

Marek Zirk-Sadowski

POZYTYWIZM PRAWNICZY A FILOZOFICZNA OPOZYCJA PODMIOTU I PRZEDMIOTU POZNANIA

1. W procesie wylaniania się w Polsce wymiaru sprawiedliwości jako trzeciej władzy można zaobserwować zakłócenia. Akceptowanie zasady podziału władz jest oczywiście powszechne, ale wyraźne różnice ujawniają się w dyskusjach na temat roli wspólnoty sędziowskiej w sprawowaniu tej władzy. Powszechne jest jeszcze widzenie sądów jako specyficznego resortu władzy wykonawczej, w którym sędziowie korzystają z przywileju niezawisłości, bo zapewnią on obiektywne stosowanie prawa. Prawie dosłownie traktuje się tezę Monteskiusza:

„Sędziowie narodu to są jedynie usta, które wygłaszają brzmienie praw; nieożywione istoty, które nie mogą złągodzić ani ich siły, ani samowoli”¹.

Polska kultura prawna jest zdominowana przez model myślenia o prawie charakterystyczny dla pierwotnego pozytywizmu prawnego, który w roli sędziego dostrzega przede wszystkim delegata suwerena. Jeśli tylko sędzia jest legitymowany w sprawowaniu swej władzy, to każde jego działanie musi być traktowane jako działanie suwerena. Z reguły koncepcję tę uzupełnia się stawianym prawu wymogiem ochrony praw człowieka lub zawierania w sobie minimum prawa natury.

Trzymając się tej drogi myślenia, można powiedzieć, że środowisko sędziowskie staje się niemal automatycznie miarą sprawiedliwości tylko przez samo przekazanie mu odpowiedniej części władzy suwerena. Chciałbym, oczywiście tylko w zarysie, uzasadnić tezę, że sprawowanie wymiaru sprawiedliwości wymaga również osiągnięcia przez wspólnotę sędziowską pewnej jakości etycznej. Niniejszy artykuł nie ma jednak na celu udzielania bezpośrednich wskazówek moralnych, ale wykazanie, że tylko dokładne zbadanie sposobu poznawania prawa przez sędziów, wystarczy do uzasadnienia tej tezy.

2. Uproszczony sposób postrzegania roli sędziów jest w dużym stopniu następstwem pozytywistycznego modelu teorii prawa, który upowszechnił się w polskiej kulturze prawnej oraz w dużym stopniu w kulturze politycznej, a który traktuje

¹ Monteskiusz, *O duchu prawu*, t. 1, Warszawa 1957, s. 243.

prawo jako rodzaj obiektu całkowicie zewnętrzny i niezależny od sędziów oraz poznawanego w gruncie rzeczy tak jak każdy obiekt naturalny.

Pozytywizm prawniczy ujmowany jako doktryna prawnicza niemal programowo jest antymetafizyczny². Głównym zarzutem, który stawia koncepcjom prawa natury, to właśnie opieranie się przez nie na założeniach filozoficznych, które zagrażają legalizmowi prawa pozytywnego i równości wobec prawa.

Orzeczenie sądu ostatecznie opiera się na autorytecie instancji. Wprowadzenie zatem do dyskursu prawnego wyrażnych założeń metafizycznych, opowiedzenie się za jakimś stanowiskiem w sporach filozoficznych byłoby zagrożeniem dla równości wobec prawa. Bezpośrednie narzucenie przez autorytet prawa lub autorytet sądu określonego stanowiska filozoficznego powodowałoby, że ci, którzy go nie podzielają, byłiby przez prawo lub sąd inaczej traktowani niż ci, którzy je podzielają. Pozytywiści w dyskursie prawniczym i w samych tekstach prawnych unikają zatem wyraźnego i jednoznacznego zajmowania stanowisk filozoficznych. Sam pozytywizm wprowadza jednak do prawoznawstwa koncepcję epistemologiczną, która wyraźnie opiera się na kartezyjskim modelu epistemologicznym.

Opierał się on na przeciwstawieniu podmiotu zewnętrznemu porządkowi przedmiotów. Podmiot pozostawał w relacji poznawczej do przedmiotu. Język jako środek poznawczy ograniczony był tylko do swej funkcji denotacyjnej, jego zadaniem ograniczało się do uzewnętrzniania przedstawień zawartych w świadomości poznającego podmiotu.

Taki model poznania, w którym zasadnicza jest opozycja podmiot – przedmiot, a język odgrywa rolę medium, dominuje do dzisiaj w powszechnym dla naszej kultury „naturalnym nastawieniu” do świata³. Opiera się ono na założeniach, które w sumie składają się na poczucie oczywistości poznawczej. Kilka z nich jest najbardziej charakterystycznych⁴. Podstawowe z tych założeń stwierdza, że bytowanie jest przedmiotowe, a przedmiotowość jest niezależna i pierwotna względem poznania. Poznanie stanowi zatem rezultat oddziaływania przedmiotu na podmiot. Kolejne założenie, to przekonanie, że poznanie jest wynikiem poznawczej aktywności podmiotu w obiektywnym porządku. Ponieważ różnie ujmowano ów obiektywny porządek, to różnie przedstawiano samą aktywność poznawczą podmiotu.

„Jeśli porządek obiektywny pojmowano jako przyczynowo-skutkowy, to obserwację i eksperyment uważano za te formy aktywności podmiotu poznającego, które umożliwiają mu wniknięcie w przedmiotowość; gdy porządek obiektywny rozumiano jako ład racjonalny, jako *logos* świata, to za jedyny sposób, w jaki poznanie w nim bierze udział, uznawano aktywność myślową, intuicyjno-dyskursywną; wreszcie także wtedy, kiedy porządek obiektywny traktowano jako irracjonalny strumień życia, to wskazywano na

² Doktrynę pozytywizmu prawniczego należy odróżniać od metody pozytywistycznej, stanowiącej technikę pracy prawnika.

