potrafi wyjaśnić tylko ogólna teoria poznania. Ale napotka jeszcze wyrazy innej kategorii; napotka wyrazy tego typu, co prawo podmiotowe. O wyrazach tych pisze Jaworski, że „nie są one symbolem faktu, rzeczywistości, ale są sztucznym wytworem — fikcją”. Tutaj teoria prawa ma podług niego inne zadanie, niż w dwóch poprzednich wypadkach. Ma ona jedynie wykazać, jaką drogą myślenia te wyrazy zostały wytworzone i jaką są pomocą w „wyrażaniu”.

Fikcja Jaworskiego posiada, jak widzimy, kształt Waihingerowski. Posiada ona ów kształt przede wszystkim dlatego, że jest u niego „nie symbolem faktu, rzeczywistości”, ale jest „porównaniem”, „sztucznym wytworem”, „obrazem”; dalej dlatego, że jest dla niego „prowizorycznym środkiem pomocniczym” że jest dla niego „drabiną, którą się odrzuca po dojściu do zamierzonego celu”.

Fikcja personifikacji, o której w związku z państwem mówi nam Jaworski, to nie tylko fikcja Waihingerowska, ale pewna konkretna odmiana tej fikcji — fikcja personifikacyjna (Die personifikative Fiktion).

„Eine weitere Abart der analogischen Fiktion” (mówi Waihinger), welche aber auch besondere Behandlung verdient, sind die personifikativen Fiktionen. Die Analogie unter der hier die Erscheinungen erfasst werden, ist die Vorstellungsgruppe der Person” (47).

Personifikowanie podług Waihingera to podporządkowywanie czegoś pod pojęcie osoby, a to w drodze analogii. Ale analogia to natury fikcyjnej, bo analogia zbyt dowolna, rozciągnięta i daleko idąca. Fikcja personifikacyjna to specjalny gatunek fikcji symbolicznej względnie analogicznej (Symbolische-analogische Fiktionen) (48).

Słowo „fikcja” w systemie Kelsena.

Zastanawiając się nad rzeczywistym znaczeniem milczącego uznania normy przez normie tej podlegających, dochodzi Kelsen do przekonania, że uznanie to jest czymś sfingowanym. Tłumaczy się jednostce, że ma ona w myśl swojego dobrze rozumianego interesu słuchać praw i że musi w myśl tego interesu szanować istniejący porządek pozytywny. Stwarza się tu, zdaniem Kelsena, wyraźną fikcję

solidarności, której właściwym celem politycznym jest utrzymywanie masy w stanie zależności od grupy rządzącej. Przyczyną tej teorii głoszącej jawną nieprawdę jest pewien cel natury całkiem konkretnej. Chodzi tu zdaniem Kelsena o faktyczne uniezależnienie pozytywnego obowiązywania porządku prawnego od życzeń i zachceń poszczególnych jednostek. W ten sposób teoria umowy staje się podstawą do coraz większej obiektywizacji prawa. Ponieważ podstawą obowiązywania prawa jest powszechne jego uznawanie, przeto nawet tam, gdzie, uznania tego nie ma, musi być ono chociażby fikcyjnie przyjęte (49).

Uznanie obowiązywania prawa narodów ze strony państw poszczególnych jest, zdaniem Kelsena, tym samym, co opieranie porządku wewnątrzno-państwowego na uznaniu obywateli. „Im beiden Fällen, (pisze Kelsen), muss die Theorie mit der Fiktion stillschweigender Anerkennung arbeiten” (50).

Taką samą fikcją, co milczące uznanie, jest również dla Kelsena reprezentacja czyli możliwość prawnego przedstawiania czyjejs woli. Przy reprezentacji, podług niego, mówi się poprostu tak: Jeżeli B coś czyni, sprowadza to za sobą te same skutki prawne, „jak gdyby” A to czynił. Jakież to pociąga konsekwencje? „Es sind dieselben (odpowiada Kelsen) wie wenn A diesen Tatbestand setzt, *als ob* A den Tatbestand gesetzt hätte. Diese abrevierende Verweisung steckt also hinter der eine *Fiktion* aufstellenden Darstellung: die Willensäusserung des B „gilt“ als jene des A, der Wille des B „gilt“ als Wille des A” (51).

System rządów reprezentacyjnych, system organów, w imieniu ludu działających — to rzeczy dla Kelsena analogiczne i z tej samej dziedziny.

„Das Organ wird als Repräsentant, als Vertreter des Volkes bezeichnet, in der Funktion des Organs der Wille des Volkes selbst, im Organ das Volk gesehen und so die *Fiktion* aufgestellt, *als ob* das Volk diese seine ihm irgendwie ursprünglich und unveräusserlich anhaftende Funktion trotz deren Übergang auf das arbeitsteilig funktionierende Organ weiter behalten würde” (52).

Słowo „fikcja” u Kelsena w związku z obu przywiedzionymi tu kwestiami ma sens, rysujący się nam wyraźnie. Świadczą o tym nie tylko powracające często słówka „als ob” i „wie wenn”, ale również

takie zdania, jak: „Allein hinter diesem politischen Zweck einer *offenbar unwahres* behauptenden Theorie verbirgt sich“ i t. p. W zdaniach takich fikcja przedstawia się nam, jako pewien fałsz świadomy, a równocześnie celowy, przedstawia się nam zatem niewątpliwie w kształtach waihingerowskich, tak reprezentacja, jak milczące uznanie w przedstawionej tu formie kelsenistycznej znajdują u Waihingera nie tylko swoje miejsce, ale znajdują też u niego właściwą im nazwę — fikcji abstrakcyjno-neglektywnych (*abstractive-neglective Fiktionen*). Przy zbyt złożonych i skomplikowanych kompleksach zjawisk tworzy się takie fikcje w drodze jakby abrewiatury, w drodze celowo świadomego opuszczania pewnych zbyt zawiłych elementów prawnych. „Wenn also das Material (píše Waihinger) zu kompliziert und verworren ist, um dem Denken zu gestatten, es allmählich bis auf seine einzelnen Fäden zu entwirren, wenn die gesuchten kausalen Faktoren wahrscheinlich komplizierterer Natur sind, als dass sie unmittelbar zu bestimmen sind, so wendet das Denken den Kunstgriff an, vorläufig und einstweilen eine ganze Reihe von Merkmalen zu vernachlässigen und nur die wichtigsten Erscheinungen herauszugreifen“ (53).

(O fikcjach abstrakcyjno - neglektywnych pisze de Vareilles-Sommières, kiedy głosi: „L'utilité de la *fiction* c'est de peindre et de résumer élégamment un état de choses, de lui donner du relief et de la couleur de *simplifier* la description d'une situation compliquée; c'est d'être un excellent procédé de *conception* et d'*exposition*; c'est de rendre des services à la science et à l'enseignement; c'est d'alléger le langage et même la pensée. Telle est l'utilité, toute l'utilité de la personnalité morale”) (54).

Słowo „fikcja“ u H. J. Wolffa.

Przyjmowanie woli organizmów społecznych za coś, obiektywne istniejącego, to, podług Wolffa, nic innego, jak zwykły mistycyzm. Nie daje się on ukryć według niego nawet pod płaszczykiem takich pojęć, jak pojęcie organu chcącego za związek. Wola jednostkowa organu pozostaje, zdaniem Wolffa, zawsze wolą jednostki. „Es ist eine *mythische Fiktion*, (píše on), diesen Eizelwillen als einen solchen des Organismus auszugeben“ (55)...

Podkreślony przez Wolffa związek fikcji z mitem — to coś jaszkrawie Waihingerowskiego. Waihinger mówi o nim wielokrotnie, na licznych stronach swego dzieła (56).

„Alle Mythen, (głosi on) sind fiktive Schöpfungen, Gleichnisse u s. w, welche auch nicht selten von den Wissenden tatsächlich ursprünglich mit vollen Bewusstsein aufgestellt werden und aus denen dann Hypothesen oder sogleich Dogmen werden” (57)

Słowo „fikcja“ w systemie Duguity i Bierlinga.

Rozważając teoretycznie właściwą istotę osób moralnych, stworzonych przepisem ustawowym, stwierdza Duguit właściwy im charakter fikcyjny, pisząc między innymi co następuje: „C'est une création de la technique juridique; c'est une *fiction* par l'effet de laquelle les choses se passeront *comme si* l'association était une personne *réelle*” (58).

Na innym miejscu Duguit dodaje: „Que la *fiction* consiste dans la création de la personne collective ou bien dans l'*assimilation* à l'unité de ce qui est *en réalité* pluralité, le législateur positif pourra toujours dire que lui seul peut créer cette personne ou cette unité et que ce qu'il a créé il peut à tout instant le détruire” (59).

Taką samą fikcją, jaką dla Duguity jest osoba zbiorowa, — dla Bierlinga jest korporacja. Teoretycznie sądzi o niej w ten sposób: „Das charakteristische der Körperschaft gleichviel ob wir den Ausdruck im weitesten Sinne (gleichbedeutend mit „Verein“) gebrauchen oder dabei nur an die staatlich anerkannten Körperschaften denken besteht in der *Fiktion* einer Gesamtheit von nur generell bestimmten (den Individuen nach im Laufe der Zeit wechselnden) Personen, als eines einzigen Subjekts von Rechten und Pflichten” (60).

Fikcja, o której mówi nam Duguit i Bierling, owa fikcja, rzeczywistości istniejącej wielości, ujętej rozumowo w pewną jedność, to fikcja, jakby żywcem wzięta z Waihingera. Pierwszą Waihingerowską funkcją fiktywną jest przede wszystkim funkcja rozkładania. Osiąga się dzięki tej funkcji dwie rzeczy: po pierwsze możliwość praktycznego obliczenia, po drugie — pozorne pojmowanie tego, co jest faktycznie. Takimi sprzężonymi ze sobą parami są przede wszystkim wszelkie kategorie: jedność i wielość, rzecz i właściwość, przyczyna i skutek,

możliwość i rzeczywistość, podmiot i przedmiot, materia i siła, rzecz sama w sobie i zjawisko. Metoda rozłożenia — to metoda częsta, zwłaszcza w matematyce i fizyce. (Wystarczy tu wskazać, zdaniem Waihingera, choćby na pary różniczek, które również należą do powyższych przykładów). Rzeczywistym jest tu X, rzeczywistością jest niewiadoma; wszystkie pary znaczeń są sztucznym rozłożeniem, są wynikiem analizy tego, co jest naprawdę w y i z, w a i b i t. d. Fikcyjne pary wartości (znaczeń), uzyskane dzięki sztucznemu rozłożeniu tego, co jest rzeczywiste, mają jedynie wówczas, podług Waihingera, sens i znaczenie, gdy występują razem. Jeżeli się nimi posłużymy pojedynczo, t. j. poszczególnymi członami tych par, a nie parami, — to ta izolacja zawiedzie nas do kwestii bezsensownych, sprzecznych i pozornych. (61).

Ale czynność analizy, to jeszcze nie wszystko. Obok procesu rozkładania stawia Waihinger czynność, stanowiącą jego odwrotność, czynność syntezy — składania. Składa się, syntetyzuje, wiąże się w jedną całość stanowiącą $U-x, y, z, a, b, c$ i t. d. Metoda składania, syntezy, — to metoda w myśleniu równie pospolita, równie często spotykana, jak metoda analizy. Najlepszą jej ilustracją są przede wszystkim wszelkie pojęcia ogólne. Synteza jako taka, podług Waihingera, nie jest nigdy sama przez się czymś prawdziwym; nie wolno, podług niego, nigdy brać U za coś rzeczywistego, gdyż rzeczywistymi są jedynie x, y i z , które trzeba stale podstawić zamiast U z chwilą przystępowania do obliczeń nad nim (62)

* * *

Właściwy sens podanych przez nas próbek, których treść i osnowę mamy oto przed sobą, ma dla nas niewątpliwie swoją wymowę. Słowo „fikcja“ na ich tle znaczy to samo, co fikcja Waihingerowska, co niewątpliwie wskazuje nam na to, że w teorii prawa, przynajmniej w przecięciu, ma ono nie inne, lecz to znaczenie. Przeciętna znaczeniowa obchodzącego nas terminu w teorii prawa odpowiadałaby zatem, jak z tego widać, najbanalniejszej przeciętnej sensu tego słowa — a co zatem idzie (i przede wszystkim) — sensowi „fikcji“, nas tu obchodzącej.

