

Wiktor Kołodziejczak

GENEZA NIEPOZYTYWISTYCZNYCH KONCEPCJI PRAWA – ZARYS PROBLEMATYKI

WPROWADZENIE

Jedną z najważniejszych debat przełomu wieków, jakie owładnęły filozofię prawa jest debata pozytywistów prawnych z niepozytywistami. Jawi się ona jako pokłosie innej trwającej długo dyskusji, mianowicie sporu koncepcji pozytywistycznej z prawnonaturalną i może być traktowana jako modyfikacja stanowiska prawnonaturalnego, którego główny postulat mógł zostać uproszczony do tezy o istotnym związku między prawem a moralnością. Stanowiska niepozytywistyczne zazwyczaj bronią pewnych postaci tej tezy, jednak korzystają z szerokiego wachlarza dorobku filozofii współczesnej. Poniższa praca ma za zadanie pokazać perspektywę rozwoju teorii niepozytywistycznych na tle debaty, która ogarnęła filozofię niemiecką po II wojnie światowej, jak również wykazać myślicieli, którzy mogą być uznani za niepozytywistów poprzez wzbogacanie dyskusji w istotny sposób.

Pierwsza część artykułu ma na celu przytoczenie klimatu niemieckich dyskusji z zakresu szeroko pojętej filozofii społecznej. Następna przedstawi w zarysie poglądy Gustawa Radbrucha, mające przełożenie na jego słynną „formułę”, ze względu na podstawowy charakter tegoż myśliciela dla całej debaty. Ostatnia część zarysuje poglądy autorów ze spektrum

MGR WIKTOR KOŁODZIEJCZAK – absolwent Wydziału Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji, Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II; adres do korespondencji: ul. Przedświt 16, 04-488 Warszawa, Polska; e-mail: emulgatorster@gmail.com; <https://orcid.org/0000-0001-8924-958X>

najszerzej rozumianego myślenia niepozytywistycznego lub mających wpływ na krystalizację argumentów w zakresie debaty z pozytywizmem.

Niniejszy artykuł to jedynie próba wyodrębnienia kilku prądów myślowych mających decydujące znaczenie dla powstania koncepcji niepozytywistycznej prawa, jak również zarysowanie poglądów kilku autorów istotnych dla tejże koncepcji. Autor nie rości sobie pretensji do zarysowania tematu w sposób kompletny i wyczerpujący, jednak pragnie dać przyczynek do dyskusji nad początkiem niepozytywistycznego postrzegania prawa, jak również dodać we wnioskach drobny komentarz co do wielu nieporozumień, z którymi borykają się badacze zajmujący się problemem niepozytywizmu bądź uczestniczący w debacie.

1. WĄTKI ROZWIJANE PRZEZ POWOJENNĄ NIEMIECKĄ FILOZOFIĘ SPOŁECZNĄ

Korzeni niepozytywistycznych koncepcji prawa należy szukać w powrocie do refleksji prawnonaturalnej, który nastąpił po II wojnie światowej. W Niemczech okres renesansu zainteresowanie koncepcją prawnonaturalną trwało około dwudziestu lat. Podczas *Naturrechtdiskussion* wykształciły się dwie grupy stanowisk. Pierwsza obejmuje stanowiska nawiązujące do klasycznych poglądów i ich aplikacje do współczesnych czasów. Znalazło się tu miejsce dla koncepcji neotomistycznych i neokantowskich. Do drugiej grupy należy przypisać stanowiska łączące myślenie prawnonaturalne ze współczesnymi nurtami filozoficznymi. Wśród koncepcji, z których czerpano, należy wymienić materialną teorię wartości M. Schelera i N. Hartmana, fenomenologię E. Husserla oraz egzystencjalizm M. Heideggera [Waśkiewicz 1962, 124]. Powstałe wówczas koncepcje nie były później rozwijane co do zasady. Wyjątek można znaleźć we wciąż dyskutowanych pismach G. Radbrucha i jego koncepcji „ustawowego bezprawia” oraz „ponadustawowego prawa”, o których w dalszej części artykułu.

Dwa główne problemy tego okresu to stosunek prawa natury do prawa pozytywnego, a także stosunek między doktrynami prawa naturalnego a pozytywizmem prawniczym. K. Opalek podaje jeszcze jeden podział ówczesnych myślicieli wyszczególniony ze względu na kryterium oparcia się na katolickich myślicieli XIX w. (E. von Hippel, G. Küchenhoff, A. Susterhenn, G. Stadtmüller) bądź oparcia się na nowszej myśli ewangelicko-

-teologicznej (O. Dibelius, W. Schönfeld, H. Weinhauff, T. Wurm) [Opalek 1997, 17-18].

Drugim okresem w powojennej, niemieckiej nauce prawa był czas tzw. podstawowej dyskusji (*Grundlagendiskussion*), której zakres był wyznaczany przez zagadnienia filozofii społecznej i metodologii nauk społecznych. Charakterystyczny był także wpływ twórców zagranicznych np. H.L.A. Harta i T. Parsona oraz myślicieli, którzy wyemigrowali z Niemiec, takich jak L. Wittgensteina, R. Carnapa czy K.R. Poppera. W obrębie dyskusji podstawowej znalazło się miejsce dla dwóch wielkich debat filozofów, debaty hermeneutycznej zapoczątkowanej przez H.G. Gadamera oraz spór dotyczący oparcia nauk społecznych na empiryczno-analitycznych podstawach przeciwko neomarksistowskiej „krytycznej teorii społeczeństwa” reprezentowanej przez szkołę frankfurcką. Problemami podejmowanymi podczas tego okresu były: status naukowy jurysprudencki, metody i funkcje, stosunek teorii i filozofii prawa, aż w końcu włączenie do nauki prawa nowej dziedziny, socjologii prawa [tamże, 23-24].

