

CZĘŚĆ DRUGA

# OD PRAWA KU FILOZOFII

## Wstęp

Spojrzenie filozofów na prawo nie zaspokaja zawodowej potrzeby prawników uprawiania ogólnej refleksji nad prawem. Konieczność osiągnięcia spójności i jednolitości w argumentacji prawniczej przy jednoczesnym unikaniu zaangażowania po stronie określonych stanowisk filozoficznych sprawiła, że znaleziono — w szczególności w kulturze prawa precedensowego — drugą drogę uprawiania filozofii prawa, w której punktem wyjścia są zazwyczaj konkretne problemy stosowania prawa, a czasami nawet określone przypadki rozstrzygnięć. Wynikiem tak uprawianej filozofii prawa będzie poświęcona dalsza część naszych rozważań.

Oczywiście, separacja dwóch dróg budowania filozofii prawa nie jest nigdy pełna. Można mówić raczej o dwóch typach jej uprawiania, do których konkretne szkoły czy poglądy prawnicze się zbliżają.

Jak zauważył J. Woleński, istnieją co najmniej cztery drogi przenikania idei filozoficznych do teorii prawa.<sup>153</sup> Po pierwsze każdy teoretyk prawa operuje określonym ogólnym aparatem pojęciowym, który najczęściej zapożycza z dzieł filozoficznych. Prawniki teoretycy, świadomie lub (zazwyczaj) nieświadomie podlega działaniu idei filozoficznych, nawet wtedy, gdy kształtuje swój słownik teoretyczny na podstawie propedeutycznych wstępów do filozofii lub jej poszczególnych działów. Po drugie, teoretycy prawa uzupełniają swą wiedzę filozoficzną celowo sięgając do książek filozoficznych bądź też uczestnicząc w wykładach i seminariach prowadzonych przez filozofów. Tego typu kontakty z filozofią są zawsze kontaktami z jakimś rodzajem filozofii i fakt ten musi rozdzielić określone skutki. Po trzecie, jak stwierdza J. Woleński, teoretyk prawa rozważając takie czy inne zagadnienia swej dyscypliny natrafia na wyrażone problemy filozoficzne lub też takie, które z filozofią wiążą się pośred-

<sup>153</sup> J. Woleński, *Szkola tuwusko-uurszaska a polska teoria prawa*, *Studia Prawnicze* 1985-86, nr 3-4, s. 287.

nio. Czasami stara się samodzielnie opracować daną kwestię filozoficzną; wcale przy tym nie musi być tak — i z reguły nie bywa — że przekonanie o samodzielności pokrywa się z rzeczywistym stanem rzeczy. Teoretyk prawa może też świadomie nawiązywać do rozwiązań krążących na filozoficznym rynku idei, ale nie musi koniecznie zgłaszać akcesu do jakiegś globalnej doktryny filozoficznej. W końcu, po czwarte, może on przyjąć ogólną perspektywę jakiejś szkoły filozoficznej i wedle tej właśnie perspektywy modelować swą teorię prawa.

W filozofii prawa, którą obecnie będziemy omawiać przeważają pierwsze trzy kanały przenikania filozofii do ogólnej refleksji nad prawem. Nie chodzi nam zatem o przedstawienie tych poglądów, które bezpośrednio przyjmują perspektywę określonej szkoły filozoficznej. Jak już zostało powiedziane, nie oznacza to jednak całkowitej izolacji. Trzy pierwsze typy przenikania filozofii ogólnej do myśli prawniczej są zjawiskiem normalnym, szczególnie w kontynentalnym modelu kształcenia prawników.

Dlaczego jednak prawnicy nie przyznają się do bezpośrednich związków z filozofią? Wydaje się, że w modelu anglosaskim jest to spowodowane zawodowym typem kształcenia prawników, którzy czują się przede wszystkim ekspertami rozwiązyującymi problemy fachowe. Za przyczynę unikania filozofii można by więc uznać zjawiska, które należą do sfery socjologii zawodów prawniczych.

Niezależnie od takich powodów, nieprzyznawanie się przez prawników do filozoficznych źródeł wielu ich poglądów jest spowodowane również założeniami, które przyjmuje się w dyskursie prawniczym. Dąży on bowiem w państwach o tradycji liberalnej do uzyskania autonomii względem innych dziedzin kultury, a w szczególności polityki i religii, jak też wobec innych instytucji społecznych oraz dyscyplin naukowych.<sup>154</sup> Z tego względu kultywowanie prawa powierza się specjalistom — wykształconym prawnikom, a nauczanie prawa obejmuje rozważania metaprawne, za pomocą których instytucje i normy prawne są oceniane i wyjaśniane. Wymóg obiektywności sądu dokonywanego w oparciu o prawo, niewiązania go z interesem określonej grupy społecznej, powoduje, że odwołanie się do określonej filozofii mogłoby być odczytane jako naruszenie autonomii prawa i uprzywilejowanie określonej grupy wyznającej tę filozofię.

**autonomia  
prawa**

**filozofia  
a równość  
wobec prawa**

Dla uniknięcia takiego zarzutu, w uzasadnieniach swych decyzji prawnicy odwołują się do refleksji nad prawem, którą traktują jak rozważania metaprawne, a nie jak filozofię. Ten styl współczesnych uzasadnień spowodował zatem szybki rozwój takiej ogólnej myśli prawniczej, którą uznaje się za możliwą do sprawdzenia w krytycznym, racjonalnym dyskursie i która nie jest uważana za metafizykę, a nawet za filozofię.

Głównym obiektem zainteresowania tej wersji filozofii prawa jest prawo pozytywne, czyli funkcjonalnie związane z państwem i w dominującej części przez organy państwowe ustanowione.

Wydaje się, że w tak wyznaczonych granicach filozofii prawa toczą się dwa podstawowe spory, które decydują nawet o tożsamości tej dziedziny refleksji nad prawem.

Pierwszy z nich koncentruje się na roli wartości — szczególnie moralnych — w uznaniu prawa pozytywnego za obowiązujące; drugi dotyczy odpowiedzi na pytanie, czy prawo jest wyłącznie konstrukcją pojęciową, czy też realnym faktem społecznym. Przejawem pierwszego jest spór zwolenników prawa naturalnego z pozytywistami prawniczymi, drugi zaś toczy się pomiędzy konceptualnymi i realistycznymi ujęciami prawa pozytywnego.

**dwa podstawowe spory  
w filozofii prawa**

<sup>154</sup> Por. H.J. Berman, *Prawo i rewolucja. Kształtowanie się zachodniej tradycji prawnej*, Warszawa 1995, s. 51 i n.



Jeśli zatem na sprawę spojrzeć z teoretycznego punktu widzenia i spróbować poszukać racji dla takiego rozwiązania, łatwo założyć, że jest ono pochodną jeszcze ogólniejszego zagadnienia. Chodzi mianowicie o problem, czy można uzasadnić obowiązujące prawo bez odwoływania się do wartości.

W dyskusji na ten temat wyłoniły się w filozofii prawa dwa zasadnicze stanowiska: koncepcja prawa natury oraz koncepcja pozytywizmu prawniczego.

Filozofia prawa natury twierdzi, że nie można takiego uzasadnienia podać bez oparcia prawa stworzonego przez władzę państwową o jakieś wartości „wyższego” niż prawo pozytywne rządu.

Zdaniem zwolenników teorii prawa natury, czerpie ono swoją moc obowiązującą z moralności. Jeśli połączy się to twierdzenie z tezą o możliwości niestosowania przez sędziego normy pozytywnej niezgodnej z prawem natury, to w związku ze wszystkimi problemami, które rodzi ustalenie źródeł i treści tego prawa podważona może zostać najważniejsza wartość kultury prawej — legalność.

Antytezą teorii prawa natury jest pozytywizm prawniczy. Pozytywiści uznają bowiem, że takie neutralne, czysto faktyczne uzasadnienie jest możliwe. Zakładają zatem separację podstaw obowiązującego prawa i moralności. Prawo, ich zdaniem, ma swoją własną moc obowiązującą, niezależną od moralności.