Ale to jeszcze nie wszystko. Przywiedzione przez nas przykłady uczą nas nie tylko, że słowo „fikcja“ jest w teorii prawa słowem, używanym w jego zwykłym sensie (co samo przez się zresztą jest

rzeczą normalną i mało mówiącą), ale uczą nas czegoś znacznie ważniejszego. Wskazują nam one jasno na terminy, z którymi słowo „fikcja“ w teorii prawa najczęściej treściowo łączy się i wiąże, względnie bywa łączone. Terminami tymi są, jak widzieliśmy, nazwy różnych chwytów techniki prawnej, terminy tego typu, co „osoba prawna“, „organ prawny“, „podmiot prawa“, „prawo podmiotowe“, „korporacja“, „fundacja“, „wola zbiorowa“, „milczące uznanie“, „zdolność i odpowiedzialność prawna“, „reprezentacja“ i t. p. Fikcja zatem w ustach teoretyka — to, jak z tego wynika, nie co innego jak termin dogmatyczny, rysujący się na tle teorii, jak poprostu słowo natury technicznej, wplątane w osnowę teoretyczną.

I oto, jak widzimy, poszukiwany przez nas fikcjonalizm prawnonaukowy, który w dogmatyce, jak wiemy, nie istnieje, znajdowałby w ten sposób swe miejsce w teorii, a to na oznaczonej przez nas płaszczyźnie.

ROZDZIAŁ III.

Rozdział trzeci naszej pracy, stanowiący niejako dodatkowe uzupełnienie rozdziału drugiego, składać się będzie z paru luźnych uwag, pisanych jakby marginesowo. Na treść tych uwag złoży się już nie sam problem fikcjonalizmu naukowo-prawnego, — zagadnienie rozstrzygnięte już przez nas — ale kwestie pochodnie tylko z problemem tym związane. Będą nimi:

- a) kwestia właściwej natury terminu technicznego na tle teorii;
- b) kwestia różnych form traktowania owego terminu w systemach prawnych.

Zacznijmy od punktu „a“. Należyte jego rozstrzygnięcie wiąże się ściśle z istotnym charakterem samej nauki prawa oraz z omówionym już przez nas zasadniczym podziałem tej nauki na dogmatykę i teorię. Otóż powtórzmy raz jeszcze dla przypomnienia, czym w naszym rozumieniu różnią się te dwie części, odrębne od siebie. Momentem, części te różnicującym, jest przede wszystkim, jak wiemy, sposób traktowania przez nie samej prawdy. Prawda obiektywna — to właściwa racja teorii, jako metody; w przeciwieństwie do tego racja dogmatyki — to nie prawda sama w sobie, nie prawda obiektywna, ale z nią nic wspólnego nie mająca prawda praktyczna, względnie wyniki praktyczne, których źródłem nie jest właściwe poznanie, ale jedy-

nie wiadomości fachowej natury. Dogmatyka w odróżnieniu od teorii jest zatem nie właściwą wiedzą poznawczą, ale jedynie zawodową wiedzą stosowaną. Konstrukcja dogmatyczna, jako wyraz tej wiedzy, to coś niezrozumiałego poza „fachem“, to jedynie swoisty chwyt techniki prawnej. Sprawdzianem wartości takiego chwytu nie jest bynajmniej jego prawdziwość, ale jedynie specyficznie praktyczna jego użyteczność.

Termin techniczno-prawny—to, jak z tego wynika—na tle dogmatyki, nie co innego, jak jedynie symbol słowny konstrukcji praktycznej. Rola jego w dogmatyce — to jedynie rola nazwy tej konstrukcji. Rolę taką w obrębie tej dyscypliny spełniają wszystkie terminy tego typu, co „osoba prawna“, „prawo podmiotowe“, „podmiot prawa“, „wola zbiorowa“, „zdolność i odpowiedzialność prawna“, „milczące uznanie“, „zastępstwo“, „reprezentacja“ i t. d.

Rola, przez nas wskazana, nie odpowiada w niczym, jak zaraz zobaczymy, roli terminu, o który nam chodzi, terminu technicznego na tle teorii. Termin ów w kręgu tej metody, mimo że jest pochodzenia dogmatycznego, nie symbolizuje oczywiście konstrukcji praktycznej, na którą w teorii nie ma miejsca, ale ma niewątpliwie na tym terenie całkiem inne znaczenie.

Jeżeli teoretyk zastanawia się na przykład nad właściwą istotą reprezentacji czy osobowości prawnej, to bada on pewien problem, pewne zagadnienie. Termin „reprezentacja”—to dla niego także symbol także nazwa, ale nazwa pewnego X teoretycznego. — X teoretyczne — to zresztą niekoniecznie niewiadoma — przedmiot rozwiązany na równi z nierozwiązanym pozostaje w teorii nadal „przedmiotem“. — Ale jeżeli termin w ogóle, w szczególności zaś zajmujący tu nas termin pochodzenia technicznego, jest w teorii tylko symbolem przedmiotu, to niewątpliwie między jakością przedmiotu, a rodzajem jego nazwy zachodzić musi pewien związek pokrewieństwa. Dwa momenty grają tu oczywiście rolę: tak lub inaczej w poszczególnych systematach kształtujący się sens przedmiotu teoretycznego oraz sens potoczny, w mowie ustalony, terminu słownego. Między sensem terminu a sensem przedmiotu zachodzą często różne stopnie harmonii, a w związku z tym i sposób traktowania „nazwy” ulega w systemach różnym fluktuacjom. — Właściwe kształtowanie się tych fluktuacji (ciągle oczywiście odnośnie do terminu technicznego) — to druga

z kolei zajmująca nas kwestia. Celem odpowiedniego jej pogłębienia weźmy jakiś znany termin techniki prawnej, przeniesiony na grunt teorii, np. termin „państwo — osoba prawna“ — i spróbujmy dobrze wmyśleć się w znaczenie, jakie termin ów nabiera na tle systematów prawnych.

Znaczenie to przybiera kilka kształtów zasadniczych, które dadzą się ująć w oddzielnych punktach.

Punkt pierwszy. *Stan zupełnej harmonii między sensem terminu, a sensem przedmiotu. Sens potoczny nazwy odpowiada w wielu punktach sensowi teoretycznemu przedmiotu, nie kłócąc się z nim w żadnym punkcie ważniejszym. Nazwa w obrębie systemu, dzięki szczególnej swej praktyczności, staje się czymś jakby nienaruszalnym.*

Przykład: *Termin „państwo — osoba prawna“ w systemie Gierke'go:*

Osobowość związku, korporacji, a co zatem idzie, i państwa — to dla Gierke'go osobowość równie rzeczywista, co osobowość człowieka indywidualnego. Na wzór innych organicystów widzi on w tych związkach organizmy na wielką miarę. Gierke nie idzie wprawdzie tak daleko, aby na wzór Schäffla czy Bluntchli'ego uważać związek za rodzaj nadczłowieka, ale uważa go jednak za zbliżony do niego organizm duchowy. Związki, korporacje, stowarzyszenia, a co zatem idzie — także i państwo — to dla Gierke'go wyższe organizmy duchowe, organizmy wprawdzie nie naturalne, ale niemniej w całej pełni rzeczywiste i realne. Związki dla Gierke'go — to „reale Verbandspersönlichkeiten“. Stosując w stosunku do tych związków termin „organizmu“, względnie „osoby“, czyni on to celowo, podkreślając tym całkiem rozmyślnie tkwiący w nich charakter istot żywych, istot historycznie uformowanych, w sposób od człowieka niezależny i jemu niepodlegający. Związek — osoba posiada, według Gierke'go nie tylko własne naturalne organy, ale również własną swoistą wolę oraz zdolność do jej wyrażania. Za pośrednictwem tej woli, woli na kształt ludzkiej, naturalnie istniejącej, afirmuje się związek, jako pewna żywa całość (lebendiges Ganzes) w stosunku do wchodzących w jej skład części nadrzędna i nad nimi górująca (63). Związek, mówi Gierke, to „gleich dem Individuum eine leiblich-geistige Lebenseinheit die wollen und das Gewollte in Tat umsetzen kann“ (64).

Związek dla Gierke'go jest osobą prawną tylko dlatego, że jest osobą rzeczywistą. Być osobą prawną w jego systemie — to być jedynie osobą dla prawa. Prawo nie tworzy tej osobowości, ale wyciska na niej jakby własny stempel (65).

(Wierne odbicie poglądów Gierke'go znajdujemy we włoskiej literaturze u Giorgiego (66). Między innymi mówi on o osobie prawniczej, że jest ona: „un unita giuridica reale un aggregato di umani individui aventi per base come questi; l'umana natura é una associazione di uomini ordinata in modo da costituire un solo tutto che soddisfi ad uno scopo commune; in conclusione é un ente collettivo che, se non é un organismo fisico comme l'animale o la picente, e non é visibile, ai nostri occhi o tangibile al nostro tatto, é pero un ente morale non meno vero e sussistente degli organismi corporei; quanto a questo ente si dia l'esercizio di diritti privati: si avra la persona giuridica”).

Punkt drugi: *Sens potoczny terminu jest w zasadniczej zgodzie z sensem przedmiotu. Przyczyną tej zgody jest kojarzenie się sensów w jakimś specjalnym, a szczególnie doniosłym punkcie, przy braku momentów zasadniczej rozbieżności. Termin na tle systemu niczym nie rażący.*

Pierwszy przykład: „Termin „państwo — osoba prawna“ w systemie Jellinka. Punktem atrakcji sensów — moment „jedność“.

Nauka o państwie u Jellinka dzieli się na dwie części: na naukę o państwie z punktu widzenia społecznego i na naukę o państwie z punktu widzenia prawnego. Przedmiotem pierwszej jest państwo, jako zjawisko społeczne; przedmiotem drugiej — państwo, jako zjawisko prawne. Zacznijmy od pierwszej części — od nauki o państwie z punktu widzenia społecznego. Tematem tej nauki są subiektywne wydarzenia, składające się na konkretne życie państw. Społeczny punkt widzenia — to nie tylko punkt widzenia historyczny, ale i polityczny. Aby móc poznać społeczne pojęcie państwa, należy zwrócić się, zdaniem Jellinka, do ostatecznych, dających się stwierdzić składników życia państwowego. Składnikami tymi okaże się suma pewnych czynów społecznych, czynów istniejących obok siebie lub następujących po sobie, a znajdujących wyraz we wzajemnych stosunkach ludzi. Państwo nie jest substancją, jest funkcją, a podstawę tej funkcji stanowią ludzie. Funkcja ta sprowadza cały szereg skut-