Po 1980 r. w niemieckim prawoznawstwie popularne były następujące nurty: jurysprudencka analityczna (N. Hoerster), krytyczny racjonalizm (H. Albert), hermeneutyka (A. Kaufmann), teoria dyskursu i argumentacji prawniczej (J. Habermas), antropologia prawna (E.J. Lampe, H. Schelsky), socjologia prawa (H. Rottleuthner), teoria prawa jako systemu autopojezytycznego (N. Luhmann), filozofia prawa rozumowego (R. Dreier), komunitaryzm (R. Spaemann) [tamże, 31]. Dla omawianego tematu szczególne znaczenie mają teoria dyskursu i argumentacji prawniczej oraz hermeneutyka prawnicza.

Łacińskie pochodzenie słowa dyskurs (łac. *discursus*) wyznacza znaczenia, takie jak: wypowiedź, rozmowa, komunikowanie się za pomocą mowy lub pisma. Najprostszym określeniem dyskursu jest definicja: „wymiana argumentów w celu osiągnięcia konsensusu” [Cieslewicz 2007, 57-58]. U podstaw stworzonej przez J. Habermasa teorii dyskursu legło rozróżnienie na działania celowo-racjonalne oraz na komunikacyjne. Dziedzina celowo-racjonalna streszcza się w relacji podmiot-przedmiot. Odmierna jest dziedzina komunikacji, której przedmiotem jawi się intersubiektywne porozumienie. Działaniom komunikacyjnym przysługuje swoisty model racjonalności. Składają się na niego uniwersalne warunki umożliwiające rozumienie, czyli warunki pozwalające kwalifikować wypowiedź jako przynależną do danego języka [Zirk-Sadowski 2000, 111-13].

Każdy akt mowy warunkuje roszczenia ważności, to znaczy określone zobowiązania normatywne. Wymieniane są wśród nich roszczenia zrozumiałości, prawdziwości, szczerości i słuszności. Drugim warunkiem, jaki musi spełniać dyskurs, jest idealna sytuacja komunikowania, która sprowadza się do zachowania reguł sprawiedliwości proceduralnej, mianowicie równouprawnienia partnerów dyskursu, pełnej wymienialności ról dialogowych, zakazie cenzury i zakazie dyskryminacji. W odróżnieniu od pozytywistycznego paradygmatu uzasadniania, teoria Habermasa jest teorią proceduralną, co za tym idzie nie ogranicza się tylko do logicznych działań na normach bądź zdaniach [Morawski 2000, 107-109].

Teorię dyskursu da się zastosować w naukach prawnych. Jak pisze M. Zirk-Sadowski, „dyskurs prawniczy jest nadbudowany nad dyskursem praktycznym tzn. prawnicze założenie idealnej sytuacji komunikowania się zawiera założenie idealnej sytuacji komunikowania się w dyskursie praktycznym, a także założenia charakterystyczne tylko dla dyskursu prawniczego. Przykładem tych ostatnich mogą tutaj być tzw. dyrektywy wykładni językowej używane przez prawników” [Zirk-Sadowski 2000, 117].

Godna uwagi wydaje się być również koncepcja Nowej Retoryki Ch. Perelmana, mająca na celu podkreślenie związku skuteczności rozumowań stosowanych w prawie i etyce z ich kontekstem społecznym. Jest to teoria powstała niezależnie od dokonań szkoły frankfurckiej w tym zakresie. Ze względu na pracę T. Viehwega „Topik und Jurisprudenz” [Viehweg 1974] ujęcie to nazywane jest retoryczno-topicznym. Podważa się w nim obiektywność uzasadnień opartą na wiedzy empirycznej i logice, zwracając uwagę na zespół technik dyskursywnego kształtowania ludzkich postaw i przekonań. W centrum zainteresowań Nowej Retoryki znajduje się wywarcie wpływu na słuchacza, aby uznał prawdziwość danego twierdzenia. Perelman kwestionuje przydatność logiki formalnej na rzecz poszukiwania „miejsc wspólnych”. Są to używane w dyskusjach zwroty, sformułowania, albo nawet konkretne rozumowania służące do przekonywania audytorium [Zirk-Sadowski 2000, 126-28].

Nowa Retoryka jest propozycją przełamującą formalne metody proponowane przez neopozytywizm. Ważnym założeniem jest także niedopuszczenie do relatywizacji nauki prawa i humanistyki. Widać tu wyraźnie próbę odnalezienia koncepcji racjonalności swoistej dla nauki prawa [tamże, 130].

Swoje miejsce w analizie początków myśli niepozytywistycznej ma również hermeneutyka prawnicza. W pierwotnym znaczeniu termin herme-

neutyka oznaczał koncepcje interpretacji. Rys prądu filozoficznego zawdzięczamy dopiero pracom F. Schleiermachersa [Przybylski-Lewandowski 2007, 111]. Wyznacza to dwa odrębne sposoby pojmowania hermeneutyki prawniczej: jako praktykę interpretacyjną bądź jako filozofię rozumienia prawa. Kanony interpretacji prawniczej pojawiały się w XVII i XVIII w. za sprawą Ch.E. Eichardiego, C.F. Wittcha oraz J.G. Sammeta. Stanowiły one przedmiot teorii prawa, jak również szczegółowych dyscyplin prawnych. Drugie rozumienie hermeneutyki zapoczątkowane zostało w latach czterdziestych XX w. Ten sposób rozumienia może wyznaczać trzy odrębne nurty. Zadaniem pierwszego, wywodzącego się z tradycji diltheyowskiej, jest wykazanie podobieństw między naukami humanistycznymi a prawnymi, aby można było do nich zastosować metody nauk interpretacyjnych. Na wzorcowy przykład można natrafić w poglądach E. Bettiego. Podaje on dyrektywy ogólnej wykładni, których analiza zbliża je do teorii wykładni podkreślających rolę wartościowania w procesie interpretacji tekstu prawnego. Odmienny pogląd znajdujemy w rozumiejącej filozofii A. Kaufmana. Prawo „staje się” w procesie interpretacji, który przebiega według wzoru koła hermeneutycznego przechodząc od normy do konkretnego przypadku i od konkretnego przypadku do normy, aż do stanu jedności, ujętej jako *Dasein*. Takie ontologiczne ugruntowanie interpretacji prawniczej warunkuje legitymizację prawa. Trzeci kierunek nawiązuje do poglądów Wittgensteina II, przez co nazywany jest „hermeneutyką analityczną”. Przedstawicielem jest A. Aarano, który próbuje tłumaczyć interpretację w kategoriach gry językowej [Zirk-Sadowski 2000, 90-91].

