

Wrocław, 27 czerwca 2022 r.

Dr hab. Arkadiusz Barut

Wyższa Szkoła Humanitas w Sosnowcu



Data: 2022-07-07

Recenzja pracy doktorskiej mgra Ernesta Bojek-Pohla p. t. *Argument moralny w anglosaskiej debacie wokół pozytywizmu prawniczego*

Na wstępie stwierdzam, że z satysfakcją podjąłem się recenzowania pracy mgra Ernesta Bojek-Pohla. Praca dotyczy bowiem problematyki którą sam się zajmuję w badaniach naukowych, to jest kwestii użyteczności kategorii moralności oraz prawa naturalnego dla teorii i filozofii prawa. Bliska jest mi również postawa krytycznego dialogu z pozytywizmem prawniczym.

Hipotezą Doktoranta jest, że *argumentacja moralna doprowadziła do pogłębienia się dyskursu wokół pozytywizmu prawniczego. Jej przejawem było z jednej strony zarysowanie granicy, która oddzieliła pozytywizm od antypozytywizmu, cokolwiek miałyby to znaczyć, ale z drugiej strony doprowadziła do przedstawiania rządów prawa jako cenionego ideału, sprzyjała ujawnianiu, że już sam język i praktyka prawa są w istotnym stopniu moralizowane, (...) To w dużej mierze udziałem krytyków pozytywizmu prawniczego było to, że potrafili przekonać swoich adwersarzy, iż najważniejszych cech prawa nie należy szukać w jego źródłowym charakterze, ale w zdolności prawa do popierania dobra wspólnego, zabezpieczenia praw człowieka i uczciwego rządu. Innymi słowy, że argument moralny może mieć wartość eunomiczną.*

Nie ma wątpliwości, że jest celem pracy przede wszystkim wykazanie tej wartości, taki wybór celu należy uznać za trafny. Określenie hipotezy i celu pracy dokonane w ten sposób przez Doktoranta pozwala wyjść poza perspektywę *stricte* teoretyczno-prawną ku szerszemu spojrzeniu etycznemu i filozoficzno-politycznemu. Doktorant nie sytuuje się więc wyłącznie w obrębie debat: prawo naturalne – pozytywizm i pozytywizm – nie-pozytywizm. Za

postawieniem hipotezy jak zacytowana wyżej kryje się założenie, że samo wykorzystanie prawa jako techniki kontroli społecznej ma charakter wyboru moralnego i politycznego, mającego przy tym znaczenie dla sposobu pojmowania prawa oraz ochrony praw podmiotowych. Takie założenie ma istotną wagę w obliczu aktualnych dyskusji na temat potrzeby „dostosowania się” prawa, w tym takich jego kategorii jak wina i odpowiedzialność, do nowej rzeczywistości globalnej z jej rzekomo nieuniknionymi koniecznościami strukturalnymi i ideowymi, a co za tym idzie, również ograniczenia „tradycyjnie” pojętych praw podmiotowych. Szkoda jednak, że Doktorant nie wyartykułował tego założenia wprost, wskazując w ten sposób bardziej wyraźnie cel badawczy. Już we wstępie należało też wskazać to co zostało wskazane w zakończeniu – że moralny potencjał prawa będzie rozważany głównie poprzez analizę koncepcji Lona Fullera i polemiki, którą ona wywołała. Przedmiotem pracy jest więc nie tyle debata wokół pozytywizmu, lecz wokół jego tezy o separacji. Doktorant wskazuje zresztą w niektórych miejscach, że o koncentrowanie się na pozytywizmie i traktowanie iusnaturalizmu jako jego „polemisty” decydują raczej względy konwencjonalne – pozycja koncepcji pozytywistycznych we współczesnych dyskusjach filozoficzno-prawnych. Jako poboczny cel pracy jawi się interpretacja idei dyskursu jako kategorii moralnej (argument moralny wyłania się tu z rozważań zakresowo szerszych). Również ten cel wybrany jest prawidłowo, chociaż zastrzeżenia budzi brak jego wyraźnej artykulacji.