ków fizycznych, ostateczne swe siedlisko ma jednak zawsze tylko w psychice ludzkiej. Państwo jest takim samym zjawiskiem społecznym, jak język, sztuka, nauka i t. d. Nie są to wszystko fakty obiektywne, ale zjawiska, płynące z ludzkiej duszy, i mimo swego działania na arenie świata zdarzeń zewnętrznych są zawsze tylko pewną sumą aktów ludzkiego intelektu. Państwo jest zatem funkcją ludzkiej wspólnoty, jego właściwy substrat stanowią stosunki woli. Składają się nań ludzie rozkazujący oraz słuchający. Obiektywne części składowe państwa — to stosunki woli, istniejące między władcami a poddanymi. Najważniejszym zadaniem naukowego badania jest możliwie najstaranniejsze zszeregowanie mnogości zjawisk, jest powiązanie oddzielnych od siebie części w pewną jedność. Aby móc zrozumieć społeczną istotę państwa, trzeba przede wszystkim odkryć podstawę, umożliwiającą zszeregowanie państwowych składników, umożliwiającą zespolenie w pewną jedność indywidualnych stosunków woli. Otóż jaką powinna być ta podstawa? Według Jellinka winna nią być jedynie podstawa teleologiczna. Zjawisko złożone, powiązane siłą trwałych celów, przedstawia nam się, jego zdaniem, zawsze jako jedność i to jedność tym bardziej dla nas wyraźna, im liczniejsze i silniej oddziaływające będą owe łączące ją cele. Procesy biologiczne, powiązane ze sobą pod nazwą organizmu, przedstawiają się nam, jako pewna teleologiczna jedność w naturze. Na teleologicznej jedności opiera się również ocena naszych poczynań w świecie społecznym. Przy pomocy kategorii celu oddzielamy mianowicie czyny społeczne od niespołecznych, akty prawne od przestępstw, akty społecznie wartościowe od obojętnych i t. d. Jedność państwa — to nie co innego, jak właśnie taka jedność teleologiczna, jedność celu. Państwo — to pewna grupa ludzi, związana za pomocą stałych, wewnątrznie spoistych celów. Im bardziej trwałe i intensywne będą owe cele, tymbardziej uwydatni się spoistość samego państwa. Spoistość ta jednak musi sobie znaleźć jakiś wyraz zewnętrzny, a znaleźć go może jedynie w organizacji — przy pomocy osób, powołanych do służenia za pośrednictwem swych czynów celom jednoczącym. Jedności, zorganizowane dla pewnych celów — to jedności kolektywne, lub związkowe. Państwo u Jellinka — to nie co innego, jak właśnie taka teleologiczna jedność związkowa. W jedności związkowej łączą się ze sobą i zespalają jedność całości oraz wielość członków indywidualnych. Od państw-

wa, pojętego jako związek, nikt nie ma możliwości się usunąć, a gdy się usuwa, może być siłą państwowego przymusu zniewolony do dalszego pozostawania, nawet wbrew swej woli, w ramach związku. Areną państwowej jedności związkowej jest zawsze pewna część powierzchni ziemi, pewien obszar czy teren wyłącznego panowania. Państwo — to z reguły pewna jedność związkowa osiadłych ludzi. Samo jednak posiadanie areny przestrzennej nie wystarcza jeszcze państwu. Ażeby zaistnieć społecznie, państwo musi być nie tylko związkiem osiadłych ludzi, ale też jednością, wyposażoną we władzę i to władzę samorodną. „Der Staat — mówi Jellinek — ist die mit ursprunlicher Herrschermacht ausgerüstete Verbandseinheit sesshafter Menschen” (67).

Po wyczerpaniu w głównych liniach tej części nauki Jellinka, którą nazwać można częścią społeczną, przejdźmy z kolei do drugiej jej części — części prawnej. Państwo w rozumieniu Jellinka jest, jak widzieliśmy, przede wszystkim faktem, faktem społecznym. Wychodzi on z tego założenia, ale chce fakt ten pojąć równocześnie prawniczo, chce go wyrazić po prawniczemu. System, jakiego się przy tym trzyma, jest systemem dwustronnym. Nie jest on czym innym, jak próbą równoczesnego ujęcia tego samego przedmiotu z dwóch różnych stron. Państwo według tego systemu ma mieć w całości dwa oblicza: społeczne i normatywne, ma być równocześnie faktem i osobą prawniczą. Elementem państwowym, elementem, jak to widzieliśmy, natury faktycznej, zostaje nadane stanowisko prawne, które je przeobraża. W tym przeobrażeniu zmienia się kraj w terytorium, ludność — w lud (Staatsvolk), władza — w prawo. Te trzy elementy, razem wzięte, tworzą u Jellinka osobowość natury korporacyjnej. „Pod względem prawnym — pisze on — może być państwo pojmowane... tylko jako podmiot prawa, a mianowicie najbardziej zbliżone do pojęcia korporacji. Substratem korporacji są zawsze ludzie, tworzący jedność związkową, której wola kierownicza spoczywa w rękach członków związku. Pojęcie korporacji jest atoli pojęciem prawnym, któremu podobnie jak wszelkim pojęciom prawnym, w świecie faktów nie odpowiada nic realnego. Jest ono formą prawnej syntezy, mającej dać wyraz prawnym stosunkom jedności związkowej, jej stosunkowi do istniejącego porządku prawnego. Przypisując wogóle państwu, podobnie jak korporacji, właściwości osoby prawnej, nie udziela się bynajmniej państwu cech osobowości lub fikcji, osobowość bowiem nie jest niczym

innym, jak podmiotem prawa, i oznacza, jak to zaznaczono wyżej, stosunek indywidualności jednostkowej lub zbiorowej do porządku prawnego. Państwo, jako pojęcie prawne, jest tym samym korporacją osiadłego ludu, wyposażoną w bezpośrednią samorodną władzę zwierzchniczą lub też... wyposażoną w bezpośrednią samorodną władzę zwierzchniczą korporacją terytorialną” (68).

Ta samorodna władza, o której mówi nam Jellinek, to w państwie nowoczesnym zawsze władza prawna. Wola, kierująca wspólnotą i urzeczywistniająca jej cele w stosunkach anormalnych, może posiadać naturę tylko faktyczną. W organizmach państwowych rozwiniętych i w stosunkach normalnych posiada ona zawsze cechę władzy prawnej. Ponieważ wola ta, — powiada Jellinek, działać może tylko według pewnych określonych reguł, nie zaś za pośrednictwem nieskoordynowanych posunięć, wzajemnie się zaprzeczających, ponieważ celem wprowadzenia zamierzeń swych w życie wola ta musi opierać się o stałe instytucje, jej działalność spoczywać musi na trwałych, ustalonych, niezależnych od poszczególnych szczegółów stosunkach woli. Takie jednak stosunki woli, uporządkowane za pomocą stałych norm, są to oczywiście stosunki prawne. Na pierwszy rzut oka wydawać by się wprawdzie mogło, że granice prawne w stosunku do państwa są czymś nie do pomyślenia; byłoby to jednak, zdaniem Jellinka, czystym złudzeniem; granicą wszechmocy państwa jest, jego zdaniem, istnienie pewnego porządku, porządkiem tym zaś jest właśnie porządek prawny. Państwo, rezygnując z istnienia takiego porządku, przeczyłoby niejako samemu sobie, przestawałoby bowiem być państwem, zmieniając się w anarchię. Państwo ma oczywiście do swej dyspozycji ten lub inny ustrój, może go dowolnie obrać, ma zawsze możliwość jego zmiany; pewien jednak ustrój stale, siłą niejako samej konieczności z istoty swej mieć musi. O ile jednak posiadanie porządku prawnego jest u Jellinka istotnym znamieniem państwa, to już tym samym ulega zaprzeczeniu doktryna władzy nieograniczonej. W sferze dostępnych jej możliwości leży, jeszcze raz powtarzamy, tylko wybór rodzaju porządku prawnego, nie zaś decyzja, czy porządek taki w ogóle ma istnieć. Przez wydaną przez się ustawę państwo wiąże nie tylko poszczególnych ludzi, ale krępuje równocześnie swą własną działalność. Ustawa — to rozkaz, zwrócony do jednostek, stanowiących organa państwowe, ustawa, podług Jellinka, ogranicza ich wolę.

Ponieważ jednak wola organu jest z istoty swej jedncznaczną z wolą państwa, przeto wiążąc swe organy, wiąże ono niejako samego siebie.

Drugi przykład: *Termin „państwo — osoba prawna“ w systemie Michoud. Punktem atrakcji sensów — moment „woli“.*

U Michoud osobowość związku, z innych przyczyn, niż u organicystów, jest także czymś realnie istniejącym. Osoba moralna u Michoud nie jest wprawdzie, jak u Gierke'go, żywym organizmem, nie jest wprawdzie bytem samym w sobie (*être en soi*) niemniej jednak jest faktem. Jest ona dla niego owym faktem w charakterze syntezy, interesu i chroniącej go woli. „*Nous entendons la réalité, (pisze Michoud), non en ce sens que la personne morale est un être en soi, mais en ce sens qu'elle contient en elle-même les éléments essentiels de la personnalité juridique (intérêt et volonté au sens que nous avons défini)*” (69).

Interes, prawnie nieobojętny — to dla Michoud tylko ów interes, którego chroni przepis prawa obiektywnego. Prawo obiektywne — to dla niego nie tylko prawo pozytywne — jakby się to wydawać mogło — ale również jakieś, stojące ponad nim, prawo naturalne. „*Un intérêt juridiquement protégé c'est a nos yeux un intérêt protégé par le droit objectif et il n'est nullement nécessaire d'entendre par là un intérêt protégé par le droit positif Pour notre part nous voyons dans l'état l'interprète et non le créateur du droit. Celui-ci existe en dehors de lui...*” (70).

Istnienie państwa, tej najważniejszej i pierwszej osoby moralnej, jest — zdaniem Michoud — zewnętrznie stwierdzalnym faktem empirycznym, do którego prawo tylko nawiązuje. Kiedy jakaś grupa ludzka, chroniąc swe interesy, potrafi narzucić innym swą wolę, wtedy możemy mówić o powstaniu państwa. „*L'état est la première personne juridique que nous rencontrons dans le monde actuel. Son existence est un fait naturel que le droit n'a qu'a interpréter et dont il doit tirer les conséquences juridiques. L'état naît quand certaines conditions de fait se trouvent réunies; existence d'un groupe humain ayant vis-a-vis des groupes voisins une certaine indépendance, possesseur d'un certain territoire et doté d'une organisation, suffisente pour qu'une volonté réussisse à s'imposer à l'extérieur, comme la volonté du groupe*” (71).

W kierunku, zbliżonym do wskazanego, postępuje Hauriou. Osoby moralne tworzą, podług niego, pewne całości społeczne, którym odpowiada pewna cechująca je wewnętrznie indywidualność. To, że tworzą one takie całości, wynika przede wszystkim z celu, któremu służą, a który obdarzony jest trwałością większą od przeciętnych celów indywidualnych. Wola, która wskazanemu celowi służy i cel ów afirmuje—to wola reprezentantów. Wola ta jednak nie wystarcza. Aby mogła zaistnieć osobowość prawna istoty moralnej, musi mieć miejsce jeszcze coś innego, musi mieć miejsce wewnętrzna łączność reprezentantów i reprezentowanych, swoiste jakby zlanie się obopólnych ich zachceń („unification des volitions réparties entre les deux groupes” albo „la solidarité sociale qui se décompose en pouvoir et dépendance”) (72). Jest to to, co nazywa Hauriou, „la solidarité représentative“

Pokrewnym bardzo poglądem w stosunku do poglądu Michoud jest w literaturze niemieckiej pogląd Bernatzika: „Mit der physischen Person (mówi on) teile die juristische die wesentlichen Begriffsmerkmale jeder Person im Rechtssinne: ein als Selbstzweck von der Rechtsordnung anerkanntes Ziel menschlichen Willens und einen Willen geeignet und bestimmt jenes Ziel zu verwirklichen”. (73).

Punkt trzeci. *Sens potoczny nazwy w niezgodzie z sensem przedmiotu. Przyczyną — dysharmonia w jakimś ważnym punkcie. Termin nie odpowiadający systemowi i w obrębie jego zwalczany.*

Przykład. *Termin „państwo — osoba prawna” w systemie Otto Mayera.*

Substratem osoby prawnej u Otto Mayera są korzyści majątkowe, pozostające jakby w oderwaniu od zainteresowanych nimi jednostek. Osoba prawna u niego — to jakby konieczna, przez prawo stworzona namiastka właściwego, a brakującego podmiotu prawa. Namiastkę tę nazywa „das Unternehmen”.