³ K. Jaspers, *Krytyka pozytywizmu i idealizmu* [w:] *Filozofia egzystencjalna*, red. L. Kolański, K. Pomian, Warszawa 1965, s. 146.

⁴ Wskazuje na nie B. Tuchanśka w swej pracy *Problem poznania jako pytanie ontologiczne* [w:] *Racjonalność, nauka, społeczeństwo*, red. H. Kozakiewicz, E. Mokrzycki, M.J. Siemek, Warszawa 1989, s. 242–243.

empatię lub na pozaintelektualną intuicję jako na te media, które umożliwiają po-znawczy kontakt z obiektywnością”⁵.

Obiektywność prowadzi zatem do trzeciego założenia „naturalnego poznania”, do przesądzenia o zawsze niecałościowym charakterze przedmiotu poznania. Przedmiot jest poznawany przez odniesienie go do tego, co od niego „inne”, a zatem nie można poznać totalnie, całościowo. Poznanie i podmiot poznawczy zawsze pozna je w odniesieniu do tego, co wobec przedmiotu pozna-nia zewnętrzne.

3. Taki model poznawania prawa, oparty na opozycji podmiotu i przedmiotu poznania, był wyraźnie widoczny w pierwszej fazie rozwoju pozytywizmu, który można z tego względu nazwać pozytywizmem pierwotnym, a którego dobrym przykładem był pozytywizm J. Austina⁶. Prawo może być przedmiotem zewnętrznym w stosunku do poznającego je prawnika dzięki pewnym wydarzeniom społecznym. Dokładniej rzecz ujmując, dzięki powstaniu w społeczeństwie politycznym autorytetu zwanego suwerenem, na którego polecenia członkowie tego społeczeństwa reagują posłuszeństwem. Obserwowanie społecznych przejawów tego posłuszeństwa pozwala na wyodrębnienie prawa jako zewnętrznego wobec prawnika przedmiotu poznania i następnie zrekonstruowanie jego pojęciowej struktury. Owa pojęciowa struktura prawa jest odkrywana w drodze indukcji w taki sam sposób, jak struktura świata naturalnego. W takim modelu poznawania prawa nie można dostrzec sytuacji braku zdefiniowania decyzji sędziowskich przez prawo. Mogą one być co najwyżej jedynie przejściowym objawem niezakończoności procesu racjonalnego poznawania prawa.

4. Do podważenia tego modelu poznawania prawa w ramach pozytywizmu prawniczego nigdy w zasadzie nie doszło, choć został on znacznie zmodyfikowany dzięki filozofii analitycznej. Dokonała się mianowicie zmiana roli języka w modelu poznawania prawa.

Wyrafinowany pozytywizm prawniczy, reprezentowany przede wszystkim przez Harta, zrezygnował z naturalistycznego obrazu relacji podmiotu i przedmiotu poznania jako przyczynowo-skutkowego oddziaływania przedmiotu na podmiot. Podobnie jak w poprzedniej wersji pozytywizmu, utrzymał założenie o oddzieleniu podmiotu i przedmiotu poznania. Wyrafinowany pozytywizm wyodrębnił prawo jako obiekt poznania za pomocą kryterium komunikacyjnego. Skoro o odróżnieniu normy prawnej od reguł etykiety decyduje tzw. wewnętrzny punkt widzenia, to w takim razie teoria społeczeństwa, którą buduje ta wersja pozytywizmu dla celów epistemologicznych, jest w dużym stopniu teorią pewnej wspólnoty komunikacyjnej. Kryterium normatywne istnieje przecież w aktach mowy, reguły pierwotne nie muszą być efektywne, ale obywatelom muszą wobec nich zachować wewnętrzny punkt widzenia. Prawo nie jest zatem prostym obiektem natu-

⁵ Jw., s. 243.

⁶ Jw., s. 243.

⁷ Por. M. Zirk-Sadowski, *Prawo a uczestniczenie w kulturze*, Łódź 1998, s. 17–20.

ralnym, tak jak to było w pierwotnym pozytywizmie. Poznanie prawa musi być zapośredniczone przez mowę.

Choć prawo nie jest całkowicie redukwalne do języka, to jednak dla wyrafinowanego pozytywizmu z istoty swej stanowi fenomen językowy. Jego odtworzenie i zrozumienie jest niezbędne dla posługiwania się prawem.

Rezygnując z naturalizmu w ujęciu prawa, wyrafinowany pozytywizm wprowadził rozróżnienie pomiędzy zewnętrznym i wewnętrznym aspektem reguły obligującej. Ponieważ prawo jest rodzajem reguł obligujących, również w stosunku do prawa można zająć postawę zewnętrzną i wewnętrzną. Zewnętrzność nie oznacza tutaj pozycji zewnętrznego obserwatora, dla którego prawo jest takim samym obiektem jak przedmioty naturalne. Wyodrębnienie prawa jako przedmiotu poznania możliwe jest tylko za pośrednictwem języka, prawo to przedmiot znaczący. Zewnętrzność i wewnętrzność prawa są aspektami znaczenia prawa, a nie jakiegoś naturalnego obiektu.