Oczywiście, nie oznacza to, iż pozytywiści uważają prawo za amoralne. Prawo ma wiele związków treściowych z moralnością. Szereg norm prawnych wręcz pokrywa się z nią treściowo. Normy prawa pozytywnego odsyłają często do moralności i nakazują sędziemu zgodne z nią stosowanie prawa. Wszystko to jednak nie oznacza dla pozytywisty, że obowiązywanie prawa pozytywnego jest pochodną jego związków z moralnością. Prawo pozytywne ma własne źródło obowiązywania, którym z reguły dla pozytywisty jest akt woli suwerena, a więc akt władzy państwowej.

Pozytywista nie dostrzega zatem, w przeciwieństwie do zwolennika teorii prawa natury, żadnego prawa wyższego, które decyduje o obowiązywaniu norm prawa pozytywnego. Prawo pozytywne obowiązuje samodzielnie, a moralność jest porządkiem norm istniejących poza prawem, tak jak normy obyczajowe. Trzy porządki normatywne: prawny, moralny i obyczajowy, współobowiązują ze sobą w każdym społeczeństwie. Ich treści często się pokrywają, ale źródła ich obowiązywania są od siebie niezależne. Świadczą o tym konflikty pomiędzy normami moralnymi i prawnymi, które nie zawsze muszą być rozstrzygane na korzyść moralności.

**koncepcja prawa natury a pozytywizm prawniczy**

## Rozdział pierwszy

# SPÓR O ROLĘ WARTOŚCI W OBOWIĄZYWANIU PRAWA

Zasadniczy spór, jaki toczy się w filozofii prawa dotyczy własnej roli i miejsca wartości w prawie. Czy można uznać za prawo porządek normatywny stworzony przez władzę państwową, ale nie respektujący podstawowych wartości ludzkich? Czy jakiś zbiór norm jest prawem tylko dlatego, że ustanowił go kompetentny do tego prawodawca, czy też dla uznania tych norm za prawo musimy odnieść się do ich treści rozwiązań prawne sprawiedliwe, humanitarne itd.?

Nie są to tylko problemy akademickie. Łatwo dzisiaj wskazać prawa, które były ustanawiane legalnie, ale w swej treści zawierały postanowienia nieludzkie. Klasyczny przykład podawany przez prawników stanowi prawo hitlerowskie. Hitler nie doszedł do władzy drogą puczu czy wskutek rewolucji. Jego partia uzyskała władzę w wyniku demokratycznych wyborów w 1933 r. Owa legalnie powstała władza doprowadziła do wydania aktów prawnych o charakterze nieludzkim. Trybunał Norymberski uznał je za niezgodne z prawami ludzkość i ich wykonawców skazał jak zbrodniarzy.

Powstaje zatem pytanie: czy prawo, które nie respektuje podstawowych wartości ludzkich jest w ogóle prawem?

Na tak postawione pytanie mało kto dzisiaj odważyłby się dać odpowiedź pozytywną. Po doświadczeniach z prawem Trzeciej Rzeszy czy stalinowskiego państwa totalitarnego wymagamy od norm ustanowionych przez państwo uznawania praw ludzkich wskazanych chociażby w traktatach międzynarodowych.

Czym innym jednak jest nasze odczucie, a nawet odczucia całej ludzkości wywołane przez historyczne doświadczenia, a czym innym — teoretyczne uzasadnienie takiej negatywnej odpowiedzi na zadane pytanie.

**problem nieludzkiego prawa pozytywnego**



## 1. Stanowisko prawnonaturalne

W poprzedniej części tej pracy prawo natury było już w zasadzie przedmiotem naszych rozważań, w szczególności w cz. I w rozdziałach 1, 2 i 3. Przedstawiliśmy tam filozofie prawa natury ugruntowane w wielkich systemach filozoficznych. Trzeba powiedzieć, że filozofia prawa, traktowana jako część metafizyki, z reguły rozważa problem prawa natury. Stąd częsty jest pogląd, że w zasadzie całą filozofię prawa uprawianą jako metafizyka można zredukować do sporu o prawo natury.<sup>155</sup>

Obecnie chcemy rozważyć sposób wykorzystania tej kategorii przez prawników–praktyków. Często jest to bardzo powierzchowna koncepcja, którą co najwyżej można nazwać argumentem z prawa natury; pozostaje wówczas jedynie przedstawić strukturę dyskursu, w którym ten argument pada. Prawnicy stworzyli jednak także bardziej rozwinięte filozoficznie koncepcje, które można nazwać stanowiskiem prawnonaturalnym. Składają się na nie te rozważania, które nie mają czysto praktycznego znaczenia, ale starają się nadać koncepcji prawa natury wymiar teoretyczny.

## 2. Argument z prawa naturalnego

Zwolennicy stanowiska prawnonaturalnego wyróżniają dwa poziomy prawa: prawo pozytywne i prawo naturalne. O tym różnieniu wspominaliśmy już w pierwszej części naszych rozważań. Jest ono kluczowe dla metafizycznych ujęć prawa.

W obecnie prezentowanych poglądach tworzonych przez prawników dla prawników to rozróżnienie jest również istotne, choć nie ma z reguły tak silnej podbudowy filozoficznej.

W wielu przypadkach występuje tylko w roli argumentu prawnonaturalnego, który jest formułowany w dyskursie prawniczym. Wzmocnienie tego argumentu określonym stanowiskiem filozoficznym, choć z teoretycznego punktu widzenia byłoby korzystne, w praktyce osłabiałoby jego moc perswazyjną. Jak już to zostało wyjaśnione, w większości kultur prawnych nawiązujących do koncepcji państwa prawa wyraźne odwołanie się w dyskursie prawniczym do określonego stanowiska filozoficznego i rozstrzygnięcie na jego podstawie sporu prawnego naruszałoby zasadę równości wobec

bec prawa. Poglądy filozoficzne mają bowiem to do siebie, że nie mogą być one podawane jako pewniki. Każdy ma prawo do wyobrażenia stanowiska filozoficznego; jest to w pewnym sensie sprawa osobista każdego z nas. Każdy pogląd filozoficzny może być również racjonalnie krytykowany i dyskutowany. Narzucenie przez prawo lub sąd określonego stanowiska filozoficznego powodowałoby, że ci, którzy go nie podzielają byłiby przez prawo lub sąd inaczej traktowani niż ci, którzy się z nim zgadzają. Dlatego też prawnicy w dyskursie prawniczym i w samych tekstach prawnych unikają jednoznacznych stanowisk filozoficznych. Jeśli zatem odwołują się do stanowiska prawnonaturalnego, to z reguły bez wyraźnej deklaracji filozoficznej, formułując to raczej jako argument niż zwarty pogląd filozoficzny. Osłabia się w ten sposób pozycję prawnonaturalne w wymiarze teoretycznym, ale wprowadza większą swobodę przekonywania, perswadowania stanowiska zajmowanego w konkretnym sporze prawnym.

Jak przedstawia się struktura dyskursu prawniczego, w którym pojawia się argument z prawa natury?

Przed wszystkim argument ten zakłada akceptację wspólnego rozróżnienia dwóch porządków prawnych: prawa naturalnego (naturalnego) i prawa pozytywnego. Oba te porządki nie są sobie jednak równorzędne. Prawo pozytywne to prawo stanowione głównie przez organy państwowe, tworzone zatem celowo przez ludzi, aby za jego pomocą unormować stosunki między nimi. Prawo naturalne jest prawem wyższym niż prawo pozytywne. Nie jest wytworem świadomej działalności ludzkiej, a zatem istnieje niezależnie od woli człowieka, a jednak obowiązuje wszystkich ludzi niezależnie od ich rasy, płci, przynależności kulturowej, wyznawanych poglądów czy przekonań.

Mamy zatem w tym ujęciu dwa porządki prawne: wyższy i niższy. Prawo pozytywne, jako porządek niższy od prawa naturalnego, powinno być z nim zgodne.

Skąd bierze się myśl o istnieniu porządku prawnego niezależnego od woli ludzkiej, a jednocześnie dominującego nad prawem stworzonym przez człowieka, jeśli nie odwołujemy się do określonego stanowiska filozoficznego? Zauważmy, że źródła tej myśli są w dużym stopniu zdroworozsądkowe. W momencie, gdy spotykamy się z jawną niesprawiedliwością rozwiązań zawartych w normach prawa pozytywnego, a czasami — jak to bywało w historii — ze zorganizowaną zbrodnią przybierającą formę prawa, musimy odwołać się przy negatywnej ocenie tego prawa do czegoś wobec



nego zewnętrznego. Szukamy, oczywiście, jakiegoś punktu oparcia dla naszej oceny. Wówczas często nawet w potocznej dyskusji odwołujemy się do porządku normatywnego niejako ogólniejszego czy ważniejszego niż prawo, jak sumienie ludzkie, uniwersalne zasady moralne, a jeśli jesteśmy ludźmi wierzącymi — do postanowień boskich.