„Damit dieses Vermögen im Verkehr, der nur zwischen Rechtssubjekten vor sich geht, zur Geltung gebracht, arbeiten und Nutzen tragen kann, muss die Rechtsordnung einen angemessenen Ersatz für das verlorene Rechtssubjekt anderweit schaffen. Die Einrichtung, die den Ersatz vorstellt, ist die juristische Person. Es soll danach alles so behandelt werden, als wäre dieses Vermögen ein besonderes Rechtssubjekt“ (74).

Osoba prawna u Otto Mayera — to, jak powiedzieliśmy, namiastka właściwego podmiotu. Tam, gdzie istotny dzierzyciel praw istnieje naprawdę, nie ma miejsca na tę namiastkę. „Die juristische Person ist mithin unmöglich und sinnlos überall, wo das Band mit den ursprünglichen Herren und Trägern der Vermögensrechte nicht zerschnitten ist”. (75).

Dlatego to dla Otto Mayera nie jest osobą prawną ani państwo, ani żaden inny związek publiczno-prawny, ponieważ zawsze stoi za nimi suweren. Są to, jego zdaniem, nie osoby prawne, ale złudy takich osób. — „Scheinpersonen” „von der menschlichen Trägerschaft der Staatsgewalt, dem Souverain, rechtlich nicht gelöst”. (76).

Istnienie osobowości natury prawnej wiąże się w systemie Otto Mayera (w zgodzie zresztą z potocznym rozumieniem) z pojęciem pozytywnego porządku prawnego, który osobowość tę obdarza własnym stemplem. Państwo nie jest u niego osobą prawną przede wszystkim dlatego, że jako źródło suwerennej sankcji, nie może podlegać nigdy takiemu stemplowi.

* * *

W zacytowanym przez nas punkcie trzecim, punkcie zresztą ostatnim, mieliśmy sposobność widzieć, jak termin, nie odpowiadający systemowi, jest zwalczany w jego obrębie. Przyczyną owego zwalczania była niezgodność sensu potocznego nazwy z sensem teoretycznym samego przedmiotu.

Nie od rzeczy, jak sądzimy, będzie stwierdzić, czy poza wymienioną przyczyną takiego zwalczania, a więc poza ową niezgodnością, możemy napotkać jeszcze jakąś inną. Aby o tym przekonać się w dostatecznej mierze, wystarczą nam tu dwa przykłady.

Pierwszy przykład. Termin „państwo — osoba prawna” w systemie Kelsena.

Kelsen, zastanawiając się nad istotą państwa i szukając właściwego źródła tej istoty, dochodzi do przekonania, że leży ona w jedności pewnego porządku. Państwo Kelsenistyczne składa się nie jak u Jellinka z trzech elementów, ale wyłącznie z jednego, którym jest porządek normatywny, łączący ludzi w jedność. Dla pojęcia takiego porządku decydująca jest według Kelsena najważniejsza w jego systemie — koncepcja normy prawnej. Jakikolwiek system prawny jest

dla Kelsena zawsze zamkniętą w sobie i niezależną od innych systemów całością norm. Czym jednak są owe normy i w czym leży ich swoistość, wpływająca na charakter całego prawa?

Gramatycznie normy są zdaniami, logicznie mają podług Kelsenistów charakter jakby hipotez. Na specyficznie prawny charakter takich hipotez wpływa podług Kelsena swoista struktura zdania prawnego, struktura powinnościowa. Charakteryzuje tę strukturę to mianowicie, że podczas gdy np. w normie przyczynowej skutek jest zawsze następstwem przyczyny, to w normie prawnej przeciwnie — następstwo prawne powinno być jedynie owocem warunku prawnego. Jeżeli zaszło „a”, nie zajdzie, ale powinno zajść „b” Jeżeli złodziej ukradnie, nie musi, ale powinien być ukarany, dłużnik nie musi, ale powinien oddać dług wierzycielowi i t. d.

W słowie „powinien” zamknięta jest dla Kelsena i jego wyznawców cała wiedza o prawie. Ono to wyróżnia normę prawną od innych prawideł, będących jedynie opisem istniejącego stanu rzeczy, a więc tego, co jest, a nie być powinno, jak np. prawideł logiki, gramatyki i t. d.

Powiedzieliśmy już, że państwo Kelsenistyczne składa się nie jak klasyczne z trzech elementów, ale wyłącznie z jednego, którym jest pewien porządek normatywny złożony z norm prawnych. Otóż jaka jest tego przyczyna? Przyczyna ta, zdaniem Kelsena, leży w tym, że wskazany przez niego porządek, składający się z reguł, obowiązujących obiektywnie, leży u samych podstaw takich pojęć, jak organizacja, związek, korporacja i t. d. Wszystkie te pojęcia bowiem bez pewnego obiektywnie konstytuującego je porządku istnieć by nie mogły i były by wprost nie do pomyślenia, oznaczają bowiem w gruncie rzeczy nie co innego, jak tylko „porządek”.

Kelsen widzi w państwie jedynie i wyłącznie jedność normatywną, a to ze względów nie tylko metodologicznych, ale przede wszystkim zasadniczych. Względy te — to istniejąca według niego absolutna niemożność skonstruowania jakiegokolwiek pojęcia państwa bez użycia pomocy prawa. Państwo socjologiczne jest dla Kelsena nie czym innym, jak pojęciem prawnym, tworząca bowiem istotę państwa jedność nie da się — podług niego — stwierdzić empirycznie również i na terenie socjologii. Także i ta nauka, zdaniem jego, bu-

dując pojęcie państwa, czyni to mimo woli na pewnej podstawie normatywnej i posługując się choćby bezwiednie przesłankami i kryteriami prawniczymi. W przedmowie do drugiego wydania swych „Hauptprobleme” stwierdza on tę prawdę w słowach aż nadto jasnych i wyraźnych, poświęca jej dalej niemal że w całości długi tom swych rozmyślań — „Der soziologische und der juristische Staatsbegriff” (O socjologicznym i prawniczym pojęciu państwa). Państwo Kelsenistyczne — to synonim prawa, to coś w swej istocie identycznego z prawem. Identyczność ta, według Kelsena, istnieje nie tylko dla prawnika ze względów potrzebnej mu jedności w metodzie poznania, ale zachodzi również dobrze dla każdego innego, a to z powodów ogólnych i zasadniczych „Można poważnie w to wątpić — pisze Kelsen — czy między pojęciami takimi, jak związek i norma, korporacja i kompleks norm, organizacja i porządek, zachodzi taka różnica, ażebyśmy na jej podstawie mogli ustanowić jakąś istotną odmienność między państwem i prawem (jako specjalnym przedmiotem dającym się podsumować pod te ogólne pojęcia). Przeciwnie — łatwo będzie wykazać, że chodzi tu jedynie o różne nazwy jednego i tego samego pojęcia”. (77).

„Pojęcie państwa — mówi Kelsen na innym miejscu — nie jest niczym innym, jak pojęciem prawa; w gruncie rzeczy jest ono tym pojęciem nawet na terenie socjologii”. — Powiedzieliśmy, że element powinności wszedł u Kelsena na miejsce trzech elementów klasycznych. Przypatrzmy się, w jaki sposób elementy klasyczne zostały przez nowy element nie tyle zastąpione, co przez niego wchłonięte i w pewien specyficzny sposób przetworzone. W tym przeobrażeniu przestają być tym, czym były — czymś faktycznym i empirycznym, a stają się jedynie treścią normy prawnej. Człowiek biologiczno-psychologiczny i składający się z tych ludzi „lud” nie znalazł miejsca w państwie Kelsena: znalazły w nim miejsce jedynie ludzkie czyny i zaniechania, stanowiące treść prawa.

Tak samo drugi element klasyczny, państwowe terytorium, nie dostał się tam w swej dotychczasowej, na poły geograficznej, szacie, ale w formie zgoła odmiennej, zawartości normy, w formie przestrzennego zakresu obowiązywania porządku prawnego. Również i trzeci element, władza, przestaje być dotychczasowym psychologicznym panowaniem czy rzeczywistym przymusem, a staje się je-

dynie i wyłącznie idealnym obowiązywaniem ściśle abstrakcyjnych czy hipotetycznych powinności.

„W tradycyjalnej nauce o państwie — pisze Kelsen — tworzy człowiek w swej wielości, pojętej jako lud, obok terytorium i władzy t. zw. element państwa, ale tak jak człowiek dla czystej nauki prawa, która jest tym samym, co czysta nauka o państwie, występuje nie jako przedmiot psychologiczno-biologicznego poznania, ale jedynie jako ludzkie zachowanie, treść norm prawnych tworzące, — tak samo i drugi element państwa, jego terytorium, musi być przetransponowany z naturalistyczno - geograficznej sfery, w której zwykł był pozostawać, w sferę prawa. Musi on być pojęty, jako zakres przestrzennego obowiązywania norm prawnych składających się na porządek państwowy. Rozumie się samo przez się, że władza państwowa, oglądana z tego jednolitego punktu widzenia, przestaje być jakąś naturalistyczną rzeczywistością, a staje się jedynie wiążącym obowiązywaniem porządku prawnego, względnie samym tym porządkiem prawnym, albo specjalną jego zawartością, związaną z ustanawianymi przezeń aktami przymusu”. (78).

Przymus psycho-fizyczny i związane z nim pojęcia takie, jak aparat przymusowy, porządek przymusowy, siła, organizacja panowania i t d., wszystko to dla Kelsena jest jedynie odbłaskiem idealnego obowiązywania sądów prawnych. Tak, jak na treść normy prawnej składają się ludzkie czynności i zaniechania, tak, jak składają się nań elementy czasu i przestrzeni, — tak samo składa się nań element faktycznej przymusowości. Prawo zdaniem Kelsena, nie „panuje”, ani panować nie może, ponieważ panowanie, jako akt psychologicznej motywacji, może być jedynie dziełem człowieka, który narzuca swą wolę, jako motyw woli drugiemu. Prawo, jako jedynie obiektywnie obowiązującemu, a pozbawionemu własnej „woli“, obca jest ta dziedzina z konieczności. Prawo jednak nie tylko nie ma własnej „woli”, ale nie ma także własnej „siły”, siła prawa bowiem to jedynie jego refleks, leżący zresztą całkiem poza właściwą mu sferą, bo rozgrywający się w duszach ludzkich na tle pewnych procesów psychologicznych. Takie banalne i ogólnie używane określenia, jak to, że państwo stoi za prawem, że jest prawa tego stróżem, że go tworzy i sankcjonuje, — to dla Kelsena nie co innego, jak właśnie naiwne zobrazowanie tego stanu rzeczy. Przy zidentyfikowaniu państwa

z prawem i uznaniu ich tożsamości, potrzeba podobnej hipotezy odpada, jego zdaniem, sama przez się, sankcja bowiem faktyczna, używana przez państwo samemu prawu, nie jest niczym innym, jak jedynie pozaprawnym, a więc już mu obcym, psychologicznym prawa tego refleksem. Sankcja, mająca swe źródło w rzeczywistych ludzkich przeżyciach, leży cała w sferze bytu nie powinności; nie jest ona bynajmniej tym samym, co właściwy przymus prawny.

„Często spotykane określenia — pisze Kelsen — że państwo, jako moc, stoi za prawem, aby go urzeczywistnić, że państwo, jako siła, prawo wykonuje, tworzy, względnie gwarantuje i t. d., — to tylko przedmiot poznania, rozdawająca hipostaza, która musi upaść z chwilą, kiedy się uzna, że t zw. siła państwa jest jedynie siłą prawa i to nie jakiegoś idealnego prawa naturalnego, ale jedynie prawa pozytywnego” (79).

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

Tak samo zupełnie ma się, według Kelsena, rzecz z normami międzynarodowymi, których prawdziwie prawne obowiązywanie

czyni równocześnie z poszczególnych praw państwowych tylko części składowe prawa narodów.

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

Z tego przepisu podstawowego wypływają normy i przepisy dalsze, które same są znowu źródłem dla jeszcze dalszych. Konstytucja np. bywa źródłem ustawy, ustawa — rozporządzenia, rozporządzenie — aktu administracyjnego i t. d. Każdy z przepisów o który chodzi zawiera w sobie niejako w załączku 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” (80).