Jest to rozróżnienie istotne dla zrozumienia prawa i społeczeństwa. O zewnętrznym punkcie widzenia mówimy wówczas, gdy mamy do czynienia z regułami wyłączenie jako obserwator, który sam ich nie akceptuje, natomiast wewnętrzny punkt widzenia pojawia się w momencie, gdy akceptujemy regułę i uznajemy ją za wiążącą. Hart odrzuca przy tym emocjonalną interpretację wewnętrznego ujęcia reguły, uznając, że uczucia nie są ani potrzebne, ani wystarczające dla istnienia wiążących norm. Powstaje jednak pytanie, czy doznając normy z punktu widzenia wewnętrznego, możemy być wobec niej zdystansowani i poddać ją krytyce lub się do niej nie stosować⁸.

Zdaniem MacCormicka, należy odróżnić w wewnętrznym punkcie widzenia aspekt poznawczy i wolicjonalny⁹. Poznawczy wewnętrznym punkt widzenia jest charakterystyczny dla tych, którzy należąc do grupy nie traktują danej reguły jako własnej. Jest on możliwy dzięki istnieniu w odniesieniu do danej normy wolicjonalnego punktu widzenia u innych członków grupy, którzy traktują regułę jako swoją i emocjonalnie ją popierają. MacCormick wskazuje zatem, że nie stosunek emocjonalny do normy, ale odmienność jej sposobu rozumienia przez członka grupy i *outsidera* decyduje o zdolności do wewnętrznego punktu widzenia¹⁰. W gruncie rzeczy sytuacja społeczna decyduje o zdolności do wewnętrznego punktu widzenia. MacCormick, wprowadzając rozróżnienie eksternalnego punktu widzenia oraz poznawczego i wolicjonalnego wewnętrznego punktu widzenia, kontynuuje rozważania Harta, chroniąc rolę prostych faktów społecznych w rozumieniu prawa.

Prawo jest zatem również w wyrafinowanym pozytywizmie poznawane w relacji poznawczej podmiot – przedmiot. W pierwotnym pozytywizmie prawo było poznawane bezpośrednio, dzięki wyodrębnieniu aktów woli nazywanych prawem. W wyrafinowanym pozytywizmie niemożliwe jest bezpośrednie poznanie aktów woli składających się na prawo. Są one rekonstruowane z języka, w którym pełne

⁸ Por. R. Sarkowicz, *Poziomowa interpretacja tekstu prawnego*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 1995, s. 99.

⁹ N. MacCormick, *On the „Internal Aspects of Norms”* [w:] *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978, s. 289.

¹⁰ Por. jw., s. 291.

uczestnictwo jest możliwe dzięki przynależeniu do pewnej grupy. Akt woli nie jest zatem poznawany w relacji społecznej bezpośredniego podporządkowania się suwerenowi, ale jest znaczeniem tworzonym przez pewnego typu społeczności. W istocie jednak również w wyrafinowanym pozytywizmie relacja poznawcza podmiot – przedmiot pozostaje niezagrożona. Prawo jest poznawane jako oddzielny od podmiotu przedmiot, gdyż do poznania prawa poprzez język wystarczyć spełnienie przez podmiot pewnych kryteriów społecznych.

Dzięki sprowadzeniu wewnętrznego punktu widzenia do elementu wolicjonalnego, uczestniczenie w kulturze prawnej pozwala przedmiotowi poznawanemu zachować autonomię w stosunku do podmiotu. Element wolicjonalny pozwala odrzucić tezę, że akt poznawania prawa jest jednocześnie aktem konstytuowania prawa. Jego wprowadzenie do wewnętrznego punktu widzenia jest w gruncie rzeczy decyzją o akceptacji reguły, która nie ma wpływu na jej treść. Dzięki elementowi wolicjonalnemu reguła staje się czynnikiem stymulującym postępowanie podmiotu, momentem praktycznego działania. Hart i MacCormick unikają ingerowania w sens reguły, sprowadzając problemy prawne do społecznych kryteriów jej akceptacji.

Wprowadzenie języka naturalnego jako medium, w którym prawo się ukazuje i w ramach którego musi być badane, ujawniło problem dyskrecjonalności sądowniczej.

Posługując się analityczną koncepcją prawa, Hart nie mógł nie zauważyć, że tekst prawny sformułowany w języku naturalnym charakteryzuje się często potencjalną nieostrością, gdyż jego znaczenie uzależnione jest od kontekstu, w którym ten tekst analizujemy. Nawet najlepszy prawodawca nie jest w stanie ustrzeć prawa przed tym niebezpieczeństwem. Zawsze bowiem może pojawić się nieprzewidziany kontekst, w którym nie będziemy wiedzieli, czy należy do zakresu nazw użytych w normie, czy też nie. Otwarta tekstowość nie jest zatem tym samym co nieostrość, bo nawet dla dobrze określonych terminów może potencjalnie pojawić się nowa sytuacja, a wtedy trzeba będzie rozstrzygnąć o jego stosowności w odniesieniu do niej.

Otwarta tekstowość, jako cecha immanentna języka naturalnego, powoduje, że przypadek nie jest objęty w jasny sposób regułą prawną. Dopóki sędzia nie usunie otwartej tekstowości przez decyzję interpretacyjną, sprawa nie może być rozstrzygnięta poprzez zastosowanie prawa. Zdaniem Harta, gdy normy prawne wykazują „otwartą strukturę” – czyli posługują się wyrażeniami nieostrymi, cennymi lub klauzulami generalnymi – albo gdy dany stan faktyczny w ogóle nie znajduje uregulowania prawnego, decyzja prawna zostaje oparta na pozaprawnych wartościowaniach. Sędzia jest wówczas w sytuacji dyskrecjonalności, działa „wedle swego uznania”, co oznacza sięgnięcie poza prawo w poszukiwaniu standardu innego rodzaju, który pozwoliłby mu na stworzenie nowej reguły albo uzupełnienie starej.