Do tej zdroworozsądkowej postawy próbuje się odwołać również prawnik. Argument prawnonaturalny opiera się zatem na stwierdzeniu, że prawo pozytywne czerpie swoją moc obowiązującego zewnętrznego wobec niego porządku normatywnego, a zatem w razie niezgodności z nim może być w skrajnych przypadkach pozbawione obowiązującego lub też ten zewnętrzny porządek może być, co najmniej, kryterium oceny prawa pozytywnego

Przedstawienie takiego argumentu w dyskursie prawniczym oznacza jednak gotowość do odparcia kontrargumentów, co w praktyce wymaga zaprezentowania wobec przeciwników takiego stanowiska w miarę koherentnej struktury argumentacyjnej. Nawet zatem rezygnacja z odwoływania się do stanowiska jawnie filozoficznego wymaga wprowadzenia do argumentacji pewnego porządku myślowego, co jest przyjmowane w naszej kulturze jako minimum racjonalności.

Wyobraźmy sobie zatem, że ktoś ma wątpliwości co do sensowności stanowiska prawnonaturalnego i rozpoczyna dyskusję ze zwolennikiem takiego poglądu. Obaj są przede wszystkim prawnikami i choć obaj reprezentują pewną kulturę filozoficzną, to jednak unikają jawnego zaprezentowania swego stanowiska filozoficznego. Trzeba zaznaczyć, że w takim dyskursie nie jest nawet konieczne, aby przeciwnik argumentu prawnonaturalnego przedstawił się jako pozytywista prawny. W dyskursie prawniczym częsta jest bowiem sytuacja, gdy argumentuje się przeciw stanowisku przeciwnika, aby obalić jego tezę, nie przedstawiając wyraźnie swego stanowiska, po to np., aby skłonić sąd do powrotu ku wykładni językowej i do niedokonywania interpretacji tekstu prawnego w oparciu o dodatkowe kryteria wartościujące. Jakże wówczas zostaną wysunięte kontrargumenty wobec argumentu prawnonaturalnego i jak mogą przebiegać repliki? Przede wszystkim przeciwnik zarzuca zwolennikowi tego poglądu, że nie wiadomo, skąd czerpie normy prawa naturalnego. Najlepszą bowiem taktiką kontrargumentacyjną jest zmuszenie zwolennika prawa natury do odwołania się do religii lub filozofii i ujawnienie ukrytego w jego stanowisku zagrożenia dla podmiotów prawa, które reprezentują inne stanowisko

filozoficzne lub religijne. Przeciwnik argumentu prawnonaturalnego wie bowiem, że normy prawa pozytywnego łatwo przytoczyć, są publikowane, a w państwie demokratycznym ich tworzenie jest procesem jawnym.

Zwolennikom prawa natury zwykle trudno jest na tym etapie uniknąć wskazania jakichś ogólniejszych założeń światopoglądowych. Podają przeważnie kilka wersji repliki, w zależności od tego, na ile chcą ujawnić swoje stanowisko filozoficzne.

Najstarsze wersje tej repliki wskazują jego źródła w rozumie istoty boskiej, a czasami w jej aktach woli. Bóg stworzył ten świat wedle pewnych zasad, które dotyczą też życia ludzkiego i społecznego. Naszym zadaniem jest odczytanie ich z porządku naturalnego i wprowadzenie do prawa pozytywnego. W filozofii ten argument ma swoją metafizyczną podbudowę, np. w koncepcji tomistycznej, którą przedstawił w cz. I w rozdziale 1.

Nie zawsze jednak argumentacja prawnonaturalna odwołuje się do przekonań religijnych. Istnieją również laickie wersje argumentu prawnonaturalnego, które wywodzą to prawo z rozumu człowieka, historii ludzkości, z natury życia społecznego czy historii.

Często właśnie przez odwołanie do natury człowieka uzasadnia się konieczność oparcia życia społecznego na własności prywatnej, aby w ten sposób wykorzystać np. naturalny egoizm natury ludzkiej. Wprowadzenie dominacji własności społecznej jest niezgodne z naturą człowieka, zmusza go do szczególnej dbałości o coś, co do niego nie należy i o co z tego powodu dbać nie będzie. Takie argumenty często wypowiadano w potocznych dyskusjach w okresie tzw. realnego socjalizmu. Prawo pozytywne, które wówczas wymagało w wielu normach prawnych szczególnej dbałości o własność społeczną, większej niż o własność prywatną, uważano za niezgodne z naturą człowieka.

Niektórzy zwolennicy prawa natury widzą jego źródła w istocie społeczeństwa. W potocznej argumentacji często można spotkać się z poglądem, że rodzina jest podstawowym elementem każdego społeczeństwa. Natura społeczeństwa jest taka — twierdzi się — że jeśli nie ma dbałości o życie rodzinne, to zaczynają się chwiać całe struktury społeczne, bo naruszony zostaje naturalny sposób wychowania i przygotowania do życia społecznego, jaki tworzy rodzina dzieciom. Zaskakujące, że współcześnie z takim zarzutem spotykają się nawet normy prawa finansowego, które przez pewne rozwiązania podatkowe skłaniają ludzi do fikcyjnych rozwodów lub do tworzenia oddzielnych gospodarstw domowych w celu uniknięcia



opodatkowania. Stąd takie normy prawa pozytywnego, które zagrażają normalnemu funkcjonowaniu rodziny uważa się za niezgodne z naturą społeczeństwa.

## prawo naturalne a historia

Są wreszcie tacy, którzy normy prawa naturalnego dostrzegają w historii. Analizując jej przebieg, próbują dostrzec pewne prawidłowości, pewien rozwój. Ich zdaniem, prawo pozytywne musi odpowiadać etapowi historycznego rozwoju społeczeństwa, w którym zostaje ustanowione.

Głównym zatem problemem w tak argumentacyjnie ujętym problemie prawa natury jest uniknięcie wyraźnego powiązania z określonym stanowiskiem metafizycznym. O ile prawo pozytywne zostaje wyrażone bezpośrednio w tekstach prawnych, o tyle prawo naturalne musi być ustalone poprzez specjalny wysiłek poznawczy zależny od tego, jakie źródło prawa naturalnego jest wskazywane. Tymczasem wyobraźmy sobie, że ktoś stając przed sądem domaga się od sędziego, aby nie stosował ustanowionej przez państwo normy, bo nie jest ona zgodna z prawem natury. Biorąc pod uwagę to, co powiedzieliśmy, strona przeciwna może z łatwością sformułować zarzut, że stwierdzenie istnienia takiego prawa wymaga przyjęcia pewnej określonej postawy filozoficznej, z którą ona się nie zgadza, a zatem, że istnienie tego prawa nie jest wcale dla niej takie oczywiste, bo nie zajmuje takiego samego stanowiska filozoficznego, a sąd nie może faworyzować określonej postawy filozoficznej. Stąd tendencją do nieopierania argumentu prawnonaturalnego na wyrażonej deklaracji filozoficznej i powoływania się na wskazania sumienia, doświadczenia życiowego czy ogólne cechy składające się na człowieczeństwo. Można powiedzieć, że pojawia się tu swoista fenomenologia normatywności.

Jednak nawet jeśli uzgodniono stanowisko co do źródeł prawa naturalnego, omijając deklarację filozoficzną, to bardzo często kolejnym przedmiotem dyskusji staje się wymiana argumentów na temat samej treści norm prawa naturalnego i ich związków z prawem pozytywnym.

Po pierwsze, jeśli obrona normy prawa pozytywnego jest korzystna dla jednej ze stron, to na tym etapie dyskusji stara się ona chociaż zawęzić zakres zależności pomiędzy prawem naturalnym a prawem pozytywnym i w ten sposób wykazać, że obowiązujące danej normy prawa pozytywnego nie zależy od prawa naturalnego. Formuluje się wtedy argument, że nawet jeśli przyjąć obowiązywanie prawa natury, to nie wszelkie normy prawa pozytywnego muszą obowiązywać na podstawie prawa naturalnego. Istnieją

wszak normy całkowicie konwencjonalne, np. ustalenie ruchu drogowego prawo- czy lewostronnego. Dla tego rodzaju norm trudno szukać uzasadnień w porządku „wyższego” rzędu.