Cechą specyficzną prawa jest według Kelsena — między innymi to, że reguluje ono samo swój własny proces twórczy. 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 psychofizycznym, czyli aktem psychicznym względnie duchowym, który na arenie świata zjawisk fizycznych pozostawił jakieś widzialne skutki.

Ażeby sobie ułatwić, zilustrujmy rzecz przykładowo. Jeżeli jakiś przepis konstytucyjny żąda dla zaistnienia ustawy uprzedniej uchwały parlamentu, to uchwała taka, akt psycho-fizyczny, będący jednym z pojęć prawnych, wchodzących w skład treści konstytucji, będzie zarazem warunkiem powstania ustawy znajdującej się o jeden stopień niżej. Jeżeli ustawa zwykła, normując sposób wydawania rozporządzeń, wymaga do ich powstania decyzji ministra, to decyzja ta, inny akt psycho-fizyczny, 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.

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

Łańcuch mniej lub więcej długo zazębiających się w ten sposób odmian prawno-formalnych zamknięty jest u dołu taką kategorią, która nie warunkuje już bytu żadnej innej i z tego właśnie względu jest natury najniższej. Poza tym hierarchicznie najgorzej postawionym szczeblem prawnym wchodzimy już w sferę nie prawa ale faktu, wchodzimy w sferę czystej egzekucji i efektywnego wykonania.

Nauka o państwie w ujęciu Kelsena doznaje szczególniejszego uproszczenia i symplifikacji. Dominująca w jego systemie tendencja — to usunięcie z nauki tej wielości i zróżnicowania dotychczasowych pojęć i konstrukcyj. Wielość tę chce on zastąpić jednością, chce ją sprowadzić niejako do jednego mianownika, którym jest wyłącznie i jedynie norma prawna, norma przedmiotowa. Niektóre działy w do-

tychczasowej nauce o państwie, grające tak ważną rolę, jak np. nauka o uzasadnieniu i celach państwa, zostają przez Kelsena wysunięte poza właściwy obręb tej nauki i przestają w niej figurować. Państwo jest u niego tym samym, co prawo, badanie zaś właściwego celu prawa jest czymś dla prawnika nie interesującym.

Pojęcie normy przedmiotowej zastępuje u Kelsena pojęcie osobowości prawnej państwa, a również pojęcie organu państwowego. Organ państwa znaczy to samo, co organizacja; organizacja zaś — to synonim porządku prawnego. Suwerenność państwa, to według Kelsena nie co innego jak tylko suwerenność prawa, czyli jego niezależność od innych systemów.

Drugi przykład. Termin „państwo — osoba prawna” w systemie Duguita.

Duguit — to realista. Myśleniem realistycznym jest według niego myślenie, którego podstawą są pewne fakty, faktem zaś jest dla niego wszystko to, co może być skonstatowane za pomocą zmysłowej obserwacji bezpośredniej. Jednym z takich faktów jest dla Duguita okoliczność, że człowiek jest z natury swej istotą nie tylko świadomą, ale że jest również istotą społeczną, czyli potrzebującą współżycia z innymi ludźmi. Z tych dwóch wskazanych, niezmiernie prostych i pojedynczych przesłanek wyprowadza Duguit dalsze wnioski i na nich to buduje konstrukcję (stanowiącą punkt wyjściowy jego systemu) normy społecznej, a co zatem idzie — także i prawnej.

Norma społeczna jest regułą, narzuconą niejako siłą konieczności, narzuconą bowiem samymi wymogami współżycia społecznego, charakter zaś jej społeczny płynie z tego, że jej przelamanie powoduje zawsze pewną reakcję społeczną. Co się tyczy tej reakcji, to, mówiąc o niej, Duguit podkreśla kilkakrotnie, że nie jest ona tworem jakiejś zbiorowej świadomości społecznej, czy instynktu społecznego, którego skonstatowanie realistyczne jest niemożliwością, ale tworem czegoś, co jest zawsze tylko pewną sumą instynktów jednostkowych. Norma powstaje wtedy, kiedy nie w grupie jako takiej, ale w jednostkach, grupę tworzących, budzi się zrozumienie potrzeby pewnej reakcji. Normę społeczną tworzy zatem człowiek, tworzy ją związany ściśle z naturą ludzką instynkt sprawiedliwości i solidaryzmu społecznego.

Norma społeczna, która jest albo moralna, albo ekonomiczna, staje się prawną dopiero z chwilą, kiedy, używając słów samego Duguita: „masa indywidualów, składających grupę, rozumie i przyjmuje, że reakcja przeciwko gwałcicielom takiej reguły może być społecznie zorganizowana” (81). Momentem, tworzącym ostatecznie prawo, jest zatem u Duguita moment organizacji; z nim to wiąże się u niego kwestia specyficzności prawa. Duguitowskie normy prawne różnią się od innych norm społecznych tym, że chroniąca je przed przełamaniem reakcja jest reakcją zorganizowaną. (Nawiasem mówiąc, nie jest rzeczą łatwą uchwycić chwilę, kiedy reakcja z niezorganizowanej stała się zorganizowaną, zwłaszcza, skoro już w samej istocie społeczności mieści się pewien moment organizacji). Ale fakt, fakt zmysłowo dostrzegalny, jest u Duguita nie tylko podstawą definicji normy społecznej oraz prawnej, ale również podstawą definicji państwa. Władza polityczna jest, jego zdaniem, natury na wskroś faktycznej i jako taka nie da się ani uzasadnić, ani usprawiedliwić prawnie czy filozoficznie. Trzeba się z nią liczyć, jako z czymś istniejącym i na tym koniec.

We wszystkich tworach społecznych, które określa się mianem państw, czy są one najbardziej prymitywne i proste, czy najbardziej cywilizowane i złożone, jedna rzecz, zdaniem Duguita, powtarza się stale w niezmienniej i koniecznej formie i jedną rzecz można zawsze łatwo zaobserwować: jest nią różnica, istniejąca pomiędzy słabymi i silnymi, pomiędzy tymi, którzy słuchają, a innymi, którzy swą wolę tamtym mogą narzucić. Podział na rządzących i rządzonych dokonał się historycznie prawdopodobnie wówczas, kiedy niektórzy członkowie grupy, dla tych czy innych powodów, wyświadczyli grupie, jako takiej, jakieś ważniejsze przysługi i wskutek tego otoczyli się w jej oczach nimbem specjalnej wyższości, autorytetu czy dostojności.

Autorytet ten może mieć niejednokrotnie charakter czysto ziemski, częstokroć jednak stroić się może w szatę o zabarwieniu moralnym względnie religijnym.

Dokładne, ściśle sprecyzowanie momentu dziejowego, w którym miało miejsce zróżnicowanie, interesujące Duguita, jest (historycznie biorąc) nie do ustalenia; może urzeczywistniło się ono już w hordzie, może w poszczególnych klanach czy szczepach — o tym trudno jest orzec. Niemniej, jego zdaniem, jest faktem oczywistym, że istnieje ono od dawien dawna.

Pojęcie siły u Duguita nie jest czymś zawsze jednakowym, ale czymś zmiennym i różnie się kształtującym. Siła, będąca podstawą władzy, może być czasem siłą fizyczną, kiedy indziej moralną, raz może wyrażać się w sile posiadanych dóbr, kiedy indziej zaś — stanowić zwykły synonim liczby.

Fakt powstania t. zw. państwa wiąże się ściśle u Duguita z momentem powstania przedziału między rządzącymi, a rządzonymi. Dopóki wskazany przedział nie zaistniał, nie możemy mówić, zdaniem Duguita, o istnieniu państwa w zwykłym tego słowa rozumieniu, ale jedynie o istnieniu społeczeństwa.

Naturalnym dążeniem dzierżycieli siły, zwykłym dążeniem rządzących jest należycie ugruntować swą władzę i zapewnić swemu stanowisku należyłą trwałość. Siła dąży jakby naturalnie do zorganizowania się. Organizacja jej w różnych epokach historycznych była oczywiście rozmaita i miała strukturę, mniej lub bardziej rozwiniętą. Czasem ci, którzy są od innych silniejsi, sprawują swe rządy sami bezpośrednio; czasem kiedy liczba ich jest zbyt duża, przelewają oni te funkcje na innych; wówczas mamy do czynienia z pewnym specjalnym fenomenem, który nazywa się reprezentacją polityczną. Polega ona na tym, że drobna grupa ludzi, względnie (czasem) jeden człowiek narzuca faktycznie swą wolę jako motyw woli innym. Organizacja siły przybiera rozmaite formy i wyraża się w tym, co zwykliśmy nazywać instytucjami politycznymi. Instytucje te są natury monarchicznej, kiedy władztwo faktyczne należy do jednego; są one natury arystokratycznej, kiedy stają się udziałem nielicznej grupy; są wreszcie charakteru demokratycznego, kiedy władza sprawowana jest przez większość. Zresztą poszczególne elementy faktycznej przewagi jednych nad drugimi w danym kraju mogą być czasem natury nie prostej, ale więcej złożonej, mogą kombinować się wzajemnie i uzupełniać.

Możliwość narzucania swej woli innym, przysługująca rządzącym, nie jest, zdaniem Duguita, bynajmniej ich prawem podmiotowym. Prawo to nie istnieje, jest ono fikcją. Wola rządzących nie jest innej natury, niż wola rządzonych, nie jest ona bynajmniej odmiennej esencji. Prawo podmiotowe do władzy nie da się, zdaniem Duguita, uzasadnić ani teorią umowy społecznej, założoną czysto dowolnie, a naukowo nie stwierdzoną, ani tym mniej teokratycznie. Do kogośkolwiek należy władza — czy do jednostki, czy do jakiejś klasy spec-

jalnie uprzywilejowanej, czy wreszcie do większości — jest ona, zdaniem Duguita, zawsze tym samym — jest nie prawem, ale faktem.

Ale rządzący są tylko ludźmi, są takimi samymi ludźmi, jak rządzeni i jako tacy podlegają tym samym co oni normom.

Norma społeczna, stanowiąca, jak wiemy, wyraz wymogów współżycia, narzuca im się z tą samą, co innym, bezwzględnością, z tą samą, co innym, siłą. Duguit nie widzi powodu, dla którego rządzący, względnie silni byłiby wolni od działania tych reguł, nie widzi podstawy dla której mieliby być niezależni od dyscypliny społecznej, ogarniającej wszystkich ludzi. Przełamanie przez rządzącego reguły ludzkiego postępowania wywoła, jego zdaniem, taką samą reakcję, co jej przełamanie przez rządzonego.

I oto ta prosta, łatwo dostrzegalna okoliczność daje nam możliwość, zdaniem Duguita, rozwiązania problemu, którego dawniejsza szkoła nie umiała rozwiązać w sposób zadawalniający. Jest to problem ograniczenia wszechpotęgi t. zw. państwa i podporządkowania jej prawu. Osobowość państwa jest czystą abstrakcją; osoba państwa, jako nie istniejąca, nie jest w stanie sama się zobowiązać; w rzeczywistości istnieje tylko grupa rządzących jednostek; one to podlegają prawu. Ograniczenie niczem nie skrzepowanej tyranii państwowej, ujęcie jej wszechpotęgi w ramy prawne — to skrzepowanie nie państwa jako takiego, ale skrzepowanie rządzących, ich naturalna zależność od dyscypliny społecznej.

Każdy akt woli rządzących narzuca się rządzonym nie jako emanacja woli wyższej, nie jako akt nie istniejącej suwerenności, ale narzuca im się, wówczas tylko, jeżeli jest zgodny z obowiązującym w pewnej grupie społecznym prawem obiektywnym. Nie ma ani prawa podmiotowego, ani władzy suwerennej, ani fikcyjnego podmiotu takiej władzy; jest tylko człowiek z krwi i kości, człowiek, który, jako istota świadoma i społeczna, potrzebuje współżycia z innymi ludźmi i jako taki podlega prawom tego współżycia.