Jak się wydaje, Doktorant traktuje argumentację jako kategorię mającą spajać jego wywody. Jest to zabieg ciekawy, chociaż nie w pełni wyartykułowany i wyjaśniony, Doktorant nie przyjmuje bowiem jakiejś określonej koncepcji argumentacji, która stanowiłaby kryterium dalszych analiz. Należy natomiast podkreślić, że jego rozważania odzwierciedlają bogactwo i różnorodność tych koncepcji.

Rozdział I to analiza filozoficznej kategorii dyskursu moralnego. Doktorant dokonuje przeglądu różnych typów wnioskowań, koncepcji logicznych i retorycznych, a następnie ich zastosowania w etyce i prawie. Rozważania zyskałyby na wartości, gdyby Doktorant sformułował jasną klasyfikację lub choćby typologię rozważanych koncepcji. Jego najważniejszym twierdzeniem jest, że klasyczne wnioskowanie sylogistyczne, a także inne metody logiki formalnej nie są w stanie rozwiązać problemów praktycznych, to jest przedstawić kryteriów oceny działania, a co za tym idzie kryteriów etycznych i prawnych. Teza ta, pozornie banalna, traci rzekomą banalność, jeśli weźmie się pod uwagę mitologizację metod logicznych (lub, jak niekiedy się twierdzi – pozornie logicznych, w szczególności „logiki deontycznej”) przez pozytywistycznie i analitycznie zorientowaną teorię prawa. Doktorant sięga w

szczególności do krytyki jaką filozofia analityczna została poddana z perspektywy koncepcji gier językowych Ludwiga Wittgensteina, następnie dużo miejsca poświęca argumentacyjnym i retorycznym koncepcjom prawa wprowadzającym treściowe, a także etyczne kryteria racjonalności dyskursu. Doktorant chce, jak się wydaje, już na tym etapie analizy unikać etycznego relatywizmu. Podkreśla znaczenie egzystencjalnego zaangażowania w argumentację i wiary w sądy etyczne, na poparcie których przedstawia się argumenty, a także znaczenie współczesnej retoryki (Chaim Perelman, Stephen Toulmin) jako praktyki tworzenia i ugruntowania wartości. Założenia i kierunek argumentacji Doktoranta są niewątpliwie słuszne. Niedostatkim jest jednak niedostrzeżenie, że „zafiksowanie” na języku i logice formalnej to problem XX wieku, nie sposób więc, w szczególności, zgodzić się z twierdzeniem Doktoranta, że dopiero w połowie XX wieku zaczęto zdawać sobie sprawę, że metody formalne w logice mają swoje ograniczenia. Krytyka Wittgensteinowska, logiki intencjonalne, kontekstualne itd. to swego rodzaju „wewnętrzna” krytyka filozofii analitycznej, wyznaczona przez tematy, które sama narzuciła. Wcześniej, jak wykazał choćby Hans-Georg Gadamer, oczywiste było, że o wadze argumentu nie decyduje wyłącznie jego wartość formalno-logiczna, lecz również treściowa, argumentacja służyła budowaniu wspólnoty estetycznej, etycznej i politycznej. Szkoda, że Doktorant nie dostrzegł tego aspektu np. w koncepcjach Arystotelesa.

Drugi rozdział poświęcony jest, stwierdza Doktorant, ewolucji debaty pozytywistyczno-prawnej i tak też jest zatytułowany. Doktorant wskazuje w nim poglądy najważniejszych przedstawicieli pozytywizmu prawniczego i kierunku formalnego prawa naturalnego, a w szczególności zarysowuje najistotniejsze elementy debaty Lona Fullera z Herbertem Hartem, debacie tej poświęcony jest w szczególności podrozdział drugi. Doktorant dokonuje na ogół prawidłowej rekonstrukcji i interpretacji przedstawianych poglądów, chociaż można wskazać pewne punkty, które powinny być lepiej wyjaśnione. Stwierdza na przykład, że Fullerowska „Wewnętrzna moralność prawa jest bardziej moralnością aspiracji”. Tymczasem należało wskazać, że Fuller używa pojęcia moralności aspiracji w dwóch znaczeniach: na określenie wszelkiej moralności teleologicznej oraz w znaczeniu bardziej tradycyjnym: na określenie poglądów moralnych która jako cel przyjmują realizację określonych sposobów życia (projektów dobrego życia, jak powie John Rawls). W tym pierwszym znaczeniu wewnętrzna moralność prawa jest moralnością aspiracji, ponieważ jej zasady, mające stanowić kryterium oceny prawa pozytywnego, prawo to może realizować w różnym stopniu. W drugim znaczeniu wewnętrzna moralność prawa nie jest, niewątpliwie, moralnością aspiracji, lecz obowiązku. Inna rzecz, że Fullera jako wartość przyjmuje pewną koncepcja podmiotu – liberalnego w