5. W sytuacji otwartej tekstowości reguła zawarta w tekście prawnym nie determinuje ostatecznie rozstrzygnięcia sędziowskiego. W zupełnie nowej sytuacji użycia reguły prawnej, to sam sędzia musi „domknąć” znaczenie użytego w niej terminu, rozstrzygnąć, czy obejmuje on swym unormowaniem daną sytuację.

Problemu tego nie mógł zauważyć pierwotny pozytywizm. Skoro nie dostrzegaliśmy roli języka naturalnego w poznaniu prawa, to doktryna sędziowska jako reprezentanta suwerena była wystarczająca dla uzasadnienia legalności wszystkich jego decyzji.

Stwierdzenie, że ktoś ma obowiązek prawny, oznacza w koncepcji Harta, że znajdując się on w sytuacji, która podpada pod obowiązującą regułę prawną, wymagającą od niego określonego działania lub zaniechania. W przypadku nieistnienia obowiązującej reguły prawnej, nie można mówić o istnieniu prawnego obowiązku.

Wynika z tego, że sędzia orzekając w danej sprawie wedle swego uznania, nie egzekwuje istniejącego w sprawie obowiązku prawnego. Pojawia się ona wówczas, gdy z jakiegoś powodu normy nie mogą być stosowane mechanicznie, lecz wymagają dokonania oceny sytuacji, gdy kontekst zastosowania normy nie jest dostatecznie jasny. Sędziowie nie mogą wówczas „mechanicznie” zastosować reguły prawnej, lecz są zmuszeni podjąć samodzielnie decyzję o zastosowaniu reguły prawnej, co jest konsekwencją otwartej tekstowości jako cechy przynależnej językowi prawnemu. Pozytywizm nie może zatem w takiej sytuacji określić podstaw zdeterminowania decyzji sędziowskiej, a jednocześnie, ze względu na zawartą w nim koncepcję reguły prawnej, wyklucza twórczą rolę prawnika wobec prawa.

Sędzia działa wówczas „wedle swego uznania”, co oznacza sięgnięcie poza prawo w poszukiwaniu standardu innego rodzaju, który pozwoliłby mu na stworzenie nowej reguły albo uzupełnienie starej.

6. W wyrafinowanym pozytywizmie ujawnia się bardzo wyraźnie koszt oparcia modelu poznania prawa na kartezyjskiej opozycji podmiot – przedmiot. Tym kosztem jest sprzeczność pomiędzy brakiem jednoznacznego zdeterminowania decyzji sędziowskiej przez prawo i jednocześnie wykluczeniem twórczej roli prawnika wobec prawa.

Koszt ten może nie jest tak wyraźnie dostrzegany w kulturach prawnych charakteryzujących się ciągłością tradycji, stabilizacją semantyki prawa lub bardzo wolną jej ewolucją. Staje się on natomiast bardzo wysoką ceną w kulturach państw w stanie transformacji, a więc w okresach bezrewolucyjnego przekształcania kultury prawnej. Transformacja oznacza z reguły ciągłość prawa osiąganą głównie przez stosowanie tych samych tekstów prawnych w nowych warunkach ustrojowych i uznawanie praw podmiotowych nabytych uczciwie w okresie poprzedzającym transformację.

Dla prawnika, a w szczególności dla prawnika sędziego zasada ciągłości prawa oznacza konieczność zajęcia aktywnej, twórczej postawy wobec prawa, kolidującej z pozytywistycznym światopoglądem, dominującym w kulturze prawnej. Praktyka prawnicza w warunkach transformacji prawa podważa pozytywistyczną wizję prawnika, poznającego prawo jako zewnętrzny wobec niego obiekt.

Pojawia się zatem rozdzwiele między dominującą doktryną legitymizującą działania prawników a ich faktyczną rolą w kulturze.

7. Wszystkie te uwagi, jak się wydaje, dają się odnieść do wspomnianych w pkt. 1 tej pracy zakłóceń w wyłanianiu się w Polsce wymiaru sprawiedliwości

jako trzeciej władzy w państwie prawa. Badacz stanu polskiej kultury prawnej łatwo zauważy, obecne wśród polityków i prawników, przekonanie, że prawo daje się poznawać podobnie jak obiekty naturalne. Najczęściej poglądy ten przejawia się w tezie, iż powinno się ściśle odróżniać poznanie samego prawa od zajmowanych wobec niego postaw, w szczególności moralnych. Zakłada się mianowicie, że poznanie prawa to relacja wynikająca ze ścisłego oddzielenia podmiotu poznającego i przedmiotu poznania. Podobnie jak w naukach naturalnych, w których obiektywność poznania jest zapewniona przez separowanie tych dwóch członów relacji poznawczej, przyjmuje się, że również w odniesieniu do prawa możliwe jest odróżnienie momentu rozpoznania prawa od czynności poznającego ten obiekt prawnika. Neutralność poznawczą analizy prawnej ma zapewnić redukcja prawa do pewnego tekstu prawnego jako zbioru przepisów prawa, istniejącego niezależnie od czytającego go prawnika.

Dostrzega się oczywiście różnice w odczytaniu tego tekstu przez różnych jego czytelników, ale powszechnie uważa się, że odmienności są spowodowane błędami metodologicznymi, czy brakami w wykształceniu z zakresu jursprudenckiego.