Prawo przedmiotowe składa się wyłącznie z imperatywów, zwróconych pod adresem członków danej grupy społecznej. Z całości tych imperatywów wydzielić można specjalną ich kategorię, zwróconą do rządzących. Każdy akt rządzących, odpowiadający treści tych imperatywów i w zgodzie z nimi, zasługuje na miano aktu prawnego. Będzie on aktem społecznie legalnym, społecznie uspra-

wiedliwionym. Pod względem prawno-formalnym może mieć on zresztą bardzo różną formę, może być ustawą, rozporządzeniem, aktem administracyjnym, wyrokiem i t. d. Dany akt zatem staje się aktem prawnym nie dlatego, że emanuje z tej lub innej jednostki, nie dlatego, że jest wyrazem siły tej jednostki, ale jedynie dlatego, że stanowi odbłask rzeczywisty prawa przedmiotowego.

Nikt nie ma prawa rozkazywać innym, nie ma go ani cesarz, ani król, ani reprezentacja parlamentarna, ani wreszcie większość ludowa. Czynniki te mogą narzucać swą wolę jedynie siłą, przymus ten zaś stanie się prawem dopiero z tą chwilą, kiedy będzie zgodny z normami społecznymi. Nauka o celach i uzasadnieniu państwa, grająca często tak znaczną rolę, a tak nieraz w poszczególnych systemach skomplikowana, ma formę u Duguita nader prostą. Jedynym celem t. zw. państwa jest możliwie najdoskonalsza realizacja prawa, jest możliwie najkompletniejsze jego urzeczywistnianie. Właściwym fundamentem władzy jest królestwo siły, królestwo przemocy. Siła ta jednak staje się czymś legalnym, o ile będzie posłusznym narzędziem prawa. We współczesnej nam nauce o państwie występują zwykle trzy główne cele, którym państwo ma służyć. Pierwszy z nich — to zachowanie i utrzymywanie własnej egzystencji, drugi — rozwijanie kultury, dobrobytu i cywilizacji, trzeci wreszcie — realizacja prawa. Zdaniem Duguita ten potrójny cel da się sprowadzić łatwo do jednego mianownika; jest nim służba prawu. Jeżeli np. rządzący względnie dzierżyciele przymusu mają obowiązek dbać o dobrobyt obywateli względnie o rozwój ich kultury materialnej, moralnej czy intelektualnej, to mają ten obowiązek dlatego, ponieważ nakazuje im go norma prawna; kieruje ona mianowicie pod ich adresem imperatyw nieczynienia niczego, co by stało w sprzeczności z dobrem społecznym i współdziałania w miarę możności przy realizacji tego dobra. Otóż taką właśnie realizacją pośrednią dobra społecznego jest praca nad cywilizacją i kulturą danego kraju. Również cel autokonserwacji, cel, odpowiadający hasłom solidaryzmu, ma bliski związek z prawem. Aby utrzymać swą własną egzystencję, trzeba mieć niezbędne do tego środki, środkiem zaś ze wszystkich najważniejszym jest w tym wypadku solidaryzm społeczny oraz zrodzone z niego prawo. Sama forma t. zw. państwa jest dla Duguita czymś mało znacznym; w każdym państwie, czy będzie ono monar-

chią nieograniczoną czy ograniczoną, demokracją pośrednią czy bezpośrednią, interesujący go przede wszystkim przedział między rządzącymi, a rządzonymi musi z konieczności zawsze istnieć, będąc jakościowo czymś stale jednakowym. Tak samo jakościowo jednakową jest zawsze rola samych rządzących. Jakiegokolwiek zresztą byłoby rodzaju, stoi przed nimi zawsze ta sama misja, którą jest urzeczywistnianie porządku prawnego.

Ale przejdźmy z kolei do innej kwestii — do kwestii stanowiska, jakie w systemie Duguita zajęły klasyczne elementy, a więc dawne składniki, państwo konstytuujące. Zacznijmy od pierwszego z tych elementów, od ludu.

W systemie Duguita nie jest on właściwym składnikiem, państwo konstytuującym, ale jest jedynie jakby wielkim rezerwoarem, w którym urzeczywistnia się zajmujący go fenomen społeczny. Aby mogło zaistnieć „państwo“, aby mogło się rozwinąć i wykształcić, musi mieć warunki, sprzyjające jego powstaniu; najważniejszym z tych warunków jest uprzednie istnienie społeczeństwa, istnienie jakiejś grupy społecznej, jeszcze dostatecznie niezróżnicowanej, niemniej jednak już egzystującej.

Drugim elementem państwa w państwa tego dawniejszym ujęciu jest terytorium. Terytorium w rozumieniu Duguita nie ma tego charakteru. Społeczną bazą zróżnicowania rządzących i rządzonych jest ludność względnie naród, przestrzenną bazą tego zróżnicowania jest zwykle pewien obszar ziemi. Terytorium zatem w systemie Duguita nie tworzy bynajmniej państwa, ani go nie konstytuuje; jest ono jedynie przestrzenną granicą efektywnego władztwa rządzących. Interesujące Duguita zróżnicowanie społeczne, łatwo może mieć miejsce — jego zdaniem — również w grupach społecznych nieterytorialnych, może mieć miejsce np. wśród ludów nieosiadłych (którymi są choćby wszystkie plemiona koczownicze). Wypadek to w czasach nowszych raczej rzadki, wcale jednak nie wykluczony.

Terytorium, widziane przez pryzmat Duguita — to zatem ta część kuli ziemskiej, na której pewien rząd może wykonywać swą władzę za pośrednictwem stojącego mu do dyspozycji przymusu.

Terytorium — to ani składnik państwa, ani tym mniej element podmiotowy państwowej osobowości. Nie może ono być tym elementem choćby dlatego, że sama osobowość państwa jest czymś fikcyjnym i nie istniejącym.

Trzecim klasycznym elementem państwa jest, jak wiemy, władza i ona w systemie Duguita ulega daleko idącej metamorfozie. Dzierżyciele siły w jego systemie nie mają za zadanie jedynie rozkazywać, ale sfera ich działalności jest z konieczności sferą o wiele szerszą. Zadanie ich — to troska o normalne funkcjonowanie wszystkich społecznie ważnych urzędzeń użyteczności publicznej, które Duguit określa mianem „services publics”. Władza bowiem w rozumieniu tego autora nie jest ani rozkazującą potęgą, ani władzą panowania, ale mniej lub więcej harmonijną kooperacją tych instytucji i urzędzeń, których organizacja oraz kontrola należy do rządzących.

Z dyscypliny społecznej, będącej podstawą prawną władzy rządzących, rodzą się dla nich nie tyle prawa czy uprawnienia podmiotowe, ile przeciwnie — obowiązki.

Rządzący mają mianowicie obowiązek, o którym już zresztą przed chwilą w innym związku była mowa, służyć za pośrednictwem posiadanego przez nich narzędzia siły dobru społecznemu, a co zatem idzie — odpowiadającym mu hasłom solidaryzmu. Ciążący na rządzących obowiązek, a pojęcie urzędzeń użyteczności publicznej to rzeczy, ściśle ze sobą związane i nierozdzielnie jakby splecione. Pod pojęcie urzędzeń, o których mowa, podpada mianowicie wszelka aktywność, której istnienie jest czymś dla zbiorowości niezbędnym, a która ma mieć miejsce pod ochroną i kontrolą rządzących. Aktywność ta jest do tego stopnia ważna dla zbiorowości, że jej ustanie choćby na chwilę jest czymś nie do pomyślenia. Pierwszym obowiązkiem rządzących jest zapewnić jej konieczną stałość i ciągłość.

Osobowość kolektywna jest, zdaniem Duguita, oczywistą fikcją; taką samą fikcją jest suwerenna władza państwowa. Faktem jest istnienie jedynie pewnej grupy indywidualów — dzierżycieli siły społecznej, którzy, jako ci dzierżyciele, mają pewien zakres funkcji do spełnienia i za ich odpowiednie wypełnienie ponoszą społeczną odpowiedzialność.

Jakimi jednak są, ściśle biorąc, owe funkcje, które Duguit określa mianem „services publics”? Ścisłe i definitywne oznaczenie ich liczby nie da się, jego zdaniem, ustalić. Zależy ona od stopnia cywilizacji w pewnym społeczeństwie, od jego kultury i zróżnicowania, a wreszcie od poziomu jego potrzeb. Liczba funkcji społecznych

w społeczeństwie prymitywnym jest stosunkowo niewielka, polega ona tylko co najwyżej na karaniu przestępstw, pilnowaniu porządku i t. d. W cywilizowanym ustroju współczesnym liczba ta jest nieporównanie większa; funkcjami użyteczności publicznej są tu nie tylko funkcje władcze, funkcje przymusu, ale są nimi funkcje gospodarcze, oświatowe, kulturalne i t. d.

Wszystkie te funkcje na równi z tamtymi określa Duguit mianem „services publics“.

Ale przejdźmy z kolei do innej kwestii, kwestii organów państwa. W realistycznej koncepcji Duguita nie ma miejsca na to pojęcie. Ponieważ — według niego — państwo nie jest ani osobą w rozumieniu przyrodniczym, ani w rozumieniu prawnym, przeto nie może ono posiadać organów ani biologicznych, ani prawnych. Istnieją tylko, zdaniem Duguita, jednostki, względnie grupy jednostek, którym przypadło w udziale sprawowanie pewnych funkcji władczych. Jednostki te narzucają innym swą wolę, ale jest to zawsze ich wola własna, nigdy zaś wola państwa, jako takiego, która jest czymś fikcyjnym i nie istniejącym. Problem zatem stosunku, zachodzącego pomiędzy reprezentowaną osobowością państwa, a reprezentującymi tę osobowość organami, problem, zaprzatający umysły klasyków, jest problemem dla Duguita absolutnie nie istniejącym, jest kwestią zasadniczo przez niego nie uznawaną.

Problem, który go interesuje, to inna kwestia — to kwestia różnicy, zachodzącej pomiędzy właściwymi rządzącymi, a ich agentami. Rządzący — to właściwi dzierżyciele siły. Nie posiadają oni prawa do władzy, ale sprawują ją faktycznie; wola ich jest wola indywidualną, ściśle osobistą; nie jest ona wola państwa czy narodu, ale nawet będąc taka, jaka jest, dominuje, narzucając się jako motyw woli innym.

Agenci mają, zdaniem Duguita, inny charakter. Nie posiadają oni sami mocy rządzenia, nie są właściwymi dzierżycielami siły: są oni funkcjonariuszami, ustanowionymi przez rządzących do pełnienia pewnych określonych funkcji. Jako funkcjonariusze obracają się oni jedynie w ramach pewnej ściśle zdefiniowanej i sprecyzowanej kompetencji; mają oni możliwość decydowania, ale możliwości tej zakreszone są ściśle i nieprzekraczalne granice.

Dwa zacytowane powyżej przykłady, ujęte przez nas umyślnie nieco szerzej, spełniły rolę, im wyznaczoną.

Teraz wiemy już, jaka bywa jeszcze przyczyna zwalczania nazwy w obrębie systemu; wiemy, że może nią być rugowanie samego kryjącego się za nią przedmiotu. Teoretyczne X, nas tu obchodzące, czyli państwo, zostało z systemów Kelsen-Duguit oczywiście wyrugowane. U Kelsena X zmieniło się w jednoznaczne z nim Y, czyli prawo, u Duguita zostało ono rozbite na „a“ i „b“ (rządzący, rządzeni). W obu wypadkach, jak widzimy, przestało ono istnieć jako X.

Termin „państwo — osoba prawna“ w wypadku nieistnienia samego państwa nie jest już tylko nazwą nieodpowiednią, ale traci właściwy charakter „nazwania“.

P R Z Y P I S Y.