„tradycyjnym” znaczeniu tego słowa, to jest podmiotu racjonalnego, samoświadomego i posiadającego prawa o określonej treści. Kwestie tego typu powinny być przez Doktoranta dokładniej wyjaśnione, nawet jeśli jest ich świadomy.

Podobnie nie do końca jasne, w kontekście prowadzonych rozważań, jest pojęcie pozytywizmu prawniczego. Doktorant często wskazuje, że sami pozytywiści odchodzą wprost lub w sposób dorozumiany od tezy o separacji, a także że „metoda dedukcyjna” stosowania prawa czy konceptualizm metodologicznych nie stanowią cech definiujących pozytywizm. W interpretacji tych trafnych spostrzeżeń pomogłoby dokładne wskazanie, co Doktorant rozumienie przez pozytywizm – czy teorię naukową, czy też pewien typ myślenia prawniczego, ewentualnie wittgensteinowską rodzinę teorii. W pierwszym wypadku teza o separacji definiuje pozytywizm, w drugim jest jednym z elementów określających typ idealny pozytywizmu prawniczego lub istotnym podobieństwem „rodzinnym”. Doktorant mógł w tym zakresie sięgnąć choćby do rozważań Carla Schmitta na temat pozytywizmu zawartych w pracy *Trzy typy myślenia o prawie*.

Pewne zastrzeżenie budzi też systematyka rozdziału. Rozdział jest podzielony na pięć podrozdziałów: *Argumentacja moralna na wybranych przykładach*, *Znaczenie argumentacji w debacie Hart – Fuller*, *Argumentacja a ewolucja dyskursu pozytywistycznoprawnego*, *Argumentacja a akceptacja w debacie*, *Argumentacja moralna a teza o separacji*. Kryterium podziału nie jest jednak jasne, w szczególności zbędne jest wyodrębnienie podrozdziału pierwszego, przykłady w nim zawarte mogły znaleźć się w pozostałych podrozdziałach. W rezultacie we wszystkich podrozdziałach znajdujemy podobne rozważania i argumenty. Odwołanie historyczno-prawne po raz pierwszy spotykamy dopiero w podrozdziale trzecim. Rozważania zyskałyby gdyby Doktorant zastosował np. systematykę typowo historyczno-prawną i wyróżnił np. podrozdziały dotyczące debat: Hart – Devlin, Hart – Fuller, Raz – Fuller, Dworkin-Hart. Mógłby również zastosować systematykę odwołującą się do najistotniejszych problemów które ujawniały się w ewolucji debaty pozytywistyczno-prawnej na temat prawa naturalnego, to jest kwestii zasięgu jurydykacji postulatów etycznych (debata Hart – Devlin), minimum prawa natury (debata Hart – Fuller), moralnej wartości prawa jako instytucji (debata Raz – Fuller), kwestii prawnego charakteru podstawowych wartości moralnych (debata Dworkin-Hart).

Rozdział III nosi tytuł *Pozytywistyczne postawy wobec tezy o separacji*. Kryterium wyróżnienia podrozdziałów ma charakter, jak można przyjąć, podmiotowo-problemowy, Doktorant w każdym z nich odwołuje się do określonego problemu ujawnionego w filozofii prawa lub po