Prawnicy wydają się zatem wyposażeni w specjalną wiedzę umożliwiającą im dotarcie do „obiektywnego”, istniejącego niezależnie od nich znaczenia tekstu prawnego.

Z drugiej strony dostrzega się praktykę sądową, która od takiej wizji prawa znacznie odbiega, bo prawnicy bardzo aktywnie i twórczo konstytuują nowe znaczenie starego prawa.

Upowszechniane przekonanie o poznawaniu prawa jako niezależnego od prawników obiektu koliduje coraz wyraźniej z dostrzeganymi przejawami władzy sędziów nad znaczeniem przypisywanym prawu. Niejednokrotnie ten sam tekst prawny okazuje się źródłem zupełnie innych praw i obowiązków niedostrzegalnych przez praktykę prawniczą poprzedniego ustroju.

Okazuje się zatem, że pozytywizm prawniczy nawet w jego wyrafinowanej formie nie jest w stanie legitymizować dostrzeganej, szczególnie w okresach zmian transformacyjnych, władzy prawników nad sensem prawa.

Jak się wydaje, przełamanie tej sprzeczności, która pojawiła się w kulturze prawnej, wymaga odrzucenia modelu poznawania prawa opartego na opozycji podmiot – przedmiot, która została przedstawiona w pkt. 2 niniejszej pracy.

8. Najbardziej dzisiaj wpływową doktryną prawną rezygnująca z takiej epistemologii jest zawarta w pracach R. Dworkina. Do przewyższenia epistemologii prawniczej opartej na przeciwstawieniu przedmiotu i podmiotu poznającego służy mu wyróżnienie w działaniu systemu prawa norm, dotychczas pomijanych w badaniach pozytywizmu – tzw. zasad (*principles*). Są one szczególnym rodzajem standardów postępowania, które mają być przestrzegane ze względu na to, że domaga się tego sprawiedliwość, uczciwość czy inny aspekt moralności.

Zasady od reguł odróżnia m.in. to, iż są one względem nich bardziej pojemne czy niedookreślone w tym sensie, że wielość różnych reguł da się przedstawić jako egzemplifikacje czy konkretyzacje jednej zasady. Z uwagi na odniesienie do pewnego celu, zamiaru, upoważnienia lub wartości, zasady są uważane za służące ce na akceptację z racji tego, że przyczyniają się do uzasadnienia reguł. Zarówno

zasady, jak i reguły są normami postępowania, gdyż wskazują, kto i w jakich warunkach jak powinien się zachować.

Reguły to normy postępowania, które są stosowane w sposób „wszystko albo nic” (*all-or-nothing fashion*)¹¹. Oznacza to, że w sytuacji faktycznej, w której spełniona jest hipoteza normy, konsekwencje prawne określone w jej dyspozycji powstają, gdy norma obowiązuje, albo nie powstają, gdy norma nie obowiązuje. Reguła jest kompletna w tym sensie, że o jej kompletności i ścisłości decyduje pełne wyliczenie wyjątków od jej stosowania.

Zasady mają charakter pozaprawny, nie wyznaczają więc konsekwencji prawnych, które powinny nastąpić, jeśli zachodzą przewidziane przez tę zasadę okoliczności. Nie wyznaczają normatywnie decyzji organu stosującego prawo. Są argumentem za konkluzją, że powstała pewna konsekwencja prawna. Charakter zasady prawnej według Dworkina ma np. sformułowanie: „Nikt nie może uzyskać korzystniejszej sytuacji prawnej przez działanie niezgodne z prawem lub moralnością”. Zasada ta nie oznacza, że prawo nigdy nikomu nie pozwala czerpać zysku z własnych niegodziwych działań. W takiej sytuacji znajduje się zrywający umowę, który woli zapłacić odszkodowanie, by zawrzeć bardziej korzystny dla siebie kontrakt. Nie traktuje się przez to zasady jako niekompletniej czy nienależącej do systemu prawa, a przykład wyżej podany nie jest wyjątkiem od niej. Zasada wskazuje tylko rację argumentacyjną, którą organ stosujący prawo powinien wziąć po uwagę, nie wyznacza jednak konsekwencji prawnych, które organ ten powinien orzec.

Zasady posiadają zatem wymiar „wagi” albo „ważności” (*dimension of weight or importance*), zaś wszystkie reguły obowiązują w danym porządku normatywnym z jednakową mocą¹². Sposób, w jaki organ stosujący prawo rozstrzygnie kolizję zasad, zależy od wagi, jaką im przypisze w danej sytuacji. Jedna zasada może być wtedy postrzegana jako ważniejsza niż druga. Ważenie zasad nie oznacza derogacji jednej na rzecz drugiej. Mimo kolizji, sąd może nawet dążyć do uwzględnienia obu zasad jednocześnie. Rozstrzygnięcie kolizji zasad wymaga odniesienia do konkretnego stanu faktycznego. Ustalenie relacji zależności opiera się na odpowiedniej argumentacji. Organ stosujący prawo ocenia wagę poszczególnych kolidujących ze sobą zasad i ustala względną relację pierwszeństwa¹³.

Pozytywizm, zdaniem Dworkina, błędnie przyjmuje, że prawo składa się tylko z reguł. W ten sposób sztucznie izoluje prawo, oddzielając je od społecznych struktur normatywnych. Tym, co łączy prawo z normatywnymi strukturami społecznymi, są zasady prawne. Sędzia jest zobowiązany do stosowania reguł prawnych. W sytuacji tzw. trudnego przypadku okazuje się jednak, że reguła może być niewystarczająca do wydania właściwej decyzji, np. okaże się, że zastosowanie reguły naruszy pewność prawa, zaufanie obywateli do państwa lub ich słuszne prawa podmiotowe nabyte. Zdaniem pozytywistów, w takiej sytuacji sędzia musi odwołać się do arbitralnego, uznaniowego rozstrzygnięcia.