(1) Przepisy, o które nam chodzi, będą to przepisy ustawowe, sądowe, administracyjne, zwyczajowe, praktycznie wiążąca interpretacja dogmatyczna i t. d. Korzystając z możliwości wolnego doboru przykładów, położymy w pracy naszej specjalny nacisk na przepisy ustawowe, jako na najlepiej uchwytnie i do zacytowania najłatwiejsze.

(2) Fryderyk Zoll (starszy), *Rzymskie prawo prywatne*, par. 36.

(3). „Praeterea aliquando fingimus adversarium, nostrum capite deminutum non esse. Nam si ex contractu nobis obligatus obligatave sit et capite deminutus deminutave fuerit, velut mulier per coemptionem, masculus per adrogationem, desinit jure civili debere nobis, nec directo intendi potest sibi dare eum eamve oportere; sed ne in potestate ejus sit jus nostrum corrumpere, introducta est contra eum eamve actio utilis rescissa capitis deminutione, id est in qua fingitur capite deminutus deminutave non esse“. (Gaius 4 38).

(4). Fryderyk Zoll (starszy), l. c., par. 131.

(5). „Item usucapio fingitur in ea actione quae publiciana vocatur. Datur autem haec actio ei qui ex justa causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit. Nam quia non potest eam ex jure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse et ita quasi ex jure Quiritium dominus factus esset intendit, veluti hoc modo; Judex esto. Si quem hominem A. Agerius emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur ex jure Quiritium ejus esse oporteret, — et rel“. (Gaius 4.36).

(6). „Les Romains, qui n'attachaient pas à la proximité en degré les effets que nous y attachons en matière de succession ab intestat, ne connaissaient ni le

nom ni le fait de la représentation successorale (C. c. art. 739). Les XII Tables appelaient, par tête, tous les héritiers siens, sans distinction de degré. Les petits-enfants avaient un droit propre, qu'ils pouvaient exercer même du vivant de leur père: par exemple, si celui-ci était émancipé (G. 3.2). Mais plus tard, les jurisconsultes jugèrent plus équitable de n'accorder aux petits-enfants que la part que leur père aurait recueillie, même si tous les petits-enfants se trouvaient au même degré. (Ulpien 26 de leg. her. 2) Voilà le germe de notre représentation. On voit que l'institution romaine part d'un principe exactement opposé au nôtre. Dans notre loi, la représentation est une faveur accordée au petits-enfants, qui se voient appelés à la succession malgré leur éloignement en degré. A Rome, au contraire, les petits-enfants étaient désavantagés, puisque, appelés originellement par tête, ils ne recueillent plus que par souche, non in capita, sed in stirpes" (J. 3. I de hered. 6). (René Dekkers *La fiction juridique*" str. 210, 211).

(7). Fryderyk Zoll (młodszy), *Prawo cywilne w zarysie*, wyd. II, str. 282.

(8). „Domniemanie, „praesumptio“ od „praesumere“ (brać coś w przód), bierze swą nazwę stąd, że rzecz jakąś uważa się za udowodnioną przed podaniem na to dowodów. Domniemanie jest to przypuszczenie prawdopodobne o rzeczy niepewnej (can. 1826), czyli rozumny wniosek o rzeczy wątpliwej, wynikający z faktów pewnych, a oparty na tej zasadzie, że w danych okolicznościach rzecz taka zwykła się zdarzać. Te okoliczności czyli warunki zowią się poszlakami, wskazówkami (indicia), bo na coś wskazują (indicant). Domniemanie różni się od zwykłego przypuszczenia (coniectura), z przypuszczenia wynika jedynie podejrzenie, z domniemania zaś prawdopodobieństwo. Z domniemaniem ma pewne podobieństwo t. zw. fikcja (fictio). Celem osiągnięcia pewnych skutków prawnych samo prawo przyjmuje pewne okoliczności za istniejące, chociaż napewno nie zachodzą one w rzeczywistości“. (Bączkowiec, *Prawo kanoniczne* str. 433) „fictio fingit vera esse, quae vera non sunt; praesumptio vera praesumit super re dubia, quae ita esse aut non esse potest. Unde fictio nunquam convenit cum rei veritate praesumptio vero saepe“. (Menochius, *De praesumptionibus* T. II 2. t. VIII n 9 i 10).

(9) „A Rome, où l'état d'indivision successorale était normal et durable, le partage avait assez naturellement un caractère attributif: la „societas fratrum“ était en quelque sorte antérieure à l'apparition de la propriété; les „sui“, en liquidant cette „societas“, s'attribuent une propriété à chacun“. „Les conditions de vie changèrent. Mais ce n'est qu'au début des temps modernes que l'on s'efforça de les traduire, en matière de partage, par des idées appropriées“. „Ici encore, mêmes hésitations. Ici encore, appel à la fiction, sous la forme d'une application abusive de la rétroactivité: introduite, sembler-il, par l'avocat général Talon, en 1650 (B Desserteaux, „Effet déclaratif“ n. 66), elle fut léguée par Pothier (Vente, 630; Succ. 4. 5. I; Fiefs 451, 611—2) au Code civil (art. 883). Ici encore, adversaires de la fiction, comme Louet (Louet et Brodeau, „Recueil de plusieurs arrêts notables du Parlement de Paris“. H. XI), comme Demolombe, comme Aubry et Rau, comme Bartin, et intervention victorieuse, presque au XX siècle seulement, de Planiol. „La plupart des auteurs modernes“, enseigne-t-il (Tr. élém., ed. Ripert, 3.2379),

expliquent le système de la loi par l'idée d'une fiction: une fois le partage opéré, on suppose que chaque propriétaire a reçu son lot tout fait et qu'il le, tient immédiatement du défunt, sans avoir rien acquis de ses cohéritiers. Quelques auteurs ont cherché à écarter l'idée d'une fiction, en supposant que chaque héritier a un droit conditionnel portant sur tous les biens de la succession; la condition est qu'ils soient mis dans son lot. Sur ceux qu'il obtient, cette condition est réalisée, et il en est réputé propriétaire unique, à l'exclusion de tous les autres. Sur ceux qui tombent au lot des autres, son droit disparaît, la condition étant défaillie. L'idée d'une condition suspensive paraît bien l'achèvement véritable de toute cette construction juridique, le terme final auquel on doit aboutir. La simple fiction n'est qu'une demi-explication, qui qualifie le résultat obtenu, à savoir la formation de lots exclusifs et indépendants les uns des autres, sans faire comprendre par quel procédé il est réalisé". (René Dekkers, *La fiction juridique* str. 212, 213).

10). „Si maintenant nous essayons d'émettre une critique au sujet de la valeur des fictions dans le Code civil français, nous dirons que cette étude nous permet de voir combien vaines sont les exigences de ceux qui demandent d'exclure cette institution du Code. La forme fictive est quelquefois un moyen nécessaire d'expression de la volonté du législateur. En effet, les volontés du législateur s'énoncent sous forme d'idées; c'est elles qui règlent l'activité juridique des hommes. Lorsqu'il dit „est censée“, il souligne un procédé plus particulièrement apparent, plus particulièrement artificiel de sa construction“, (Angelesco: *La technique législative en matière de codification civile* Jaris 1930 str. 700). Quand à l'expression proprement dite de „fiction“, employée dans le sens de notre procédé, on a noté avec raison qu'on ne la rencontre qu'une seule fois dans le Code; c'est le cas de l'article 739 en matière de représentation. Y a-t-il eu là, chez le législateur, la crainte de l'emploi de ce terme? Nous ne le croyons pas, car, nous l'avons déjà dit, d'après les rédacteurs du Code, „la fiction pour la loi est la vérité“. Tout au plus, on peut supposer que la forme „est censée“, „est réputée“, leur paraissait meilleure pour exprimer le mécanisme de la fiction. (Angelesco, l. c. str. 699 i 700).

(11). Fikcje wskazanego przez nas typu mają swe miejsce nie tylko na tle przepisów ustawowych, ale również na tle praktyki sądowej w szczególności w Anglii. „Voici quelques exemples de fiction dans l'histoire du droit anglais. Lors du démembrement de l'ancienne „Aula regis“, la Cour du Banc du Roi n'avait conservé qu'une certaine juridiction criminelle, — „actions of trespass or other injury, committed vi et armis“ — (Stephen's Commentaries on the Laws of England, 3, p. 362, note 1) Par exception toutefois, elle connaissait aussi de certaines actions civiles, concernant notamment les personnes qui se trouvaient dans les prisons de la couronne, — „in the custody of the marschal of the Court“. On supposa des lors, dans les actions exclusivement civiles, que le défendeur appartenait à cette catégorie de délinquants, „that the defendant had committed a breach of the peace in Middlesex“ Grâce à cette qualification fausse, un „writ“ était donné contre lui, en vertu duquel il était supposé — „to be committed to the custody of the marschal“ de façon à faire tomber son cas sous la juridiction civile exceptionnelle de la Cour du Banc du Roi. Le — „writ“ — se terminait par la clause — „ac etiam“ —

qui contenait la „formule“ de l'action civile soulevée en réalité entre les parties. Une fiction aussi curieuse servit à étendre la compétence de la Cour de l'Echiquier. Cette Cour ne pouvait connaître que des actions du roi contre ses fermiers et débiteurs en général (Stephen, op, cit. 3, pp. 363—4, note r). Mais ceux-ci à leur tour pouvaient poursuivre devant elle leurs propres débiteurs, — coupables de les rendre insolvable, eux, fermiers du roi, au moyen d'un — „writ“ — „quominus sufficiens existit“. On devine la fiction imaginée pour généraliser la compétence de la Cour de l'Echiquier: une „tolérance“ royale s'introduisit, suivant laquelle tout demandeur, se qualifiant fermier ou débiteur du roi, était en droit de porter son action devant elle“. — „Cette fiction ne fut remplacée par une législation directe qu'en 1832“ — (René Dekkers, *La fiction juridique* str. 230, 231).

(12). „Fikcjonalizm prawa na ogół się zmniejsza, jednak poszczególne fikcje wprost przeciwnie ulegają pogłębieniu. Mam tu na myśli przede wszystkim fikcje, znajomości prawa przez obywateli, która w gruncie rzeczy coraz bardziej się pogłębia, jest to uzależnione zarówno od rozrastania się przepisów prawnych, jak i od zwiększania się ilości materiałów dla treści potocznego życia. Dawne prawo było daleko więcej znane adresatom. Rzymianie byli tak przesiąknięci przepisami prawnymi, że Ihering mógł napisać, iż dla nich prawo było tym, czym religia dla ludu hebrajskiego, a sztuka dla Greków“. (Wróblewski, *Studia z dziedziny prawa i etyki*, str. 354).

13). „To że przedmiot fikcyjny może nie stanowić fikcji przy pewnych pojmowaniach rzeczywistości, można wykazać na przykładzie osób prawnych (moralnych). Chodzi o to, że istnienie osób prawnych z reguły jest fikcją przy naiwno-realistycznym patrzeniu na rzeczywistość, a znów osoba prawna będzie realnością przy poglądzie organicystów, gdzie tworzy ona osobowość wyższego rzędu różną od jednostek ją stanowiących, nie będąc personifikacją wyobrażeniową i metaforyczną. Dalej jest ona konkretną, a więc również nie fikcją przy poglądzie humanistycznym, uznającym istnienie i taka samą konkretność świata idealnego jak i świata realnego“ (Wróblewski, l. c. str. 348).

(14). „Wśród licznych teorii o istocie osoby prawnej odróżnić można trzy główne ich kategorie. Pierwsze przeciwpodmiotowe zaprzeczają osobie prawnej mniej lub więcej jawnie i niedwuznacznie charakteru podmiotu prawnego, uważając ją za „osobę zmyśloną“, za twór wyobraźni jedynie za „jedność celową“, za konstrukcyjną tylko formę myślenia, lub kładąc nacisk główny na jej majątek „bez podmiotu“ i na jego cel.