Częstą repliką na ten argument jest stwierdzenie zwolennika prawa natury, że nawet jeśli prawo natury obejmuje swym zasięgiem tylko część norm prawa pozytywnego, to z prawa natury wywodzą się treściowo naczelnym normy systemu prawa i przez powiązania treściowe wewnątrz systemu prawa gwarantowane jest oddziaływanie prawa natury na całość systemu prawa pozytywnego.

Najczęściej jednak przeciwnik stanowiska prawnonaturalnego stara się wykazać, że nie jest możliwe jednoznaczne ustalenie treści tych norm, które chcemy uznać za naturalne. Ze względu na ich prawnonaturalny charakter muszą to być treści, które powinny mieć odbicie w każdym systemie prawa pozytywnego. Wysuwa się tutaj często dwa argumenty. Po pierwsze, w ciągu wieków ludzie uznali za naturalne normy, których treść uznajemy dzisiaj za okrutną i nieludzką. Tak było np. z problemem niewolnictwa bądź stosowania okrutnych kar. W czasach, kiedy miały zastosowanie uzasadniano ich obowiązywanie przez odwołanie do prawa natury. Zmienność w czasie wykazywały zatem również normy uznawane za prawnonaturalne. Po drugie, wskazywanie na pewne normy jako na prawnonaturalne z reguły oznacza, że ten, kto je tak wyróżnia, czyni to, ponieważ uważa je za szczególnie ważne dla jednostki czy społeczeństwa. Powstaje wtedy niebezpieczeństwo, że wyróżnia je, ponieważ są ważne dla kultury czy narodu, w którym się wychował i tylko z tej perspektywy dostrzega ważność zawartych w nich treści. Ten problem stał się szczególnie wyraźny, gdy kultura europejska zaczęła dominować nad innymi kulturami. Ciekawym przykładem były Indie, w których doszło do spotkania dwóch bardzo odległych od siebie kultur: brytyjskiej i hinduskiej. Indie, będące w tym czasie społeczeństwem kastowym, kultywowały zupełnie inne wartości naczelnym niż liberalnie i utilitarystycznie nastawiona kultura brytyjska. Do podobnych konfliktów dochodziło również na innych obszarach naszego globu, gdy kultura europejska stykała się z odmiennymi cywilizacjami, często mniej rozwiniętymi od niej, ale oferującymi zupełnie inną wizję świata i człowieka.

Typową repliką współcześnie stosowaną przez zwolenników prawa natury jest odwołanie się do wyłączenia formalnego jego charakteru. Stwierdza się w tej replice, że z punktu widzenia treściowego prawo natury rzeczywiście jest prawem o zmiennej treści, zależnej od kontekstu kulturowego. Inaczej mówiąc, nie można wpraw-

## prawo natury a normy kon- wencjonalne

## prawo natury a kultura

## prawo natury o zmiennej treści

## zakres treściowy prawa natury



dzie sformułować norm prawa naturalnego, których treść powinna znajdować swoje odbicie we wszelkich prawach pozytywnych, ale można podać formalne wymagania, które musi spełniać każde prawo pozytywne, aby mogło być uznane za porządek prawny. Teza zawarta w tej replice jest odbiciem sporów filozoficznych, o których mowa była w cz. I w rozdziale 2. Najczęściej wskazuje się Kanta jako inspiratora formalnych teorii prawa natury. Replika zwolennika prawa natury na argument o zmiennej treści norm nazywanych prawonaturalnymi z reguły zawiera również wskazanie przynajmniej niektórych cech proceduralnych prawa, które zalicza się do formalnego prawa natury. Przykładem może być tutaj zasada niedziałania prawa wstecz czy obowiązek ujawniania treści prawa przez jego publikację. W polskim dyskursie prawniczym tego typu wymogi zalicza się tylko do składników koncepcji tzw. państwa prawa, uznając, że ich ostatecznym uzasadnieniem zajmuje się filozofia lub teoria prawa.

Również ta replika spotyka się z typowymi dla niej kontrargumentami. Zarzuca się jej, że w zasadzie gubi właściwy sens argumentu prawonaturalnego. Nie dostarcza bowiem istotnych kryteriów dla obowiązywania prawa pozytywnego, a jedynie drugorzędne kryteria formalne. Jeśli ktoś chce bowiem rozwiązać nowe problemy, przed którymi staje współczesny prawodawca, np. związane z ingerencją genetyczną w organizm ludzki, i szuka rozwiązania w oparciu o normy prawa natury, aby przeniesie spotkane tam rozstrzygnięcia do prawa pozytywnego, to formalna koncepcja prawa natury z pewnością mu nie wystarczy.

W dyskursie wywołanym użyciem przez prawnika argumentu prawonaturalnego, obok argumentacji na temat źródeł prawa natury, określenia treści jego norm, stosunku tych treści do treści zawartych w prawie pozytywnym, trudności rodzi również argumentacja związana z problemem rozwiązywania sprzeczności prawa pozytywnego i prawa natury.

Skrajne ujęcia prawa natury stwierdzają, że skutkiem takiej sprzeczności jest konieczność uznania jej za ważny argument na rzecz uznania normy prawa pozytywnego sprzecznej z prawem natury za nieobowiązującą. Koncepcja taka jest jednak, poza skrajnymi przypadkami (por. formuła Radbrucha, s. 172), współcześnie trudna do utrzymania. Warunkiem sensowności instytucji prawa pozytywnego jest przecież przestrzeganie jego norm. Dla prawnika prawo pozytywne, którego można nie przestrzegać traci swój sens społeczny. Można powiedzieć więcej — że współczesna kultura

prawna, w której prawo jest tak ściśle funkcjonalnie powiązane z państwem, niejako definiuje prawo pozytywne przez obowiązek jego przestrzegania. Możliwość podważenia jego obowiązywania z zewnątrz, w oparciu o warunki pozaprawne, niszczy pewność stosunków prawnych oraz podważa legalność, czyli ważną współcześnie wartość, w oparciu o którą ocenia się działania państwa. Przyjmuje się najczęściej jako istotny kontrargument, że jeśli nawet prawo pozytywne jest sprzeczne z prawem natury, to tylko prawo pozytywne może samo się „naprawić”.

Dlatego też dominuje dzisiaj słabsza wersja reakcji na sprzeczność prawa pozytywnego z prawem natury. Zwolennicy postulowania się argumentem prawonaturalnym w dyskursie prawnym uważają z reguły, że taka sprzeczność może być podstawą uznania argumentu, iż prawo pozytywne jest wadliwe z punktu widzenia aksjologicznego (np. niesprawiedliwe). Uznanie zaś prawa pozytywnego za niesprawiedliwe rodzi doniosłość wszelkich postulatów jego zmiany w przyszłości (tzw. postulaty *de lege ferenda*). Współcześnie podnosi się również, że jest to argument na rzecz postużenia się tzw. cywilnym nieposłuszeństwem. Nazwa ta oznacza specjalny sposób naruszania przez obywateli niesprawiedliwego prawa pozytywnego. Często podawanym przykładem takich działań są formy protestu przeciwko apartheidowi, stosowane przez Gandhiego w Afryce Południowej i Indiach. Protestując przeciwko dyskryminacji rasowej Gandhi, będąc tzw. kolorowym, zajmował w pociągach miejsca przeznaczone tylko dla białych. Decydował się przy tym na odbycie kary, którą traktował jako formę protestu. Istotne jest również, że naruszając w ten sposób prawo nigdy nie stosował przemocy, a co najwyżej bierny opór. Podobne formy protestu stosowano w USA w czasach wojny wietnamskiej, decydując się na odmowę odbycia służby wojskowej.