Charakterystyczna dla współczesnej hermeneutyki jako filozofii rozumienia prawa jest postawa krytyczna wobec naukowo zorientowanego prawnictwa. Hermeneutyka odbudowuje dialog z rzeczywistością i uwrażliwia myślenie prawnicze na oceny zawarte w języku prawnym. Przyczynia się to do przezwyciężenia, wynikającego z pozytywizmu prawniczego, poglądu na prawo, który postrzega je jako radykalnie przeciwstawione podmiotowi poznającemu. W tym ujęciu prawo tworzone jest intersubiektywnie w procesie komunikowania [Tenże 1998, 55-56].

Pierwszą osobą, która rozpoczęła dyskusje nad niepozytywizmem prawnym *sensu stricto* był R. Dreier. Zaproponowana przez niego podczas wykładu Cornell Law School we wrześniu 1984 r. koncepcja zakładała uzupełnienie pozytywistycznych kryteriów definiowania prawa tzn. auto-

rytatywnego stanowienia i społecznej skuteczności o wymóg minimalnego uzasadnienia etycznego [Grabowski 2009, 18].

2. POGLĄDY GUSTAWA RADBRUCHA I ICH WPŁYW NA NIEPOZYTYWISTYCZNĄ KONCEPCJĘ PRAWA

Wspomniane wcześniej podczas omawiania *Naturechtdiskussion* poglądy filozoficznoprawne G. Radbrucha w kontekście niepozytywizmu prawniczego wymagają osobnego przeanalizowania. Należał on do neokantowskiej szkoły badeńskiej, w związku z czym wyznawał radykalny podział strefy bytu i powinności (*Sein und Sollen*). Problem niewynikania powinności z bytu rozwiązany zostaje na dwa sposoby. Po pierwsze, zawężony zostaje zakres badań filozofii prawa – wprowadza koncepcję relatywizmu metodologicznego. „Filozofia prawa powinna zbadać, jakie środki są możliwe i przydatne, aby określoną wartość urzeczywistnić. Z drugiej strony, powinna ona zbadać, jakie są możliwe wartości najwyższe i przedstawić ich systematyczną relację” [Kość 2005, 75]. Po drugie wprowadza pojęcie świata kultury, w którym łączą się sfery bytu i powinności. Prawo jest przedmiotem kultury, umiejscowić je należy w takim razie pomiędzy światem ideału a światem rzeczywistym. Istotą tego umiejscowienia jest dążenie prawa do osiągnięcia idealnych wartości. Takie rozwiązanie problemu jest charakterystyczne dla szkoły badeńskiej, która zajmowała się badaniami aksjologicznymi [Potrzeszcz 2007, 80-81].

Chociaż z faktów nie można wnioskować o wartościach, człowiek może poznać ideę prawa, która dana jest nam w sensie kantowskiej kategorii. Rozróżnione zostaje pojęcie prawa oraz idea prawa. Idea prawa cechuje się przedjurydyecznością i apriorycznością, natomiast pojęcie prawa jest pochodne jego idei. Pojęcie prawa może być określone tylko przez pryzmat dążenia do realizacji idei prawa. Konkretny porządek prawny może być niesprawiedliwy, ale miano prawa może zyskać tylko przez dążenie do sprawiedliwości. Idea prawa jest miarą i konstytutywną zasadą prawa, nie może więc być niczym innym jak sprawiedliwością. Naprowadza nas to na szerokie znaczenie sprawiedliwości. Stanowi ona w tym ujęciu wartość absolutną oraz cel ostateczny prawa [tamże, 81-83].

Idea prawa jest złożona z trzech elementów: sprawiedliwości w sensie węższym, celowości i bezpieczeństwa prawnego. Sprawiedliwość będąca

częścią składową idei prawa stanowi zasadę formalną, pojmowaną jako równość. Ten element teorii oparty jest na arystotelesowskim rozumieniu sprawiedliwości rozdzielczej, to znaczy do równego traktowania podobnych, natomiast nierównego traktowani różnych stanów rzeczy. Według Radbrucha sprawiedliwość określa tylko formę relacji, nie determinuje zaś treści możliwego prawa [tamże, 83-84]. Zastrzec jednak należy, że sprawiedliwość nie jest postrzegana w duchu obiektywistycznej metafizyki.

Domeną treści prawa jest jego celowość. Cel prawa nie ma charakteru empirycznego, ponieważ jest on powinnościowy. Źródłem celowości w prawie jest etyka, składająca się z teorii obowiązków i teorii dóbr. Obydwa czynniki powinny być brane pod uwagę przy stanowieniu prawa. Ostateczne uzasadnienie celowości oraz celu prawa zakorzenione jest w wartościach absolutnych [tamże, 84-85]. Postrzegane są one jednak w granicach neokantowskiego subiektywizmu.

G. Radbruch wyróżniał trzy rodzaje wartości najwyższych: wartość osobowości, wartość wspólnoty oraz wartość dzieła. Istnieją trzy możliwe konfiguracje, w których jedna z wyżej wymienionych wartości uznawana byłaby za nadrzędną kosztem pozostałych: sztuka i nauka, państwo i prawo w służbie moralności indywidualnej, moralność, nauka i sztuka w służbie państwa i prawa, oraz moralność i państwo wraz z prawem w służbie kultury [Kość 2005, 76].