¹¹ R. Dworkin, *Is law a system of rules* [w:] *The Philosophy of Law*, ed. R. Dworkin, Oxford 1977, s. 45.

¹² *Ibid.*, s. 47.

¹³ R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, PWN, Warszawa 1998, s. 140.

Zdaniem zaś Dworkina, tak nie jest. Sędzia odwołuje się wówczas do zasad prawnych, które nie obowiązują tak jak reguły, można je respektować do pewnego stopnia i są one swoistym łącznikiem pomiędzy sędzią stosującym reguły a owymi normatywnymi strukturami społecznymi. Prawo składa się zatem z reguł i zasad.

Hartowski sprawdzian rozpoznawania reguły prawa nie nadaje się do określenia wagi zasad. Pozytywistyczna koncepcja obowiązywania odwołuje się do kryterium pochodzenia (*test of pedigree*). O obowiązywaniu normy prawnej decyduje sposób, w jaki ta norma powstała, oraz to, czy spełnia ona odpowiednie wymogi kompetencyjne, tzn. czy da się wywieść z decyzji kompetentnego organu prawotwórczego. Według Dworkina, pochodzenie zasady prawnej nie wynika z określonych decyzji organu ustawodawczego czy sądu, lecz jest wynikiem „poczucia stosowności” (*sense of appropriateness*), rozwiniętego wśród prawników i w kręgach społecznych w długim czasie. Moc ich ważności trwa tak długo, jak długo to poczucie jest podtrzymywane. Dowodu na to, że dana zasada jest zasadą prawną, należy szukać w „instytucjonalnym poparciu” (*institutional support*), które oznacza, że dana zasada *de facto* jest powoływana przez sądy lub stanowiącym dla uregulowań ustawowych. Zasadę taką da się wyodrębnić z wpływających wzajemnie na siebie norm dotyczących odpowiedzialności instytucjonalnej, aktualnej wykładni ustawowej, siły perswazyjnej zbioru precedensów, relacji tych elementów do współczesnych standardów moralnych itd. Składników instytucjonalnego poparcia nie da się ująć w jedną prostą regułę uznania, pozwalającą na bezkolizyjną i pewną identyfikację zasady. Kryterium rozpoznania byłoby tu zbyt złożone, by związek między zasadą a oficjalnymi aktami instytucji prawnych wyrazić w kategoriach reguły.

Okazuje się, że w przypadku zasad (w przeciwieństwie do reguł) nie ma ostrego rozróżnienia między akceptacją a „ważnością”, wobec tego należy odrzucić również pierwszą tezę pozytywizmu o istnieniu powszechnego sprawdzianu prawa. Działanie reguły uznania w przypadku zasad się nie sprawdza. Dworkinowska koncepcja obowiązywania zasad prowadzi również do odrzucenia pozytywistycznej tezy, głoszącej rozdział prawa i moralności (czyli niezależność kryteriów obowiązywania prawa od standardów moralnych), ze względu na tezę instytucjonalnego poparcia, którego elementem są też wartości moralne.

Jak już mówiliśmy wyżej, jedna z tez pozytywizmu stwierdza, że w przypadku wystąpienia w regulach prawa terminów ogólnych i nieostrych znaczeniowo, nie ma właściwej odpowiedzi na określone zagadnienie prawne. Konsekwencją takiego stwierdzenia jest przesądzenie, że skutki prawne reguł prawa ustawowego nie są niczym zdeterminowane, oprócz abstrakcyjnego znaczenia użytych wyrażeń. Jeśli wyrażenia te są nieostre, wykazują otwartą tekstowość, w rezultacie brak jest jednoznacznych kryteriów ustalających skutki prawa pisanego.

Dworkin uważa, że problem ten został źle sformułowany¹⁴. Odrzuca przekonanie, że źródłem rozbieżności w orzeczeniach sędziowskich jest rzeczywisty brak jedynej słusznej odpowiedzi w trudnej sprawie. Dworkin uważa za równie

¹⁴ R. Dworkin, *No Right Answer* [w:] *Law, Morality and Society – Essays in honour of H.L.A. Hart*, Oxford 1977, s. 68.

uprawnioną tezę, że jedynie brak odpowiedniej metody jej odkrycia oraz wadliwość technik orzekania powodują niemożność osiągnięcia zgody wśród sędziów.

Według Dworkina, nie ma żadnych decydujących argumentów, które dowiodłyby, że w trudnych sprawach, gdy ważymy zasady, nie ma jednego właściwego rozstrzygnięcia. W naszej kulturze prawnej istnieje natomiast bardzo silne przekonanie, że takie rozstrzygnięcie zawsze jest możliwe¹⁵. Zdaniem Dworkina, jeśli system prawa jest dostatecznie rozwinięty i składa się z całej masy regul, zasad i praktyk konstytucyjnych oraz niezliczonej ilości precedensów i ustaw zawsze, możemy w sposób uprawniony założyć, że właściwe rozstrzygnięcie jest możliwe i tylko niedoskonałość sędziów sprawia, iż nie można jej odnaleźć, a sprawa wydaje się mieć uprawnione dwa sprzeczne rozstrzygnięcia¹⁶. Otwartość argumentacji praktycznej zawsze powoduje, że teza o istnieniu takiego rozstrzygnięcia jest uprawniona. Brak możliwości wskazania takiego rozstrzygnięcia przez sędziów świadczy tylko o tym, że nie tworzą oni doskonale zintegrowanej wspólnoty komunikacyjnej i że niewystarczające są ich umiejętności argumentacyjne.