Istota cywilnego nieposłuszeństwa polega zatem na świadomym naruszeniu jawnie niesprawiedliwego prawa pozytywnego, ale bez użycia przy tym przemocy. Jednocześnie, naruszający w ten sposób prawo czyni to w celu wzbudzenia sumienia niesprawiedliwych prawodawców i dlatego decyduje się na odbycie kary, którą traktuje jako formę protestu.<sup>156</sup> Należy zatem podkreślić, że w tych wersjach prawa natury sprzeczność z nim prawa pozytywnego nie daje powodu do żądania od sędziego niestosowania prawa pozytywnego. Zmiana takiego prawa może dokonać się tylko przez akt

prawo natury  
a krytyka prawa  
pozytywnego

cywilne niepo-  
słuszeństwo

sprzeczność  
prawa pozytyw-  
nego i prawa  
natury

<sup>156</sup> W. Lang, J. Wróblewski, *Sprawiedliwość społeczna i nieposłuszeństwo obywatelskie w doktrynie politycznej USA*, Warszawa 1984, s. 212-269.



prawa pozytywne, a więc przez działalność organu tworzącego prawo, a nie przez organ, który je stosuje.

Argument prawnonaturalny rodzi zatem problemy dla prawnika o nastawieniu pozytywistycznym. Podstawową wątpliwość wywołuje twierdzenie zawarte w każdej koncepcji prawa natury, że prawo pozytywne samodzielnie nie obowiązuje. Zdaniem zwolenników teorii prawa natury, czerpie ono swoją moc obowiązującą z moralności. Jeśli połączy się to twierdzenie z tezą o możliwości niesosowania przez sędziego normy pozytywnej niezgodnej z prawem natury, to w związku ze wszystkimi problemami, które rodzi ustalenie źródeł i treści tego prawa, podważona może zostać najważniejsza wartość kultury prawnej — legalność.

### 3. Koncepcje prawnonaturalne

W kulturze prawnej obecne są również bardziej rozwinięte poglądy na prawo natury. Odwołanie się do nich w dyskursie prawniczym jest dopuszczalne, bowiem nie angażują się one wprost w określone stanowiska filozoficzne, które opisaliśmy w części I. Na przykładzie tomizmu czy filozofii Kanta można było zauważyć, że kategoria prawa natury jest konsekwencją bardzo złożonych i trudnych do krytykowania systemów filozofii bytu czy poznania.

Przekonywające ich przedstawienie, np. na sali sądowej, wymagałoby uprzedniego przekonania dyskutantów również do samej koncepcji filozoficznej, która się za nimi kryje. Tymczasem jednym z podstawowych wymogów demokratycznego państwa prawnego jest traktowanie wyboru filozoficznego i światopoglądowego jako indywidualnej decyzji każdego podmiotu. Wyrażne opowiedzenie się za jakąś koncepcją filozoficzną narażałoby sąd na zarzut naruszenia tej zasady.

Obecność argumentu prawnonaturalnego w dyskursach prawniczych spowodowała jednak, że prawnicy poszukiwali zawsze dla niego pewnej podbudowy teoretycznej, choć unikając bardzo silnych związków z określonymi systemami filozoficznymi.

Drugi powód, który w dyskursie prawniczym czyni metafizyczne wersje prawa natury niewygodnymi dla prawnika, to praktyczny cel tego dyskursu, czyli najczęściej — rozwiązanie konkretnego problemu prawnego.

Abstrakcyjnie sformułowane filozofie prawa natury z reguły są trudno przekładalne na konkretne normy służące rozwiązywaniu

życiowych problemów. Z tego punktu widzenia uważa się, że pierwszą ametafizyczną wersją prawniczej filozofii prawa natury stworzył Ciceron, o którym już wspominaliśmy w tej pracy, mówiąc o jego wpływie na tomizm.

Ciceron w następujący sposób charakteryzuje prawo naturalne: „Jest zaiste prawdziwe prawo, prawo prawnego rozumu, zgodne z naturą, zasiane do umysłów wszystkich ludzi, niezmiennie i wiecznie, które nakazując wzywa nas do wypełniania powinności, a zakazując odstrasza od występków; którego jednak nakazy i zakazy oddziaływają tylko na ludzi dobrych, nie wzruszają natomiast złych. Prawo to nie może być ani odmienione przez inne, ani uchylone w jakiejś swej części, ani zniesione całkowicie. Nie może zwolnić nas od niego ani senat, ani lud. Nie potrzebujemy szukać dłań tłumacza czy wykładacza w osobie Sekstusa Eliusza. Nie jest ono inne w Rzymie, a inne w Atenach, inne teraz, a inne później, ale jako prawo jedyne w swoim rodzaju, wieczne i nieodmienne, obejmuje zarówno wszystkie narody, jak i wszystkie czasy. Podobnie jeden jest jak gdyby zwierzchnik i władca wszechzrzeszy: Bóg. On to wynalazł owo prawo, ukształtował je i nadał mu moc. Kto nie będzie temu prawu posłuszny, zaprze się sam siebie i wyrzekając się swojego człowieczeństwa poniesie przez to samo jak najcięższą karę, choćby uniknął wszystkiego innego, co za karę jest uważane”<sup>157</sup>

Choć Ciceron uważał, że głębsza znajomość prawa powinna być powiązana z filozofią, to jednak nie opierał się bezpośrednio na założeniach metafizycznych; charakteryzował prawo natury, odwołując się do opisu cech człowieczeństwa, które — jego zdaniem — są wystarczającym źródłem dla wskazania prawa natury. Nie ma zatem potrzeby poszukiwania jakiegoś idealnego porządku normatywnego, który byłibyśmy w stanie odkryć tylko dzięki rozważaniom metafizycznym. Praktyczny prawnik rzymski potrafił wskazać te normy przez rozumną obserwację natury ludzkiej, w którą wszycy są wyposażeńi. Rola rozumu jest zatem bardzo ważna w odkrywaniu prawa natury, ale jednocześnie i sam rozum wystarcza do takiego badania. Jednocześnie, zdaniem Cicerona, przekonania tłumy, nawet najbardziej upowszechnione i popularne, nie mogą być utożsamiane z prawem natury. Tylko człowiek wykształcony, posługujący się myślą i rozumem jak mędrzec, potrafi wskazać te normy.<sup>158</sup>

Odwołanie się do rozumności jako źródła prawa natury odegrało w rozważaniach prawników poważną rolę. Przede wszystkim

<sup>157</sup> Ciceron, *O państwie* (w:) *Pisma filozoficzne*, t. II, PWN, Warszawa 1960, s. 133–134.  
<sup>158</sup> Ciceron, *O prawniczym* (w:) *Pisma filozoficzne*, t. II, PWN, Warszawa 1960, s. 207 i n.



zostało wykorzystane do wypracowania koncepcji prawa natury, w których nie odwoływano się do religii.

Bardzo dobitnie wyraził to Hugo Grocjusz (1583–1645) w swym dziele *O prawie wojny i pokoju*, stwierdzając, że obowiązanie prawa natury daje się utrzymać „nawet gdyby dopuścić, czego nie można uczynić bez popełnienia najcięższej zbrodni, że Bóg nie istnieje lub nie troszczy się o sprawy ludzkie”.<sup>159</sup> Grocjusz podkreślał niezmienność, powszechność, racjonalizm i świeckość prawa natury. Jednocześnie dokonał przekładu prawa naturalnego na teorie praw podmiotowych, wykazując, że prawo naturalne można ujmować jako zespół praw ludzkich. W ten sposób stał się twórcą koncepcji praw człowieka, która współcześnie, szczególnie w prawie międzynarodowym publicznym, jest częściej powoływana niż wie międzynarodowym publicznym, które odnoszą się do argumentu prawnonaturalny. Prawa człowieka są zazwyczaj przedstawiane jako zespół właściwości moralnych, które odnoszą się do człowieka, nie wymagają zatem odwoływania się do ich genezy czy źródeł.

Typowy zarzut, z którym spotykają się zwolennicy koncepcji prawa natury nawet w wersji racjonalistycznej i laickiej, ma charakter metodologiczny. Najczęściej pada on ze strony pozytywizmu prawnego. W uproszczeniu zarzut ten brzmi następująco: teorie prawa natury zakładają, że można wyprowadzić zasady sprawiedliwości z obserwacji prawidłowości natury (rozumianej jako natura człowieka lub jako natura rzeczy), a przecież ze stwierdzeń o faktach nie można wyprowadzać norm.