Wątpliwości może budzić porządek klas wartości, który koniec końców sprowadza się do decyzji sumienia konkretnej osoby. Rola nauki powinna polegać na eksponowaniu wartości i przygotowaniu osoby do podjęcia decyzji. Objawia się ona w trzech aspektach: rozwija prawdopodobne wartościowania w systematyczny sposób; przedstawia możliwe skutki poprzez środki do urzeczywistnienia wartości; wreszcie, „odkrywa światopoglądowe założenia każdej wartościującej pozycji”. Relatywizm wartości jest naturalną cechą tego porządku, dlatego celowość potrzebuje jeszcze jednego elementu idei prawa. Termin bezpieczeństwo prawne należy rozumieć jako bezpieczeństwo samego prawa. Tego rodzaju bezpieczeństwo składa się z czterech elementów: „1) wymaga, aby prawo było prawem pozytywnym, to znaczy ustawowym, 2) wymaga, aby to prawo pozytywne było bezpieczne ze swej strony, to znaczy aby oparte było na faktach, a nie odsyłało sędziego do jego własnych decyzji wartościujących co do konkretnego przypadku (na przykład poprzez klauzule generalne, które osłabiają bezpieczeństwo prawne), 3) wymaga, aby fakty te można było w miarę

bezbłędnie odczytać, co wiąże się z praktycznością przepisu, 4) wymaga, aby prawo pozytywne nosiło w sobie bezpieczeństwo prawne, nie ulegając częstym zmianom” [Potrzeszcz 2007, 86].

Istotne jest zauważenie wewnętrznych antynomii idei prawa. Niemożliwe jest stosowanie się do wszystkich aspektów idei prawa jednocześnie, ponieważ wymagania każdego z nich są przeciwstawne. Sprawiedliwość jako „abstrakcja istniejących nierówności z określonego punktu widzenia” jest generalizująca. Celowość jest natomiast zasadą indywidualizującą. Do tego wszystkiego bezpieczne prawo wymaga pozytywizacji, a więc obowiązywania bez względu na celowość czy sprawiedliwość. Bezpieczeństwo prawne może stać w konflikcie z pozytywnością prawa. Niebezpieczeństwo, jakie się z tym wiąże to utożsamienie stanu faktycznego ze stanem prawnym [tamże, 87].

Antynomie powyższe można niwelować wyodrębniając każdemu z elementów osobne zadania. Sprawiedliwość odpowiadałaby za formalny aspekt słuszności możliwego rozporządzenia. Celowość byłaby miarą treściowej oceny tegoż rozporządzenia, natomiast spełnienie rygoru bezpieczeństwa prawnego nadawałoby możliwemu rozporządzeniu moc wiążącą [tamże, 89].

Początkowo, wedle poglądów badeńskiego neokantysty, bezpieczeństwo prawne mogło zastępować sprawiedliwość oraz celowość. Po II wojnie światowej zmienił ten pogląd i uznał prymat sprawiedliwości materialnej nad poprawnym ustanowieniem prawa [Kość 2005, 76-77]. Ujęcie to doprowadziło do powstania słynnej „formuły Radbrucha”.

Rzeczona formuła została wyrażona w artykułach publikowanych przez Radbrucha w latach 1945-1947. J. Zajadło przedstawia ją jako dwa wnioski wynikające z dwóch przesłanek. Przesłanka pierwsza dotyczy natury pozytywizmu prawniczego, który uznaje za prawo efekt odpowiedniej procedury legislacyjnej ignorując jednocześnie treść możliwego rozporządzenia. Przesłanka druga dotyczy finalnej konkluzji odnośnie do pozytywizmu prawnego, mianowicie utożsamienia prawa z siłą. Spowodowało to możliwość funkcjonowania zbrodniczego prawa nazistowskiego [Zajadło 2000, 687-88].

Pierwszym wnioskiem jest konieczność powrotu do zasad prawa, mających stać u podstaw systemów prawnych, zasad o mocy silniejszej od poszczególnych przepisów. Wniosek drugi dotyczy równowagi w obrębie trzech aspektów idei prawa. Ewentualne konflikty należałoby rozstrzygać na rzecz bezpieczeństwa prawnego, jednak ostatecznym wyznacznikiem

ma być skala ewentualnej sprzeczności. Prawo pozytywne traci pierwszeństwo, gdy przewaga bezpieczeństwa prawnego sprawia, iż prawo staje się niesprawiedliwe. Można również wyróżnić przypadek, gdy prawo pozytywne nie ma na celu sprawiedliwości i równość odrzucana jest świadomie. Wtedy ustawa traci naturę prawa, a to dlatego, że zgodnie ze swoją istotą prawo jest porządkiem i stanowieniem służącym sprawiedliwości [tamże, 688-89].

Uproszczone podejście do tematu prezentuje A. Grabowski. W tym ujęciu formuła składa się z dwóch tez. *Unterträglichkeitsthese* głosi, że prawo pozytywne obowiązuje, dopóki nie osiągnie poziomu nienadającej się znieść niesprawiedliwości. *Verleugnungsthese* stanowi, iż jeśli ustawa sprzeciwia się równości stanowiącej istotę sprawiedliwości, to ustawa ta pozbawiona jest natury prawa. A. Kaufman uznaje, że „Formuła Radbrucha” stanowiła początek poszukiwań trzeciej drogi pomiędzy pozytywizmem prawniczym a prawem naturalnym [Grabowski 2009, 14-15].

„Formuła Radbrucha” stała się punktem wyjścia wielu dyskusji mających znaczenie dla ukształtowania się paradygmatu niepozytywistycznych teorii prawa, jak również stanowiła bazę dla konstrukcji teorii np. dla R. Alexy’ego [Zajadło 2000, 687].

3. MYŚLICIELE Z KRĘGU NIEPOZYTYWIZMU PRAWNICZEGO

Zjawisko niepozytywizmu prawniczego z pewnością nie może być ograniczone do niemieckiego niepozytywizmu. Sam R. Alexy wymienia trzy typy niepozytywizmu, które koncentrują się wokół tezy o koniecznym związku prawa i moralności [Alexy 2006, 14-17].

Jedyną jak do tej pory pełną propozycję klasyfikacji przedstawiono w książce „Dziesięć wykładów o ekonomii prawa” [Stelmach, Brożek, i Załuski 2007]. Jest to propozycja bardzo szeroka, dzieląca dychotomicznie teorie prawa na pozytywistyczne i niepozytywistyczne. Podane zostaje dziewięć kryteriów, decydujących o niepozytywistycznym charakterze danej koncepcji, z czego kluczowe znaczenie mają pierwsze cztery.