prostu do określonego dzieła filozoficzno-prawnego i związanych z nim komentarzy i interpretacji. Dzięki temu, Doktorantowi udało się uzyskać większą spójność narracji, w tej części doktoratu Doktorant wypowiada się w sposób dość jasny, a jego wywody nie są tak hermetyczne w niektórych innych miejscach pracy. Rozważania rozpoczyna podrozdział *Argumentacja a polityczność prawa – stanowisko realistyczne i moralistyczne*. Doktorant wyróżnia dwa typy filozofii polityki – normatywną i opisową, ta pierwsza, jak wskazuje, chce do sfery politycznej stosować reguły moralne, druga, opisywać zachodzące w niej zjawiska. Założenie to, oczywiście stanowiące z punktu widzenia teoretyczno-politycznego duże uproszczenie, jest jednak na poziomie wywodu, o którym przesądza temat doktoratu poprawne i wystarczające. Doktorant koncentruje się na pierwszym typie filozofii polityki, odwołuje się głównie do dokonanej przez Tomasza Gizberta – Studnickiego interpretacji problemu polityczności prawa, a w szczególności polityczności współczesnego pozytywizmu prawniczego. Na tej podstawie przyjmuje tezy, że pozytywizm prawniczy Harta wykazuje związek z filozofią polityki w tym sensie, że zawiera pewne założenia co do sposobu funkcjonowania państwa i jego agend, a także artykułuje minimum prawa natury, jest jednak niezależny od przesądzeń moralno-politycznych w tym znaczeniu, że wewnętrzny punkt widzenia można przyjąć jako konwencję, oczekiwanie co do zachowań innych. Przyjęcie takiego stanowiska, poparte autorytetem, jest oczywiście dopuszczalne i w zupełności wystarcza na potrzeby wywodu prowadzonego w doktoracie. Wywód ten zyskałby jednak, gdyby Doktorant dostrzegł szersze spektrum problemów związanych w analizą dyskursu prawniczego, w tym dyskursu pozytywizmu prawniczego, a w szczególności wyartykułowane w nim typy ideologii politycznych. Pozwoliłoby to usytuować zawarte w analizowanych dyskursach przesądzenia moralne i instytucjonalne, lub ich pozorny brak w szerszym kontekście filozoficzno-politycznym i zinterpretować daną koncepcję np. jako wyraz liberalizmu „klasycznego” (Hart) lub liberalizmu który odchodzi od podstawowych założeń liberalnych (Dworkin). Takie analizy są obecnie prowadzone zarówno z punktu widzenia lewicowego jak również konserwatywno-liberalnego i konserwatywnego. Wciąż jednak zdają się sytuować w bocznym nurcie filozofii prawa, nie można więc czynić Doktorantowi zarzutu, że drogą tą nie poszedł.

Kolejne podrozdziały dotyczą formuły Gustava Radbrucha (Doktorant odwołuje się głównie do jej interpretacji przedstawionej przez Harta), następnie moralnego znaczenia dostrzeżonej przez Harta systemowości prawa. W jednym z podrozdziałów przedstawiona są, na ogólnym poziomie, różne elementy koncepcji Jeremy’ego Benthama. Warto zwrócić uwagę na

podrozdziały 5 i 6. Doktorant zestawia w nich koncepcję Herberta Harta i Hansa Kelsena, odwołuje się też do koncepcji post-pozytywizmu i nie-pozytywizmu. Przeprowadza w nich poprawną rekonstrukcję współczesnej dyskusji nad pozytywizmem prawniczym, chociaż, co należy zauważyć, pozostaje wyraźnie w jej ramach, nie odnotowując argumentów, które można zgłosić z pozycji filozoficznych i teoretycznych innych niż dostrzeżone przez samych pozytywistów. Trudno jednak czynić mu na tej podstawie zarzutu, skoro tak właśnie we współczesnej filozofii prawa jej przedmiot zakreslili sami dyskutanci.