Normy i oceny nie stwierdzają niczego o rzeczywistości, lecz wyrażają powinność lub wartościują. Skoro prawda, według senio-tyki logicznej, to zgodność sądu ze stanem rzeczy, zatem o normach i ocenach nie można orzec, że są prawdziwe lub fałszywe. Zasady sprawiedliwości są zawsze normami lub ocenami, obserwacje natury to wypowiedzi o faktach. Stąd wniosek, że ze zdań stwierdzających prawidłowości naturalne nie można na zasadzie wnioskowania logicznego wyprowadzić norm sprawiedliwości, po raz pierwszy

Jak już o tym kilkakrotnie wspominaliśmy, po raz pierwszy w takiej mniej więcej formie wywód ten przedstawił szkocki filozof D. Hume i nosi on w etyce nazwę zarzutu błędu naturalistycznego. Jest charakterystyczny dla stanowiska antykognitywistycznego, a więc przyjmującego, że normy i oceny nie są wypowiedziami, za pomocą których poznajemy rzeczywistość.

<sup>159</sup> H. Grocjusz, *O prawie wojny i pokoju*, Warszawa 1957, s. 53.

Zarzut ten dotyczy jednak tylko tych koncepcji prawnonaturalnych, które mają słabo rozwiniętą podbudowę filozoficzną. Nie wszyscy bowiem zgadzają się na tezę antykognitywistów, że normy i oceny nie są wypowiedziami relacjonującymi rzeczywistość. Filozofia tomistyczna, nawiązując do Arystotelesa, uznaje piękno, dobro, prawdę za cechy bytu, czyli tego, co jest. Dla tomisty normy i oceny wyrażają byt, mają zatem moc poznawczą. Antykognitywista zakłada natomiast, że piękno czy dobro nie są cechami bytu. Stanowisko takie jest charakterystyczne dla koncepcji poznania mających swe korzenie w filozofii Kanta.

W sporach prawniczych, które z takiej podbudowy filozoficznej najczęściej nie chcą korzystać, częste jest odwoływanie się do racjonalności praktycznej, zdroworozsądkowej, która zdaniem zwolenników prawa natury dopuszcza łączenie w argumentacji wiedzy opisowych i oceniających. Częściowo jest to przyczyną powożenia, jakim wśród prawników cieszy się stanowisko dyskursywno-argumentacyjne, które przedstawiliśmy w cz. I w rozdziale 7.

Bardzo interesująca z punktu widzenia przedstawionej wyżej tezy o tym, że wpływowe poglądy filozoficzne budowane przez prawników starają się ukryć lub zminimalizować swoje związki z systemami filozoficznymi, jest koncepcja prawa natury J. Finnisa.<sup>160</sup> Finniss wyprowadza bezpośrednio swoje poglądy z filozofii tomistycznej. Jak jednak zauważa P. Łabieniec,<sup>161</sup> punktem wyjścia teorii Finnisa nie są ani założenia ontologiczne czy metafizyczne, ani w szczególności teza o istnieniu Boga — tym zasadniczo koncepcja różni się od innych tomistycznych teorii prawa naturalnego. Finniss buduje swą teorię, odwołując się do dostępnych każdemu w poznaniu praktycznym podstawowych wartości ludzkiej egzystencji. Punktem wyjścia jego koncepcji jest więc zdroworozsądkowe, przed-filozoficzne poznanie praktyczne. Dopiero po zbudowaniu tak ugruntowanej koncepcji prawa natury wykazuje jej zgodność z koncepcją tomistyczną.

Najważniejsza dla filozofii prawa natury lista dóbr podstawowych, stanowiąca jeden filarów teorii Finnisa, jest uzasadniona zwolnito to tej koncepcji uzyskać znaczący wpływ na anglosaską fi-

<sup>160</sup> J. Finniss, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press 1980.  
<sup>161</sup> P. Łabieniec, J. Raza i J. Finnisa poglądy na temat istoty praw podmiotowych (rights) (w: *Zmiany w teorii prawa*, red. L. Leszczyński, Lublin 1999, s. 293–305. Wykorzystuję również tezy tego autora zawarte w pracy *Johanna Fimmisa teoria prawa naturalnego* (rozprawa doktorska — naszytnopis), Łódź 1998.



lozofię prawa. Zarysowane zostało bowiem stanowisko prawnonaturalne, z którym pozytywistycznie zorientowana anglosaska myśl prawnicza mogła polemizować lub odwoływać się do niego bez angażowania się w spory metafizyczne.

Lista dóbr podstawowych, której broni Finnis to: życie, wiedza, zabawa, przeżycie estetyczne, towarzyskość (przyjaźń), praktyczna rozumność i religia. Uważa on, że wszelkie inne wartości są albo kombinacją, albo uszczegółowieniem wyżej wymienionych, choć bywają specjalnie nazwane. Fundamentalność tych wartości polega na tym, że są jednakowo oczywiste (*self-evident*) i nie ma możliwości, zdaniem Finnisa, aby analitycznie sprowadzić którąś z nich do wartości innej. Wartości te nie są także uporządkowane hierarchicznie. Cechuje je oczywistość, ale nie znaczy to, że są wpisane w ludzki umysł od urodzenia (i w tym sensie „wrodzone”) czy też aktualnie rozpoznawane i akceptowane przez wszystkich ludzi. Nie jest też tak, by akceptacja owych wartości nie wymagała przyjęcia pewnych założeń. Można wyróżnić kilka przypadków oczywistości zasad. Finnis podaje następujące przykłady zasad oczywistych.<sup>162</sup>

- 1) zasady logiki, np. formuły wnioskowania dedukcyjnego, obecne w sposób konieczny w ludzkim myśleniu nawet wówczas, gdy nie da się ich uzasadnić;
- 2) zasada nakazująca podanie racji uznawania czegoś za istniejące, chyba że zachodzą ważne względy przemawiające za tym, by tego rodzaju racji nie oczekiwać;
- 3) dyrektywa nakazująca odrzucenie tezy samozaprzeczającej, zjawiska należy uznawać za rzeczywiste, zasada głosząca, że zjawiska należy przemawiają za tym, by odróżnić, chyba że dostateczne racje przemawiających wyborów treść spostrzeżenia od rzeczywistości dokonywanych wyborów i zachowań, czyli od spokoju sumienia albo zgodności słów i czynów;
- 5) pokój w relacji z Bogiem (bogami) lub jakimś innym, ponadludzkim źródłem sensu i wartości;
- 6) nakaz poprzedzenia całościowego opisu danych opisami poszczególnych części;
- 7) zasada mówiąca, że metoda interpretacji, która okazała się trafna winna być stosowana do innych, podobnych przypadków racji;
- 8) zasada, zgodnie z którą teoretyczne twierdzenia odznaczające się prostotą, skutecznością przepowiadania i siłą uzasadniania powinny być akceptowane przed innymi twierdzeniami.

Wskażane zasady są, zdaniem Finnisa, zasadami racjonalności teoretycznej. Nie opisują jakiejś rzeczywistości, nie można dobrać dowodzenia. Mają charakter obiektywny, nie są wynikiem konwencji, choć nie poznaje się ich na drodze „prostej naoczności” ani też ich ważność nie jest jedynie sprawą czyichś odczuć bądź intuicji. Nie przesądzają one treści poznania teoretycznego, lecz są raczej zasadami metodologicznymi.<sup>163</sup> Złamanie ich jest nieracjonalne, jednak nie zawsze ma charakter zachowania bezsensownego.

Na tym, zdaniem Finnisa, polega różnica między zasadami racjonalności a regułami logiki, które wyznaczają elementarne warunki sensowności wypowiedzi. W podobny sposób oczywiście są podstawowe praktyczne zasady odpowiadające poszczególnym dobrom podstawowym.