Po pierwsze, prawo uznawane jest za przedmiot złożony ontologicznie – w grę wchodzi tutaj komponent normatywny – formalny, jak i faktyczny – materialny, wobec tego badanie prawa nie może się ograniczać wyłącznie do sfery powinności. Po drugie, prawo nie może być ograniczone do pojęcia

normy. Racjami przemawiającymi za tą tezą są: złożoność ontologiczna prawa oraz trudności definicyjne związane z redukcjonistycznym pojmowaniem prawa. Konieczne jest w tym przypadku odwołanie się do pojęcia obowiązywania lub (obowiązującego) systemu prawa. Pierwszy przypadek prowadzi do dogmatycznego wyboru koncepcji obowiązywania, drugi przypadek prowadzi do błędnego koła. Po trzecie, niemożliwy jest ścisły rozdział prawa i moralności. Jedyne sposoby argumentacji na rzecz *Trennungsthese* odwołuje się do silnych założeń ontologicznych i jak to uczynił H. Kelsen odróżniając sferę istnienia i powinności. Po czwarte, przy podejmowaniu rozstrzygnięć prawnych organ zazwyczaj odwołuje się do pozanormatywnych kryteriów, takich jak „pozaprawne standardy (*principles* i *policies*), konwencjonalnie doniosłe zachowania podmiotów prawa czy ich przeżycia związane bezpośrednio z prawem” [tamże, 188]. Oczywiście wymienione czynniki mają subsydiarny wpływ na decyzje. Pozostałe pięć kryteriów dotyczy interpretacji oraz efektywności rozstrzygnięcia, co jest ściślej związane z prezentowaną w książce analizą ekonomiczną [tamże, 187-89].

Wedle tego ujęcia niepozytywistyczne okazują się być „wszystkie koncepcje prawa natury [...], niemiecka szkoła historyczna [...], szkoły wolnego prawa różne odmiany realizmu prawnego i socjologicznej jurysprudencji, filozofii prawa Radbrucha. Niepozytywistyczny charakter będzie z pewnością miała również hermeneutyka prawnicza, współczesne teorie argumentacji prawniczej, amerykański nurt *Critical Legal Studies*, koncepcja Dworkina, no i wreszcie sam nurt *Law & Economics*. A i na tym nie koniec, bo mamy do czynienia z innymi jeszcze «ponowoczesnymi», a zarazem niepozytywistycznymi filozofiami prawa, chociażby z różnymi odmianami teorii systemowych, ekologiczną filozofią prawa czy też zyskującym coraz większe znaczenie nurtem [...] biojurysprudencji” [tamże, 187].

Zdaniem autora niniejszej pracy, dychotomiczny podział teorii prawa na pozytywistyczne i niepozytywistyczne sprawia, że zatracona jest istota koncepcji niepozytywistycznych. Należy pamiętać o tym, że niepozytywizm nie jest stanowiskiem w stu procentach opozycyjnym względem pozytywizmu prawniczego. Jest on „trzecią drogą” pomiędzy prawnonaturalizmem a pozytywizmem prawniczym. Dąży do uzyskania takiego systemu prawa, który byłby poprawnie skonstruowany i nie brał w nawias materialnej słuszności prawa.

J. Potrzezszcz wśród autorów niepozytywistycznych wymienia A. Kaufmanna, R. Dworkina, J. Rawlsa, J. Habermasa, L.L. Fullera i J. Finnisa

[Potrzeszcz 2013, 317]. Już sam zarys poglądów wyżej wymienionych pozwala na przybliżenie się do wymaganych kryteriów.

Samodzielny system wykreowany przez A. Kaufmanna nosi w sobie znamiona filozofii kultury G. Radbrucha, egzystencjalizmu K. Jaspersa oraz hermeneutyki H.G. Gadamera. Krytykował w nim zarówno prawnonaturalne koncepcje, jak i pozytywizm prawniczy za przykładanie zbyt dużej wagi odpowiednio do treści i formy prawa. Zdaniem Kaufmanna miano prawa przysługuje jedynie prawu pozytywnemu, ogólne zasady są wytycznymi, jak prawo powinno być stanowione. Ustawą nazywa normę generalną, prawem natomiast stan odpowiadający ustawie dla konkretnego przypadku. Filozofia prawa zajmować się powinna indywidualnymi sytuacjami prawnymi, a nie zasadami czy ustawami. Realizacja prawa odbywa się w „procesie komunikacji, którego celem jest osiągnięcie konwergencji procesów poznania” [Opalek 1997, 40-41].

System realizowany przez Kaufmanna można nazwać jego własnymi słowami „osobowo ugruntowaną proceduralną teorię sprawiedliwości”.

Ważnym zagadnieniem filozofii prawa jest również oddzielenie prawa od bezprawia. Problem utożsamienia prawa – *Gezetz* z prawem – *Recht* jest zdaniem filozofa charakterystyczny dla pozytywizmu prawniczego, jak i dla rozumowego prawa natury. Istotne stają się dwa pytania postawione łącznie – co jest słusznym prawem i jak słuszne prawo jest poznawane – „urzeczywistniane”. Przewycięzenie pozytywizmu odbywa się przez zauważenie faktu, iż normy są jedynie prawem potencjalnym, a właściwe prawo to relacja odpowiedniości między powinnością i bytem [Piechowiak 2008, 144-45]. Miejszem styczności bytu z powinnością jest „natura rzeczy”, pojmowana jako sens wyinterpretowany z relacji między normą a warunkami życia. Odpowiedzią na pytanie o ontyczną podstawę prawa jest osoba, czyli człowiek pojmowany nie tylko jako empiryczny i nie tylko jako noumenalny. Nie jest to jednak osoba pojmowana klasycznie jako substancja, nie jest ona też ani przedmiotem, ani podmiotem. Ujmowana w swojej ogólności nie jest uznawana nawet za realną, „osoba jest relacyjna, dynamiczna, historyczna. Osoba nie jest stanem, ale wydarzeniem, osoba jest aktem” [tamże, 148-53].