Drugie, rozkładowe odmawiają również osobie prawnej charakteru jednolitego podmiotu prawnego i tym są zgodne z pierwszą grupą. Rozkładają jednak osobę prawną na szereg przedmiotów np. na t. zw. destynatariuszów czyli użytkowników majątku osoby prawnej, lub „dysponentów“, t. j. osoby, które tym majątkiem zarządzają, rozporządzając jego przychodami.

Trzecie wreszcie teorie realistyczne uważają osobę prawną za istotę rzeczywistą, za „rzeczywistą jedność“, za „jednostkę w wielości“, „za organizm socjalny“ i t. p. — Zdaje się, że w obrębie tych trzech grup pomieścić się dadzą

wszystkie pojedyncze teorie o istocie osoby prawnej, choć występują z pretensjami do oryginalności czy nowości“ (Gołąb, *Istota osoby prawnej*, Przegląd prawa i administracji, rok 1925 Z. 10—12, str. 1).

(15). Angelesco, *La technique législative en matière de codification civile*, str. 662).

(16). Dla uniknięcia nieporozumień następująca uwaga dodatkowa. — Analizując sens potoczny interesujących nas w zdaniu słów, wyłączamy z nich wyobrażeniowo nie tylko wszelkie zabarwienie prawne, ale również wszystko to, co mogłoby wydawać się komuś abstrakcją. Słowa tak widziane — to nie konstrukcje prawne, to nawet nie symbole powszechników obiektywnie może nie istniejących, ale jedynie nazwy pewnego „concretum“. Cytowany przez nas wielokrotnie żołnierz rzymski zmarły w niewoli — to w tym ujęciu np. ani konstrukcja prawna, ani jakiś oderwany, a obiektywnie może nieuchwytny żołnierz-powszechnik, ale wstawiony wyobrażeniowo na jego miejsce całkiem konkretny żołnierz x. Dopiero treść słów o takim sensie będzie treścią naprawdę materiałową.

W związku z kwestią istnienia powszechników patrz Kotarbiński: *Elementy teorii poznania*, par. 8 „Realizm uznaje istnienie przedmiotów ogólnych (powszechników), pojęć ogólnych i nazw ogólnych. Konceptualizm odrzuca istnienie przedmiotów ogólnych, uznaje natomiast istnienie pojęć ogólnych i nazw ogólnych. Nominalizm odrzuca istnienie przedmiotów ogólnych i pojęć ogólnych, uznaje zaś tylko istnienie nazw ogólnych“.

(17). „Częstokroć wreszcie metodologowie nauk przyrodniczych tak rozumieją tłumaczenie, iż byleby dana hipoteza posiadała którąś z tych zalet metodologicznych (np. płodność inwencyjną, lub podatność do łatwego wywiedzenia z niej ogółu danych z pewnej dziedziny) wystarczy znać, iż tłumaczy ona dane, chociażby była nawet notorycznie fałszywa. Hipoteza (czyli teza, dobierana jak racja dla danych następstw) taka, którą się interesujemy nie ze względu na poszlaki jej prawdziwości, lecz dla jej płodności lub doniosłości w ułatwianiu dalszej pracy, nazywa się hipotezą roboczą. Hipoteza robocza notorycznie fałszywa nazywa się fikcją w metodologicznym rozumieniu tego słowa“. (Kotarbiński, l. c., str. 274).

„W praktyce naukowej częste są przypadki, kiedy jakaś hipoteza wyjątkowo dobrze tłumaczy dany zespół faktów, chociaż jej błędność jest jawna. Wartość jej dla postępu nauki okazuje się nadto częstokroć i w tym jeszcze, że spełniają się przewidywania z niej wysnuwane, odgrywa więc rolę inwencyjną, odkrywczą, heurystyczną, (od greckiego „heurisko“, co znaczy: znajduje). Kulturuje się tedy i rozwija w naukach częstokroć hipotezy dla ich wartości eksplikatywnej lub heurystycznej, nie licząc się ze stopniem ich uzasadnienia w sposób decydujący, tak iż nie dostają dymisji nawet po ujawnieniu się ich fałszywości np. uprawiało się mechanikę niebios wedle hipotez naczelných, które się nie zgadzały z naczelnym postulatem undulacyjnej teorii światła, mianowicie z hipotezą wypełnienia przestrzeni przez ciało sprężyste (t. zw. eter świetlny). Po jednej przynajmniej z dwóch stron musiał tu leżeć fałsz, a jednak w teorii ruchu ciał niebieskich przyjmowało się naczelne hipotezy mechaniki, w optyce zaś falowanie eteru, po-

nieważ każda z tych hipotez tłumaczyła sprawnie wszystkie znane fakty we własnej dziedzinie. Hipotezę przyjmowaną dla celów eksplikatywno - heurystycznych mimo świadomości jej fałszywości nazywa się fikcją“ (Kotarbiński, l. c., str. 346).

(18). Ib., str. 374.

(19). Waihinger, *Die Philosophie des Als-Ob*, str. 1.

(20). Ib., str. 2.

(21). Ib., str. 21.

(22). Ib., str. 22.

(23). Ib., str. 17.

(24). Ib., str. 18.

(25). Ib., str. 150.

(26). „...so die Kategorien-einteilung. Diese, ursprünglich Dogma, wird dann Hypothese, und seit Hume und Kant steht ihre Fiktizität fest...“ (Waihinger, op. cit., str. 227).

(27). „Der erste Prozess, der der Umwandlung von Fiktion in Hypothese, von Hypothese in Dogma, findet besonders häufig in der Geschichte statt: so ist allen Historikern eine Menge von Beispielen bekannt, wo anfängliche bewusste Mythen (solche Mythen eben sind psychologisch genau so gebaut, wie Fiktionen) sich in historische Hypothesen verwandelten und dann späterhin zu historischen Dogmen wurden“ (Ib. str. 224).

(28). Ib., str. 226.

(29). Ib., str. 172.

(30). Ib., str. 173.

(31). Ib., str. 173.

(32). Ib., str. 175.

(33). „Auch dass die Grenze zwischen Wahrheit und Irrtum keine starre ist, ist uns mehrfach nahegelegt worden und schliesslich hat sich gezeigt dass das was wir gewöhnlich Wahrheit nennen nämlich eine wie man sagt mit der Aussenwelt zusammen stimmende Vorstellungswelt das diese Wahrheit nur der zweckmassigste Irrtum ist“ (Ib., str. 192).

(34). „Vergleichen wir nun zuerst einmal das Dogma und die Hypothese, so bemerken wir dass die letztere einen Spannungszustand darstellt welcher der Seele äusserst unangenehm sein muss, (dalej) ...Aus diesem Spannungszustand der also ein unangenehmes Gefühl mit sich bringt erklärt sich nun ganz naturgemäss die Tendenz der Seele jede Hypothese in ein Dogma zu verwandeln“ (Ib., str. 220).

(35). Patrz A. Mycielski, *Problemy klasyfikacji norm prawnopństwowych*, Rocznik Prawniczy Wileński, 1935, str. 157 i nast.).

(36). Nie trzeba jednak sądzić, aby dyscyplina dogmatyczna, mimo że w aspiracjach swych skromna, a w dążeniach ograniczona, nie miała być przez to samo dyscypliną naukową. Takie twierdzenie byłoby czymś błędnym. Naukowa jest,

naszym zdaniem, każda metoda, celów swoich świadoma i konsekwentnie do raz sobie wytkniętych dążąca. Metoda, która, nie przecząc własnym założeniom, pozostaje naprawdę wierna sama sobie.

(37). Petrażycki, *Wstęp do nauk. prawa i moralności*, str. 57—58.

(38). „...toutes les définitions étant ou bien incomplètes (on ne définit une chose que par l'une de ses qualités) et par conséquent insuffisantes, ou bien complètes, mais seulement conventionnellement... et par conséquent irréelles, — les raisonnements fondés sur les premières sont toujours défectueux par quelques côtés et ceux qui s'appuient sur les secondes se développent dans l'imagination“. (Regnaud. *L'origine des idées*, str. 46).

(39). Używając terminu „dogmatyk mówi“, używamy go jedynie w sensie metodologicznym. Nastrój psychiczny „mówiącego“, jego ewentualna wiara, względnie niewiara w to, co mówi — to rzecz w danym wypadku dla nas obojętna.

(40). Michoud, *La Théorie de la Personnalité morale*, t. I, str. 16—17.

(41). *Ib.*, str. 19.

(42). *Ib.*, str. 43.

(43). *Ib.*, str. 99.

(44). Waihinger, l. c., str. 161—162—163.

(45). Fikcja, pojęta jako porównanie, występuje w pismach wielu autorów; przede wszystkim w tym właśnie kształcie widzimy ją u Savigniego w związku z omawianą przez niego teoretycznie kwestią osób prawnych: „Die Rechtsfähigkeit wurde eben dargestellt, als zusammenfallend mit dem Begriff des einzelnen Menschen. Wir betrachten sie jetzt, als ausgedehnt auf künstliche durch blosse Fiktion angenommene Subjekte. Ein solches Subjekt nennen wir eine juristische Person, d. h. eine Person, welche blos zu juristischen Zwecken angenommen wird. In ihr finden wir einen Träger von Rechtsverhältnissen noch neben dem einzelnen Menschen“. (*System des heutigen römischen Rechts*, t. II, str. 236).

„Ich gebrauche dafür lediglich den Namen der juristischen Person, (welcher dann die natürliche Person, das heisst der einzelne Mensch entgegengesetzt ist) um ausdrücken, dass sie nur durch diesen juristischen Zweck ein Dasein als Person hat“. „...Die Römer selbst haben keinen gemeinschaftlichen Namen für alle Fälle dieser Art. Wo sie diesen Charakter solcher Subjekte allgemein ausdrücken wollen, sagen sie nur, dass dieselben die Stelle von Personen vertreten, welches so viel sagen will, als dass sie fingierte Personen seien“. (*Ib.*, t. II, str. 240—241).

(46). Jaworski, *Nauka prawa administracyjnego*, str. 182.

(47). Waihinger, l. c., str. 50.

(48). *Ib.*, str. 39—46.

(49). Kelsen, *Allg. Staatslehre*, str. 36—37.

(50). *Ib.*, str. 122.

(51). *Ib.*, str. 311.

- (52). *Ib.*, str. 344.
- (53). Waihinger, *l. c.*, str. 29.
- (54). De Vareilles-Sommières, *Les personnes morales*, str. 225, n. 484.
- (55). Wolff, *Juristische Person und Staats-Person*, str. 152.
- (56). Waihinger, *l. c.*, str. 39, 41, 102, 130, 234, 317, 613, 661, 691 i t. d.
- (57). *Ib.*, str. 224.
- (58). Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, str. 348.
- (59). *Ib.*, t. I, str. 370.
- (60). Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, t. I, str. 223.
- (61). Waihinger, *l. c.*, str. 123.
- (62). *Ib. l. c.*, str. 123.
- (63). Gierke, *Genossenschaftstheorie*, str. 12.
- (64). Gierke, *Wesen der Menschlichen Verbände*, str. 14
- (65). Gierke, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts*, str. 115.
- (66). Giorgi, *La dottrina delle persone giuridiche*, t. I, Nr. 23.
- (67). Jellinek, *Allg. Staatslehre*, str. 181.
- (68). *Ib.*, str. 183.
- (69). Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, t. I, str. 186.
- (70). *Ib.*, str. 108.
- (71). *Ib.*, str. 289.
- (72). Hauriou, *De la personnalité comme élément de la réalité sociale*,
Revue Gen. du Droit, 1898, str. 126—140.
- (73). Bernatzik, *Kritische Studien über den Begriff der Juristischen Person*,
Arch. öff., R. 5, 240.
- (74). Otto Mayer, *Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recht*, f. 16.
- (75). *Ib. f.* 25.
- (76). *Ib. f.* 56.
- (77). Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, str. 3.
- (78). Kelsen, *Hauptprobleme*, str. XX—XXI.
- (79). Kelsen, *Allg. Staatslehre*, str. 17.
- (80). Carré de Malberg, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degré*, str. 15.
- (81). Duguit, *Traité de droit const.*, t. I, str. 36.