Jak zauważa P. Łabieniec, wartości podstawowe są rozumiane przez Finnisa w szczególny sposób.<sup>164</sup> Mówiąc na przykład o wiedzy jako o jednym z podstawowych dóbr ludzkich zaznacza, że nie należy rozumieć tego w ten sposób, iż każde prawdziwe stwierdzenie jest warte poznania w równym stopniu, że o każdy rodzaj wiedzy trzeba jednakowo zabiegać. Więcej warta jest wiedza dotycząca tego, czy twierdzenia postawione w jakiejś książce są prawdziwe, czy fałszywe, niż wiedza o tym, ile miligramów tuszu zużyto do jej wydrukowania. Wartość wiedzy nie może być także utożsamiana z tezą, że każda wiedza jest w równym stopniu wartościowa dla każdego ani też, że jest ona wartością najwyższą. Wiedza nie jest również rozumiana tu jako wartość moralna. Dyrektywa „należy dążyć do uzyskania wiedzy” nie jest nakazem moralnym, nie ustala celów. Ostatecznie twierdzenie, że wiedza jest wartością jakichś innych, nie jest tu traktowana jako instrument do osiągnięcia jakichś innych celów. Ostatecznie twierdzenie, że wiedza jest wartością znaczący tyle, wyjaśnienie się na dążenie do wiedzy wyjaśnia (choć nie jest to dążeniem pełne) różne przypadki ludzkich zachowań. Życie jest dla Finnisa podstawową wartością odpowiadającą dążeniu do przetrwania. Łatwo dostrzec to dążenie u ludzi, niezależnie od tego, w jakim kręgu kulturowym żyją. Poszczególne kul-

**dobra  
podstawowe**

<sup>162</sup> P. Łabieniec, *J. Finnis'a teoria...*, s. 90 i n.

<sup>163</sup> J. Finnis, *Natural Law...*, s. 68.

<sup>164</sup> P. Łabieniec, *J. Finnis'a teoria...*, s. 93 i n.



tury wypracowały jedynie różne sposoby dbania o przetrwanie jednostki i społeczności. Finnis jednak rozumie „życie” bardzo szeroko. Oznacza ono dla niego „wszelki aspekt vitalności”, a więc dbałość o zdrowie fizyczne i psychiczne oraz wolność od bólu, a także bezpieczeństwo fizyczne. Uznaje także prokreację za aspekt wartości życia odróżnia Finnis’a w od Akwinaty, który utrzymywał, że życie i prokreacja są dwiema oddzielnymi wartościami. Finnis odróżnia jednak samo dążenie do posiadania dzieci, które — jako przejaw przekazywania życia — jest aspektem życia jako wartości podstawowej, od pragnienia wychowania dzieci (ukształtowania ich postaw i dostarczenia im pewnego zasobu wiedzy), które jest raczej aspektem innej wartości — życia w społeczności (*sociability*).

Antropologdy najczęściej nie traktują zabawy jako samodzielnej lub tym bardziej podstawowej wartości ludzkiej, ale Finnis opowiada się za tym nurtem antropologii, który traktuje zabawę jako wartość nieredukowalną do żadnej innej. Już Platon przedstawił pogląd, że Bóg stworzył człowieka, by się nim bawić. Na życie człowieka należy więc patrzeć jako na swoistą zabawę z Bogiem. Owa zabawa (czy gra) przejawia się nie tylko w zachowaniach jawnie rozrywkowych, ale także w tych, które tradycyjnie uważane są za zachowania „poważne” (jak na przykład biznes). Zabawa stanowi podstawowy i nieodzowny składnik ludzkiej natury. Element zabawy może być obecny w każdym rodzaju ludzkiej aktywności; da się ów element wydobyc na drodze analitycznej i odróżnić od tego, co poważne.

Podobnie przedstawia się sprawa przeżycia estetycznego (*aesthetic experience*). Zazwyczaj jest ono składnikiem jakichś innych działań, nie nakierowanych na doświadczenie piękna. W ich przypadku można jednak oddzielić doświadczenie piękna od innych składników zachowania. Taka sytuacja zachodzi na przykład w przypadku gry, w której poszczególne zagrania lub ruchy są uważane przez znawców za piękne, choć celem gry jest osiągnięcie zwycięstwa, a więc zabawa, a nie doświadczenie piękna. Są także zachowania nakierowane bezpośrednio na doświadczenia piękna, gdzie inne składniki są albo drugorzędne, albo w ogóle nieobecne. Zdaniem Finnis’a, pozwala to uznać przeżycie estetyczne za odrębną, pierwotną wartość.

Towarzyskość (*sociability*), nawet w swej najsłabszej postaci, jest wartością rozumianą jako zapewnienie minimum pokoju i harmonii między ludźmi. Wartość ta w swej najsilniejszej postaci ujawnia się w przyjaźni. Bywa często tak, że współpraca między ludźmi

ma czysto instrumentalny charakter i służy celom postawionym przez jedną tylko lub obie strony takiej relacji. W przyjaźni natomiast celem każdej ze stron relacji jest dobro tej drugiej strony, realizacja jej celów.

Religia w koncepcji Finnis’a ma szerokie znaczenie. Wyraża ona ludzką zdolność i potrzebę wykraczania poza wymiar własnego życia i wymiar kosmosu poprzez stawianie egzystencjalnych pytań i poszukiwanie na nie odpowiedzi. Jak zauważa P. Labieniec,<sup>165</sup> religią jest zatem sama zdolność człowieka do stawiania pytań egzystencjalnych. To podstawowe dobro jest doświadczone także przez agnostyków, a nawet ateistów, którzy pytają o istnienie Boga czy o sens ludzkiego życia (w wymiarze indywidualnym i zbiorowym) rozstrzygają negatywnie lub pozostawiają je bez odpowiedzi. Cechą charakterystyczną teorii prawa naturalnego prezentowanej przez Finnis’a jest to, że religia nie stanowi punktu wyjścia całej teorii, nie musi też być zakładana jako niezbędna presupozycja uzasadnienia prawa naturalnego.

Ostatnią z wymienionych przez Finnis’a wartości jest praktyczna rozumność (*practical reasonableness*), którą charakteryzuje on jako zdolność wykorzystania inteligencji do działania w sposób efektywny, rozumnego wybierania celów swego działania i stylu życia, a także kształtowania swego charakteru. Od strony negatywnej praktyczna rozumność stanowi ograniczenie efektywnej wolności człowieka, lecz od strony pozytywnej pozwala ona nadać rozumny porządek własnym zachowaniom. Porządek ten w aspekcie wewnętrznym jest rozumiany jako zdolność do nadawania własnym emocjom i dążeniom wewnętrznego ład, owocującego pokojem umysłu. W aspekcie zewnętrznym polega na nadawaniu własnym działaniom charakteru autentycznego, czyli na wyrażaniu w działaniu własnych ocen dokonywanych w sposób wolny, własnych preferencji, ocze-kiwań i samookreślenia. W teorii Finnis’a wymogi praktycznej rozumności (rozumu praktycznego) wyznaczają warunki poprawnego sposobu badania prawa.

Wymienione wyżej wartości nie mają zatem charakteru moralnego, są „praktycznymi zasadami”, których obecność poprzedza moralność. Finnis uważa bowiem, że nie można wszystkich ludzkich dóbr zredukować do jakiejś jednej wartości. Jednocześnie jednak wśród tych wymogów znajdujemy żądanie szacunku dla każdej podstawowej wartości w każdym działaniu.

<sup>165</sup> P. Labieniec, *J. Finnis’a teoria...*, s. 96.



Lon Luvois Fuller (1902–1978) jest autorem bardzo wpływowej koncepcji prawa natury o zmiennej treści, opartej na katalogu minimalnych warunków formalnych, które tworzą tzw. wewnętrzną moralność prawa.<sup>166</sup> Wprowadzeniem do tej koncepcji jest różniczenie moralności dążeń i moralności obowiązków. Pierwsza z nich znalazła najpełniejsze ucieleśnienie w filozofii greckiej. Jest to moralność wskazująca drogę do życia pełnego, godnego, doskonałego. Wypełnienie wskazań moralności dążeń prowadzi człowieka do pełnej samorealizacji. Nie jest to moralność oparta na pojęciu winy i kary; jeśli podmiot moralny nie sprosta jej wymogom, można mu zarzucić jedynie, że mu się nie powiodło, nie zaś, że nie wypełnił obowiązku. Skoro nie ma w niej norm, to nie można mówić o naruszeniu obowiązku. Moralność dążeń oferuje człowiekowi tylko aspirację. Jeśli ktoś za nimi nie podąża, to można go krytycznie ocenić jako obywatela lub urzędnika, ale w zasadzie zasługuje raczej na współczucie niż na potępienie.

O ile punktem wyjścia dla moralności dążeń są szczytowe osiągnięcia ludzkie, o tyle takim punktem dla moralności obowiązków jest najniższy szczebel wymagań stawianych człowiekowi. Moralność aspiracji oferuje ideały i postuluje, aby do nich dążyć. Ponieważ ideały są heroiczne, nie można poważnie zobowiązać kogoś normą, aby je zrealizował, bowiem tylko nieliczni mogą być bohaterami. Od przeciętnego człowieka można żądać jedynie, aby w miarę swych możliwości dążył do wskazanych ideałów i cenił je.