Rozdział IV nosi tytuł *Dyskurs w debatach*. Jego przedmiotem jest prezentacja i analiza istoty koncepcji Lona Fullera dokonana w kontekście polemiki z zarzutami Herberta Harta, Ronalda Dworkina, Marshalla Cohena i Josepha Raz. Tytuł nie jest więc w pełni adekwatny do treści. Tym niemniej, analiza i interpretacja prowadzona jest w sposób poprawny i jasny, a momentami przenikliwy. Narracja wyrażająca się w porządku podrozdziałów prowadzona jest, w zasadzie, w porządku chronologicznym debaty nad koncepcją Fullera, co odpowiada, jak wykazuje Doktorant, również porządkowi problemowemu. Pierwszy rozdział dotyczy prac Fullera z lat 1956-1958, w których, w polemice z Hartem artykułował on swoje podstawowe kategorie, w szczególności zewnętrznej i wewnętrznej moralności prawa. Druga dotyczy postawionego przez Fullera Hartowi zarzutu powierzchownego potraktowania problemu uznaniowości i interpretacji tekstu prawnego. Szczególne znaczenie ma podrozdział czwarty, w którym Doktorant prezentuje i interpretuje podstawowe tezy Fullera wyłożone w *Morality of Law*, a także polemikę z tym dziełem prowadzoną przez Harta. Doktorant podkreśla przede wszystkim „podwójne” znaczenie ośmiu zasad wewnętrznej moralności prawa – prakseologiczne i moralne. Zauważa, że ten drugi aspekt wynika z określonych założeń co do wartości ludzkiej podmiotowości (w szczególności ludzkiej sprawczości), a zarazem, że zasady wewnętrznej moralności prawa pozwalają wartość tę chronić. Doktorant, chociaż w wielu miejscach stara się być wobec Fullera krytyczny, nie kryje, że w tej polemice stoi po jego stronie, wskazując, że Hart ani nie docenił w pełni moralnego potencjału zasad wewnętrznej moralności prawa, ani nie dostrzegł nierozzerwalnie z nią związanej wagi problemu aksjologii podmiotu. Jasne zajęcie takiego stanowiska, podbudowane argumentacją wyprowadzoną z przekonującej egzegezy tekstów filozoficzno-prawnych stanowi o naukowej wartości rozważań Doktoranta.

Ostateczne rozwinięcie tej argumentacji ma miejsce w podrozdziale 4, w którym Doktorant odwołuje się przede wszystkim do pracy Fullera z 1965 r. stanowiącej odpowiedź na krytykę Dworkina i Cohena. Argumentom tym Doktorantów Doktorant nie poświęca dużo uwagi,

najistotniejsza dla niego jest odpowiedź Fullera, w której ten niejako podsumowuje zarówno swoje rozumienie wewnętrznej moralności prawa, jak i jej znaczenie dla przypisaniu prawu istotnej wartości dla uznania wartości jednostkowego podmiotu. Doktorant w całości podziela tezę, że istnienie głęboko niesprawiedliwych reżimów politycznych respektujących jednak prawo naturalne w sensie formalnym jest logicznie możliwe, lecz niemożliwe do potwierdzenia w sensie historycznym i psychologicznym, a także, że stopniowalność spełniania wymogów wewnętrznej moralności prawa przez konkretne systemy prawne nie odbiera im charakteru cech definicyjnych prawa. Na tym tle Doktorant zarysowuje problemy i paradoksy w które wikła się pozytywizm: w przypadku Harta paradoksem takim jest zaprzeczenie, że prawo sprowadza się do wyrazu „woli” władzy, a zarazem koncentrowanie się na świadomości grupy roszczącej sobie prawo do identyfikacji reguły uznania, w przypadku Raza – dostrzeżenie, że od realizacji, choćby na minimalnym poziomie, wewnętrznej moralności prawa zależy istnienie prawa jako instytucji i (jako warunek konieczny) upodmiotowienia adresatów norm prawnych, a zarazem odmówienie tym zasadom charakteru moralnego, w konsekwencji zaś zaprzeczenie, że posługiwanie się prawem ma charakter moralnego wyboru.

Doktorant dostrzega, że Fuller, wychodząc od ideału wewnętrznej moralności prawa, wyjść musi poza jurysprudence w kierunku politycznego ideału upodmiotowienia rządzonych, co wyraża jego idea wzajemności relacji między władzą a obywatelami. Warto zwrócić uwagę na odwołanie się do Fullerowskich rozważań na temat różnicy między prawem a kierowaniem, ze szczególnym podkreśleniem nieinstrumentalnego charakteru zasad wewnętrznej moralności prawa. Podkreślić należy w tym miejscu, że na te same konstytutywne cechy prawa zwrócili uwagę tacy autorzy jak Michael Oakeshott kreślący ideę stanu obywatelskiego jako warunku indywidualnej aktywności o charakterze celowo-racjonalnym oraz Pierre Legendre odróżniając prawo jako fundamentalną dla kształtowania się podmiotu praktykę symboliczną od zarządzania. Dla celów pracy doktorskiej w zupełności wystarczające było jednak omówienie tego niezwykle istotnego problemu poprzez odwołanie się do wywodów Lona Fullera.