W omawianej koncepcji prawo – *Recht* ma aspekt pozytywny, jak i prawnonaturalny. To czynnik prawnonaturalny decyduje o kształcie prawa, co jest powiązane z definicją prawa, chociaż Kaufmann nie mówi

o żadnych standardach, które mogłyby zakwestionować poprawnie urzeczywistnione prawo [tamże, 165-66].

Podstawy pozytywizmu w wydaniu hartowskim podważył swoją teorią reguł i zasad R. Dworkin. Wysuwał przeciwko Hartowi trzy główne zarzuty: 1) nieprawdą jest, jakoby prawo składało się z samych reguł, 2) nie jest możliwe oddzielenie prawa od moralności, 3) fałszem jest, jakoby sędziowie stosowali wyłącznie reguły prawa i swobodne uznanie [Paul 2005, 94].

Wedle Dworkina oprócz reguł na prawo składają się standardy, które mogą występować jako zasady (*principles*) lub wymogi polityki (*policies*). Wymogi polityki dotyczą ewentualnych celów możliwych do osiągnięcia w zakresie ekonomii, polityki lub innych celów społecznych. Zasady *sensu stricto* odnoszą się natomiast nie do celów społecznych, ale do sytuacji, w których norma wydaje się być pożądana ze względu na aspekty moralne, między innymi sprawiedliwość i uczciwość [tamże, 97].

Kontrowersyjna jest wynikająca z teorii reguł i zasad koncepcja jednego trafego rozstrzygnięcia. Zdaniem Dworkina w każdym przypadku, gdy reguła prawna nie określa jednoznacznie możliwego wyroku, ważenie zasad i wymogów polityki może doprowadzić sędziego do jedynego trafego rozstrzygnięcia. Sędzia w systemie Dworkina nie jest twórcą prawa, ale jego gwarantem. Takie rozwiązanie sprzyja praworządności oraz przewidywalności orzeczeń sędziowskich [tamże, 103-104].

Teoria sprawiedliwości J. Rawlsa stanowiła istotny wkład do myśli niepozytywistycznej. Podłożem dla powstania wymienionego dzieła był klimat intelektualny zimnej wojny oraz wiążący się z nim konflikt między liberalizmem a totalitaryzmem. Rawls czuł się zobowiązany do utworzenia nowej podstawy dla liberalizmu, który nie opierałby się na niewystarczającej podstawie utylitarystycznej [Nawrot 2013, 125-26]. Autor „Liberalizmu politycznego” zaczyna od eksperymentu myślowego – zasłony niewiedzy. Odgradza ona od podmiotu poznającego wszystkie cechy indywidualne, np. miejsce w społeczeństwie, poglądy, naturalne predyspozycje. Zasłona udaremnia wszystkie próby dokonywania stronniczego wyboru. W takim stanie, nazywanym stanem niewiedzy, jednostki mają wybrać zasady, którymi będą posługiwały się w rzeczywistości społecznej. Sytuacja pierwotna pozwala nie tylko na wybór zasad pierwotnych, ale także ich weryfikowanie. Od jednostek zawierających ten rodzaj umowy społecznej Rawls wymaga jednomyślności, aby testu zasłony niewiedzy nie mogły przejść zasady nadmiernie ograniczające prawa jednostki. Dwie podstawowe

zasady wynikające z przeprowadzonego eksperymentu brzmią: „każdy powinien mieć prawo do jak najszerszej podstawowej wolności możliwej do pogodzenia z podobną wolnością innych” i „nierówności społeczne powinny być ułożone tak, aby były z największą korzyścią dla najbardziej upośledzonych i jednocześnie aby nie dotyczyły dostępności do urzędów i stanowisk dla wszystkich, w warunkach autentycznej równości szans” [tamże, 127-28].

J. Habermas jest przedstawicielem frankfurckiej szkoły krytycznej. W swoich poglądach odrzucał korespondencyjną teorię prawdy preferując jej konsensualny wariant. Podkreślał również związek prawa z moralnością poprzez legitymacyjny składnik obowiązywania prawa, chociaż był również świadomy odrębności tych dwóch systemów. Związek można wyrazić za pomocą ogólnej reguły dyskursu: „Obowiązują dokładnie te normy zachowania, na które mogą się zgodzić wszyscy mogący doznać ich skutków jako uczestnicy racjonalnych dyskursów” [Opalek 1997, 35-37].

Głównym filozoficznoprawnym dziełem Habermasa jest wydana w 1992 r. książka „Faktyczność i obowiązywanie”. Sam tytuł podkreśla złożony charakter prawa składający się z jednej strony z elementu społecznego, z drugiej posiadającym normatywność. Podkreślone zostaje napięcie pomiędzy tymi dwoma czynnikami. Dwa aspekty rzutują na dwie odrębne perspektywy badania prawa: „od zewnątrz” – jako obserwator i „od wewnątrz” – jako uczestnik [Zajadło 2008, 95-96]. Wymieniona antagonizacja jest charakterystyczna dla myśli neomarksistowskiej.

L.L. Fuller podejmuje w swoich pracach podstawowe zagadnienia teorii prawa oraz etyki. Filozoficzne podstawy jego prac opierają się na odrzuceniu podziału na fakty i wartości, jednego z głównych aksjomatów pozytywizmu prawniczego. Odnosi się do założenia historycznego, zgodnie z którym wszystkie doktryny prawa naturalnego negują ten podział. Argumentuje również za nierozzerwalnością celów i środków w zakresie prawa i moralności.