Teza o istnieniu jednego trafnego rozstrzygnięcia ma zatem dla Dworkina wyraźnie normatywny charakter i nakazuje budować kryteria oceny różnych wariantów rozstrzygnięcia, aby na ich podstawie budować wskazać najlepsze.

Na gruncie koncepcji pozytywistycznej, która wąsko rozumie normę, nie daje się uzasadnić normatywnej tezy o istnieniu jedynie trafnego rozstrzygnięcia. W sytuacji dyskrecjonalności pozytywizm ograniczał się do opisu konkurujących alternatyw rozstrzygnięcia, nie znajdując legalnych kryteriów wyboru pomiędzy nimi. Dopiero otwarcie systemu prawa i wprowadzenie do jego interpretacji czynnika, jakim są zasady, taką możliwość stwarza. Jednocześnie jednak okazuje się, że interpretacja musi mieć charakter twórczy. Zasady nie są bowiem po prostu stosowane, ale są „wazone”. Zadaniem praktyki i nauki prawa jest właśnie osiągnięcie integracji całej normatywnej struktury społecznej, której część zaledwie stanowią reguły prawne.

Prawo nie jest zatem gotowym obiektem, danym prawnikom przez prawodawcę, tak jak przedstawiał to Austin, czy rozpoznawanym przez nich poprzez test pochodzenia, zwany w koncepcji Harta regułą uznawania. Prawo jest faktem interpretacyjnym, nie ma zatem sensu poszukiwanie jakiejś ustalonej semantyki prawa. Pozytywizm wprowadza do nauki prawa żądło semantyczne, próbując poprzez zabiegi słownikowe ustalać semantyczne kryteria posługiwania się pojęciami prawnymi¹⁷.

W ujęciu interpretacyjnym zadaniem sędziów i nauki prawa jest poszukiwanie jak najlepszego rozumienia prawa w kontekście norm i wartości kultury¹⁸. Dworkin porównuje takie konstytuowanie prawa do wspólnego budowania powieści przez pokolenia autorów, którzy dołączają do tekstu kolejne rozdziały.

Sędzią, który interpretuje prawo, staje się centralną postacią kultury prawnej. Dworkin przeciwstawia koncepcję sędziego służącego integracyjnej wizji prawa sędziemu pozytywistycznemu.

Sędzia pozytywistyczny uważa, że decyzje polityczne powinny być podejmowane przez osoby wybrane w wyborach demokratycznych, a sądownictwo podporządkowane legislaturze. W trudnych sprawach, gdy tekst prawa jest niejasny i niewystarczający do rozstrzygnięcia sprawy, musi zatem zachowywać się tak jak organ ustawodawczy, tzn. wybrać to rozstrzygnięcie, które uwzględni opinię lub przekonania większości. Uznaje, że nie ma prawa brać pod uwagę własnych poglądów sprzecznych z opinią większości.

Inaczej rozumuje przedstawiciel integracyjnej wizji prawa. Również uważa, że sędzia nie może przejąć kompetencji legislatury, ale polega na swoich przekonaniach w takim sensie, iż opiera się na ich sprawiedliwości lub spójności ze względu na to, że to on jako sędzia, a nie ktoś inny, je posiada.

Może jednak również zadecydować, że jego instytucjonalnym obowiązkiem jest ustąpić przed osądem innych. Podejmując decyzję, musi polegać na poprawności własnego osądu, po to, by w ogóle móc dokonać jakiegokolwiek osądu (w odróżnieniu od sytuacji, gdy polega na swym przekonaniu, wierząc w jego prawdziwość lub poprawność). Przyjmując tę postawę, posiada jednak pewność, że jego decyzja nie jest ostatecznie zdeteminowana jego poglądami czy preferencjami politycznymi. Własna moralność sędziego powoduje, że może się stać dla niego decydującym fakt posiadania określonych poglądów przez innych, choć jego technika orzecznicza nie wyklucza podjęcia decyzji przeciwstawiającej się popularnej moralności. Także i wtedy nie kieruje się własnymi przekonaniemami – wydaje osąd, którego treścią jest stwierdzenie, że moralność społeczeństwa jest w tym zakresie niespójna¹⁹.

Teoria orzecznicza takiego sędziego jest zatem teorią dyskursywną. Nie można więc powiedzieć, że tworzy w sposób arbitralny uprawnienie odpowiadające treści moralności, choć polega na poprawności własnego osądu i własnym poczuciu moralności społecznej²⁰.

Trzeba tu zauważyć, iż opisana teoria orzekania jest teorią indywidualistyczną, w której decyzja nie stanowi wyniku konsensusu moralnego w ramach pewnej wspólnoty. Choć osąd jest formułowany po zbadaniu argumentów, jest jednak osądem sędziego. Sformułowanie słusznej decyzji wymaga osiągnięcia takiego poziomu subiektywnej pewności, który nie będzie następstwem powstania intersubiektywnej jedności sądów moralnych pomiędzy sędziami²¹. Osąd sędziego i poleganie na jego poprawności jest dla niego jedynym punktem odniesienia w orzekaniu, zaś jego intuicja zasad moralnych społeczeństwa nie ma nic wspólnego z przekonaniem o słuszności poglądów uznawanych przez większość. Po pierwsze, nie byłby przecież zwykłe w stanie ustalić tej większości. Po drugie, nawet gdyby otrzymał taką wiedzę o tym, jakie jest przekonanie przeciętnego człowieka z ulicy, to mógłby uznać, że jest to pogląd mylny.