Raz jeszcze należy podkreślić aktualność problematyki poruszonej w doktoracie. Doświadczenie ostatnich lat ponownie ujawniło znaczenie zasad wewnętrznej moralności prawa oraz tezy o moralnej wartości posługiwania się prawem jako narzędziem kontroli społecznej. Znaczenie to było, być może, nieco zapoznane w rzekomo post-politycznej epoce triumfującego, jak by się wydawało, liberalizmu. W czasach określanych jako post-liberalne, gdy ograniczania lub wręcz odbieranie praw podmiotowych uzasadnia się rzekomo obiektywnymi, nie podlegającymi dyskusji względami: ekologicznymi, sanitarnymi,

antyterrorystycznymi lub też po prostu rzekomą niezdolnością współczesnego człowieka do samostanowienia, wykazanie, że praktyka, by mogła nazywać się prawem, musi spełniać pewne definicyjne warunki co do uznania ludzkiej podmiotowości jest co najmniej tak samo ważne jak na przełomie lat 50-tych i 60-tych XX wieku, w obliczu ekspansji totalitaryzmu marksistowsko-leninowskiego.

Również jednak te części pracy zyskałyby na dopracowaniu warsztatowym. Zastrzeżenie budzi przede wszystkim prowadzenie na s. 130-132 narracji poprzez odwołaniem się, jak wskazuje Doktorant, do Fullerowskiego „eseju z 1968 r. na temat wolności” bez umieszczenia przypisu, z kolei na s. 144 Doktorant odwołuje się do „dokumentów roboczych Fullera i prywatnej korespondencji”, nie wskazując o jakie dokumenty chodzi.

Zakończenie napisane jest w sposób jasny i logiczny. Zauważyć należy, że nie ma ono jednak wyłącznie charakteru podsumowującego, Doktorant prowadzi w nim wiele odwołań do literatury. Konkretyzuje w nim przede wszystkim przedmiot pracy, czyli analizę koncepcji Lona Fullera. Praca kończy się rozważaniami nad Fullerowską ideą eunomiki jako ideału moralnego i politycznego którego warunkiem jest realizacja zasad wewnętrznej moralności prawa. Pracę kończy więc „mocny akcent” i swoiste zaproszenie do wyjścia poza teorię i filozofię prawa ku etyce i filozofii polityki.

Recenzowana praca przynosi wartościowy poznawczo wgląd we współczesną dyskusję na temat prawa i moralności, a w szczególności koncepcję Lona Fullera oraz najwybitniejszych przedstawicieli anglosaskiego pozytywizmu. Praca ma wprawdzie sygnalizowane już słabości, dodać należy do nich miejscami dość idiosynkratyczny język pracy, który jednak, co trzeba zauważyć, nie powoduje jej niezrozumiałości, a wydaje się wskazywać na osobiste zaangażowanie i wniknięcie Doktoranta w rozważaną materię. Nie zmienia to faktu, że Doktorant prawidłowo identyfikuje podstawowe zagadnienia wybranego tematu, potrafi prowadzić wieloaspektowe analizy, a także dokonywać hermeneutycznego wniknięcia w analizowane koncepcje, w szczególności zaś w prowadzone polemiki. Doktorant dostrzega też w rozważaniach i sporach prowadzonych w latach 50-tych i 60-tych XX wieku problemy jak najbardziej aktualne, takie jak samoistna moralna wartość używania prawa jako metody kontroli społecznej, warunki zachowania przez prawo instytucjonalnego charakteru, znaczenie wewnętrznej moralności prawa dla zachowania idei podmiotu jako wartości prawnej i politycznej.

Recenzowana praca stanowi oryginalne rozwiązanie problemu naukowego, wskazuje, że Doktorant prezentuje ogólną wiedzę teoretyczną z dziedziny prawoznawstwa oraz umiejętność samodzielnego prowadzenia pracy naukowej. Jednoznacznie stwierdzam więc, że stanowi podstawę do nadania Doktorantowi stopnia doktora nauk prawnych. Wnoszę więc o dopuszczenie Doktoranta do jej obrony.

Arctadiusz Banit