Chociaż pierwsze prace Fullera pozostawały w zgodzie z założeniami pozytywizmu prawniczego, to rok 1940 przyniósł z jego strony krytykę tegoż kierunku. Podstawowa trudność w obrębie założeń pozytywizmu prawniczego polega na wysiłku wyeliminowania wartości z prawa. Postulat „czystej nauki” wyrugowuje podstawy filozofii prawa, jakimi są próby szukania ideałów prawnych. Zachowanie wartości w prawie wiąże się z jego wykładnią celowościową. Prawo bez wartości programowo rezygnuje z doskonalenia pożądaných wartości społecznych. Fuller zwraca jednak uwagę również na dobre strony pozytywizmu prawniczego. Należą do nich „prze-

konanie o potrzebie ochrony społeczeństwa przed nieporządkiem i dezintegracją z powodu braków samego prawa; dążenie do umiejscowienia procesu stanowienia prawa we właściwych rękach, czyli znalezienie kompetentnego legislatora; przyczynienie się do naukowego pojmowania prawa poprzez analizę najważniejszych wzorów zachowania w zawodach prawniczych, implikacji wynikających z niepozytywistycznych doktryn prawnych oraz zastosowań lingwistyki do problematyki prawnej” [Tokarczyk 2004, XI-XIII].

W dziedzinie etyki Fuller stosuje rozróżnienie na moralność aspiracji oraz moralność obowiązku. Prawo określa natomiast jako złożone z trzech elementów prawa w ogólności, prawa pozytywnego i prawa naturalnego. Amerykański filozof opowiada się za związkiem prawa pozytywnego z prawem naturalnym. Prawo naturalne jest przez niego dzielone na prawo naturalne o charakterze materialnym (moralność zewnętrzna prawa) i o charakterze formalnym (moralność wewnętrzna prawa). Pierwsza z nich dotyczy wskazania najważniejszych i najogólniejszych celów stawianych przed każdym rodzajem działalności związanej z prawem pozytywnym. Druga z nich wyznacza definicyjną istotę systemu prawnego oraz rzutuje na jego skuteczność [tamże, XII-XV].

J. Finnis jest jednym z głównych przedstawicieli tzw. nowej szkoły prawa naturalnego. Podejmując refleksje na tematy filozoficznoprawne opiera się na filozofii klasycznej, zwłaszcza nurcie arystotelesowsko-tomistycznym, chociaż nie opowiada się on jako zwolennik Tomasza z Akwinu, oraz jurysprudencki analitycznej [Motyka 2001, X-XI].

Jego główne dzieło „Prawo naturalne i uprawnienia naturalne” stanowi wykład własnej teorii. Jednym z jego podstawowych założeń jest rozdział bytu i powinności, co jest dość osobliwe dla prawnonaturalisty. Finnis rozumie prawo naturalne na trojaki sposób: „1) «zbiór podstawowych zasad praktycznych, wskazujących na podstawowe formy ludzkiego rozwoju jako na dobra, do których człowiek ma dążyć i które ma realizować», 2) jako «zbiór podstawowych wymogów metodologicznych rozumności praktycznej», dostarczający «kryteriów dla rozróżnienia [...] pomiędzy postępowaniem moralnie słusznym a niesłusznym», oraz 3) sformułowany na podstawie 1 i 2 «zbiór ogólnych norm moralnych»” [tamże, XIII].

Istotną rolę odgrywa w teorii Finnisa katalog uzasadnianych zdroworozsądkowo dóbr przedmoralnych. Należą do nich życie, wiedza, zabawa, przeżycia estetyczne, życie w społeczności (w szczególności przyjaźń),

rozumność praktyczna i religia. Wszystkie wartości są bądź kombinacją bądź uszczegółowieniem wymienionych dóbr. Są one fundamentalne, to znaczy że żadna z powyższych nie da się sprowadzić do innej. Nie można w tym przypadku mówić o hierarchii dóbr [Zirk-Sadowski 2000, 161-62].

Wiele wątków filozofii Finnisa wskazuje na przychylny stosunek do pozytywizmu, jak np. wspomniany wyżej nieprzekraczalny podział bytu i powinności, neutralny punkt wyjścia teorii bez założeń metafizycznych, jak i „wyrażna akceptacja autonomii obowiązującego prawa stanowionego” [tamże, 166].

PODSUMOWANIE

Częstym problemem we wszelkiego rodzaju dyskusjach naukowych jest brak zrozumienia punktu widzenia przeciwnika. Na ogólną interpretację poglądów badaczy prawa wpływa kultura prawna, z której się wywodzą, jak również ich pogląd na prawo jako takie. Chociaż Dworkin odżegnywał się od twierdzenia, że sędziowie tworzą prawo w systemie anglosaskiej praktyki prawniczej, to cała jego debata z Hartem prześlągnięta jest duchem władzy sędziowskiej. Jakkolwiek Hart podchodził do zagadnienia z perspektywy sędziego mającego wpływ swoimi decyzjami na całość systemu instytucjonalnego, subtelne rozwiązania Dworkina w zakresie wprowadzenia reguł zdają się ograniczać punkt widzenia jedynie do decyzji sędziowskiej, bez uwzględnienia w argumentacji przestrzeni systemu prawnego, czy inaczej mówiąc ładu instytucjonalno-ustrojowego. Niezmiennie istotne jest zaznaczenie faktu, iż cała debata pozytywizmu z niepozytywizmem obarczona jest wieloma nieporozumieniami związanymi właśnie z respektowaniem perspektywy badawczej oponentów. Rzadko kiedy mamy do czynienia z praktyką prawa ustrojowego, szczególnie w systemie prawa kontynentalnego, gdzie sędziowie nie mają tak potężnych instrumentów wpływania na prawo jak *equity law*. Jednak właśnie taka perspektywa jest najczęściej przyjmowana przez dyskutantów z obu stron sporu.

Co gorsza dla czytelności i komunikatywności całej debaty często nacechowanie pewnych aspektów poza ogólnym rysem instytucjonalno-ustrojowym może zarówno debatującym, jak i komentatorom umykać, co często prowadzi do wzajemnego niezrozumienia. Nie bezzasadnie można wysto-

sować postulat prowadzenia debaty na przykładzie gałęzi i aspektów prawa, które są powszechnie praktykowane, np. w obrębie prawa cywilnego, w aspekcie przysługiwania praw podmiotowych. Taka perspektywa będzie zarówno respektowała faktyczne umiejscowienie prawa, jak i jego normatywny charakter. Ze względu właśnie na tego rodzaju nieporozumienia zarys myślicieli niepozytywistycznych oraz jego historia zostały przedstawione w przekrojowej formie, a wnikanie w konkretne następstwo argumentów w debacie może być zadaniem na kolejne publikacje.