¹⁵ R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998, s. 514.

¹⁶ *Jw.*, s. 507.

¹⁷ For. R. Dworkin, *Law's Empire*, London 1986, s. 33–35.

¹⁸ *Jw.*, s. 410–411.

¹⁹ R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, *op.cit.*, s. 231–234.

²⁰ *Jw.*, s. 239.

²¹ Z. Pulka, *op.cit.*, s. 16.

Nawet w sytuacji niejasności reguł prawnych, poprzez kontekst normatywny życia społecznego, uprawnienia stron są zawarte w prawie, choć nie w sposób bezpośredni. Natura prawa jest dla takiego sędziego argumentacyjna, uważa zatem, że musi je wydobyć, kierując się własnym osądem jako uczestnika argumentacji.

Nie określa, co jest prawem obowiązującym w ten sposób, że opisuje coś, co istnieje obiektywnie jako prawo. Prawo nie jest dla niego gotowe, zamknięte w momencie, gdy opuszcza prawodawcę. Formuluje argumenty wspierające twierdzenia na temat praw i obowiązków podmiotów prawa. Nie musi zatem opowiedzieć się za większością, bo jest pełnoprawnym uczestnikiem argumentacji, który ma prawo wydać sąd. Jako uczestnik praktyki orzeczniczej nie formuluje deskryptywnych wypowiedzi o prawie, lecz normatywne wypowiedzi o prawach i obowiązkach. Ponieważ argumentuje, to ustalając prawa podmiotowe stron bierze pod uwagę moralne tradycje społeczeństwa. Jego orzekanie jest zatem czynnością zaangażowaną aksjologicznie. Nie musi więc opowiadać się za poglądem popularnym, za poglądem większości.

Dworkin nie opowiada się za pustym z punktu widzenia aksjologicznego załeciem odwołania się do zasad. Uważa, że w istocie prawa podmiotowe jednostki nie są tylko wynalazkiem prawniczym, lecz tkwią już w normatywności kultury. Brać prawa poważnie, to znaczy nie ograniczać ich roli do wymiaru prawnego, lecz dostrzegać je w jeszcze głębszych warstwach życia społecznego. Zrozumienie poprzez argumentację tych normatywnych warstw życia społecznego, daje dopiero poważne rozumienie praw jednostki zawartych w samych regułach prawnych.

9. Koncepcja pozytywistyczna nie umie wytłumaczyć zjawiska częstego w krajach przechodzących okres tzw. transformacji, iż w tym samym zbiorze tekstów prawnych sądy rozpoznają zupełnie inne pod względem treściowym normy prawne. Warto podkreślić, że problem ciągłości obowiązującego prawa nie był w nich przedmiotem dyskusji. Od razu założono, że z punktu widzenia walidacyjnego jest to samo prawo, ale zaczęto w inny sposób rozpoznawać treść rekonstruowanych z niego norm prawnych.

Zjawiska tego nie są w stanie wytłumaczyć koncepcje ujmujące prawo w perspektywie opozycji podmiot poznający – przedmiot poznania. Prawo jest w nich przedstawiane jako „dane”, „gotowe”, rolą prawnika jest tylko jego rozpoznanie w akcie poznania. W gruncie rzeczy, nie ma istotnej różnicy między poznaniem prawa i bezpośrednim poznaniem obiektów naturalnych. Stąd zresztą pojawia się pole dla powstania prawniczego scjentyzmu.

Następstwem wprowadzanych przez pozytywizm prawniczy założeń teoriopoznawczych stało się wyznaczenie prawnikom bardzo ubogiej koncepcji uczestniczenia w kulturze, polegającej wyłącznie na poznawaniu prawa na podstawie metodologii wzorowanej wyraźnie na scjentyzycznej wizji obiektów kulturowych. Jedyną poważną próbę zakwestionowania tej koncepcji kultury prawnej i sposobu uczestniczenia w niej przez prawników można odnaleźć w hermeneutyce prawniczej, która odrzuca mit prawa jako obiektywnej i zewnętrznej przedmiotowości i mit prawnika jako podmiotu zewnętrznie poznającego prawo, bez moż-

liwości wpływania na normatywny wymiar kultury²². Jednym z istotnych elementów reifikacji prawa staje się również założenie racjonalności prawodawcy. Hermeneutyczna krytyka kultury prawnej pozwala zarysować komunikacyjną wizję prawa i kultury prawnej, w której prawo nie jest przedstawiane jako obiekt „gotowy” i jedynie rozpoznawany przez prawnika, lecz jako konstytuowane w dyskursie wspólne sensy i symbole. Z tej perspektywy pozytywizm prawniczy i towarzyszące mu założenie racjonalności prawodawcy jest jedną z form dyskursu prawniczego, której uznanie nie stanowi warunku koniecznego poznania prawa. Hermeneutyka wykazuje bowiem, że nie ma ostrej granicy pomiędzy poznaniem i etyką, a warunkiem koniecznym uczestniczenia w dialogowej kulturze prawnej nie jest obiektywizacja prawa, lecz raczej akceptacja pewnych wartości moralnych umożliwiających dyskurs. Warunkiem właściwego poznawania prawa przez sędziów okazuje się nie tylko instytucjonalne wyodrębnienie wymiaru sprawiedliwości, ale również jakość etyczna sędziów.

²² Por. J. Stelmach, *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, Kraków 1995, r. II.