PIŚMIENNICTWO

- Alexy, Robert. 2006. *O pojęciu i naturze prawa*. Warszawa: Fundacja „Ius et Lex”.
- Cieslewicz, Nicholas. 2007. „Dyskurs prawniczy.” W *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa*, red. Jerzy Zajadło, 57-61. Warszawa: C.H. Beck.
- Grabowski, Andrzej. 2009. *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego. Krytyka niepozytywistycznej koncepcji prawa*. Kraków: Księgarnia Akademicka.
- Kość, Antoni. 2005. *Podstawy filozofii prawa*. Lublin: „petit”.
- Morawski, Lech. 2000. *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze PWN.
- Motyka, Krzysztof. 2001. „Wstęp.” W John Finnis, *Prawo naturalne i uprawnienia naturalne*, I-XVIII. Warszawa: „ABC”.
- Nawrot, Oktawian. 2013. „John B. Rawls.” W *Filozofia prawa w pytaniach i odpowiedziach*, red. Jerzy Zajadło, i Kamil Zeidler, 125-28. Warszawa: LexisNexis.
- Opalek, Kazimierz. 1997. *Studia z teorii i filozofii prawa*. Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego.
- Paul, Brunon. 2005. „Główne idee dworcinowskiej filozofii prawa.” *Kwartalnik Filozoficzny* t. 33, 89-114.
- Piechowiak, Marek. 2008. „Arthur Kaufmann – hermeneutyka prawnicza.” W *Przyszłość dziedzictwa. Robert Alexy, Ralf Dreier, Jürgen Habermas, Otfried Höffe, Arthur Kaufmann, Niklas Luhmann, Ota Weinberger: portrety filozofów prawa. Współczesna filozofia prawa*, red. Jerzy Zajadło, 135-67. Gdańsk: Arche.
- Potrzeszcz, Jadwiga. 2007. *Idea prawa w orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego*. Lublin: Towarzystwo Naukowe KUL.
- Potrzeszcz, Jadwiga. 2013. *Bezpieczeństwo prawne z perspektywy filozofii prawa*. Lublin: Wydawnictwo KUL.
- Przybylski-Lewandowski, Filip. 2007. „Hermeneutyka prawnicza.” W *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa*, red. J. Zajadło, 111-16. Warszawa: C.H. Beck.
- Stelmach, Jerzy, Bartosz Brożek, i Wojciech Załuski. 2007. *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.

- Tokarczyk, Roman. 2004. „Wstęp.” W Lon Fuller, *Moralność prawa*, I-XXIV. Warszawa: „ABC”.
- Viehweg, Theodor. 1974. *Topik und Jurisprudenz*. München: C.H. Beck Verlag.
- Waśkiewicz, Hanna. 1962. „«Drugie odrodzenie» prawa naturalnego.” *Roczniki Filozoficzne* 2:115-51.
- Zajadło, Jerzy. 2000. „Formuła Radbrucha a paradygmat niepozytywistycznej teorii prawa.” *Gdańskie Studia Prawnicze* t. 7, 683-97.
- Zajadło, Jerzy. 2008. „Jürgen Habermas – demokratyczny pozytywizm” W *Przyszłość dziedzictwa. Robert Alexy, Ralf Dreier, Jürgen Habermas, Otfried Höffe, Arthur Kaufmann, Niklas Luhmann, Ota Weinberger: portrety filozofów prawa. Współczesna filozofia prawa*, red. Jerzy Zajadło, 85-105. Gdańsk: Arche.
- Zirk-Sadowski, Marek. 1998. *Prawo a uczestniczenie w kulturze*. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego.
- Zirk-Sadowski, Marek. 2000. *Wprowadzenie do filozofii prawa*. Kraków: Zakamycze.

Geneza niepozytywistycznych koncepcji prawa – zarys problematyki

Abstrakt

Artykuł dotyczy przekrojowego zarysu rozwoju nurtu niepozytywistycznego w filozofii prawa, zaczynając od niemieckiej powojennej filozofii społecznej. W artykule o tej tematyce nie mogło zabraknąć obszerniejszego opracowania dotyczącego filozofii Gustawa Radbrucha i jego słynnej formuły, która sprowadza się do postulatu o koniecznym oparciu prawa stanowiącego o prawo naturalne. Kolejna część artykułu dotyczy kilku autorów, których można uznać za prekursorów bądź kontynuatorów myśli niepozytywistycznej, wliczając w to Ronalda Dworkina z jego teorią zasad prawnych. W zakończeniu ujęta została ogólna refleksja na temat debat naukowych, które często bazują na niezrozumieniu stanowiska oponentów.

Słowa kluczowe: niemiecka filozofia powojenna; Gustaw Radbruch; niepozytywizm prawniczy; Ronald Dworkin

Origin of Non-Positives Concepts of Law – an Outline of the Problem

Abstract

The article concerns the beginning of non positivistic approach to law starting from debates which occurred in post-war German social philosophy. The role of the most important factor in clarification of non positivistic approach is said to be Radbruch's formula and the assumption that the positive law must include at least minimal justification taken from natural law. Next part of article is short enumeration of a few authors who's thought was essential to the debate with legal positivism including

Ronald Dworkin's theory of law containing principles and policies. In the end author points that theoretical debates are often based on misinterpretations of opponents statements which are taken out of context.

Key words: German post-war philosophy; Gustav Radbruch; legal non positivism; Ronald Dworkin

Information about Author: WIKTOR KOŁODZIEJCZAK, MA – graduate of the Faculty of Law, Canon Law and Administration, The John Paul II Catholic University of Lublin; correspondence address: ul. Przedświt 16, 04-488 Warszawa, Poland; e-mail: emulgatorster@gmail.com; <https://orcid.org/0000-0001-8924-958X>