Inną koncepcję moralności zawiera moralność obowiązków. Jest ona zbiorem norm, do których spełnienia zobowiązani są wszyscy, gdyż są to reguły zapewniające przetrwanie społeczeństwa lub umożliwiającej realizację jego celów. Jako przykład można tu wskazać Dziesięć Przykazań. W taką koncepcję moralności wbudowana jest koncepcja grzechu. Skoro nie spełniłem normy, do której przestrzegania wszyscy są zobowiązani, to jestem winny i powinienem ponieść karę. Po nalożeniu na skalę dążeń ideałów, które kryją się za normami moralności obowiązków okaże się, że moralność obowiązków nie może uzasadniać swych norm najwyższymi aspiracjami zawartymi w moralności dążeń. Nikt nie byłby w stanie takich norm spełnić. W którymś miejscu tej skali aspiracji wskazówka wskazywałaby punkt kończący zakres działania obowiązków (moralności obowiązków), stanowiący jednocześnie początek obszaru wskazówek czystej moralności dążeń, która w odniesieniu do najwyższych idea-

<sup>166</sup> L.L. Fuller, *Moralność prawa*, Warszawa 1978.

Filozofia Finnisa postrzegana jest jako otwarta na dialog z pozytywizmem prawniczym. P. Łabieniec wskazuje następujące przejawy otwartości tej filozofii na dialog z pozytywistycznymi koncepcjami prawa:<sup>166</sup>

- a) zaakceptowanie przez Finnisa podstawowego dla pozytywistów założenia filozoficznego o niemożności przejścia od „bytu” do „powinności” albo dokładniej — o niepoprawności wyproszczenia norm i ocen ze zdań w sensie logicznym;
- b) sam wybór punktu wyjścia teorii: nie są nim żadne założenia metafizyczne dotyczące istnienia Boga ani treści ludzkiej natury czy też natury świata, lecz praktyczna rozumność lub ludzkiej spontanicznej, zdroworozsądkowej refleksji dotyczącej ludzkiego postępowania;
- c) wykorzystanie wcześniej podejmowanych prób wskazania wartości podstawowych, a w szczególności koncepcji „minimum prawa naturalnego” zawartej w pracach Harta (por. s. 193);
- d) wyraźna akceptacja autonomii obowiązywania prawa pozytywnego.

Koncepcja Finnisa należy do nurtu filozofii prawa, który przedstawia treść prawa naturalnego. Jak już zauważyliśmy analizując argument prawnonaturalny, w dyskursie prawniczym dużą rolę odgrywa jednak pogląd, zgodnie z którym nie można odnaleźć jednej realnej treści naczelnej normy. Każda taka norma mogłaby być bowiem zanegowana w różnych warunkach życia ludzkiego. Stąd obrona powszechności prawa jest możliwa tylko w wymiarze formalnym.

Jak pamiętamy, tezę tę zawierała już myśl Kanta, którego imperatyw kategoryczny nie był normą merytoryczną. W pracach R. Stammlera (1856–1938) pojawiła się po raz pierwszy koncepcja prawa natury o zmiennej treści. Prawo natury jest w niej traktowane jako ogólna metoda poszukiwania prawa słusznego w określonych warunkach. Zdaniem Stammlera, podobnie jak w filozofii Kanta, prawo natury jest bezwzględnie ważną formą, którą można zastosować w określonych warunkach. Treść tego prawa jest natomiast zmienna, adekwatnie do określonych potrzeb.<sup>167</sup>

## R. Stammler

<sup>166</sup> P. Łabieniec, *J. Finnisa teoria...*, s. 252.

<sup>167</sup> Por. na ten temat M. Szyszakowska, *Neokantyzm. Filozofia społeczna wraz z filozofią prawa i filozofii etyki*, Warszawa 1970; tejsze, *U źródeł współczesnej filozofii prawa i filozofii etyki*, Warszawa 1972.



łów już niczego nie traktuje jako obowiązku, lecz tylko postuluje dążenie do takich wzorców.

Dyskusyjne jest określenie owego miejsca na skali aspiracji, w którym musi zatrzymać się moralność obowiązku, ale Fuller przestrzega przed wyolbrzymianiem trudności z tym związanych. Wadnym wyznacznikiem tego miejsca jest, jego zdaniem, odrzucenie platońskiego widzenia moralności, które uzależnia wskazanie reguł postępowania od wcześniejszego określenia ideału, do osiągnięcia którego reguły te wyznaczają drogę. W moralności pojmowanej na sposób platoński wszystkie reguły w istocie należą do moralności dążeń, na której obszarze nie można szukać bariery między faktami a wartościami, podobnie jak w estetyce. Bariera ta jest obecna jedynie na obszarze moralności obowiązku, która to sfera jest w swej istocie najbardziej spokrewniona z prawem.

Pod adresem prawa pozytywnego nie można zatem formułować żądań, aby realizowało w swych normach aspiracje moralności dążeń. Ze swej istoty dąży ono do osiągnięcia skuteczności swoich norm, a ten wymóg w moralności aspiracji nie jest istotny. Prawo to dla Fullera przedsięwzięcie polegające na poddaniu zachowania ludzkiego panowaniu reguł.

Prawo jest zatem działalnością celową — a więc nie tylko zbiorem reguł, lecz również formą aktywności, której powodzenie zależy od energii, przenikliwości, inteligencji i sumienności prowadzących ją, zaś pełna realizacja celów podlega stale modyfikacjom oraz redukcjom. W każdej działalności obowiązują nas swoiste reguły dobrej roboty. Również budując porządek oparty na prawie musimy znać zasady budowy dobrego porządku prawnego. Ich zbiór nazwał Fuller „wewnętrzną moralnością prawa”. Od spełnienia tych zasad zależy, czy prawodawca będzie mógł skutecznie kierować życiem podległej sobie społeczności. Wymogi wewnętrznej moralności prawa mają charakter wymagań moralności dążeń i w tym sensie nie stanowią one obowiązków — ani prawnych, ani moralnych. Fuller wskazuje na osiem takich wymogów.

Pierwszy z nich to wymóg ogólności (*generality*), czyli istnienia ogólnych zasad, którym ma być podporządkowane zachowanie ludzkie. Oznacza to, że prawo powinno działać bezosobowo, jego przepisy powinny dotyczyć ogólnych grup i nie zawierać nazw własnych. Bezwzględność działania tego postulatowi jest łączona przez działanie zasady słuszności (*fairness*), która należy do wewnętrznej moralności prawa. Takie ogólne zasady muszą istnieć od tego, czy są treściowo dobre, czy złe.

**prawo jako  
działalność  
celowa**

**wymogi  
wewnętrznej  
moralności  
prawa**

Drugi wymóg to konieczność ogłaszania prawa, przy czym nie chodzi tu o promulgację w sensie techniczno-prawnym, lecz o takie ogłoszenie, by z treścią przepisu zapoznał się adresat. Fuller uważa, że szaleństwem byłoby dążenie, aby każdy obywatel w pełni znał i rozumiał wszystkie prawa, które mogą być wobec niego stosowane; chodzi raczej o to, aby prawo było dostępne, ilekroć adresat pragnie poinformować się co do jego treści.

Postulat trzeci nakazuje spełnienie zasady *lex retro non agit*. Fuller stwierdza że prawo z mocą wsteczną jest czymś monstrualnym. Nie jest możliwe kierowanie czymś zachowaniem czy kontrolowanie tego zachowania za pomocą przepisów, które będą obowiązywać dopiero w przyszłości. Fuller dopuszcza jednak sytuacje, w których naruszenie zasady o nienadawaniu prawu mocy wstecznej jest nie tylko możliwe, ale wręcz konieczne dla utrzymania praworządności. Są to jednak sytuacje o charakterze wyjątkowym.

Czwarty postulat to wymóg jasności praw, który dla Fullera jest jednym najistotniejszych składników praworządności. Prawodawstwo niespójne, niezrozumiałe, może sprawić, że praworządność stanie się nieosiągalna dla kogokolwiek.

Postulat piąty głosi potrzebę niesprzeczności systemu prawa. Spełnienie tego postulatu jest trudne, bowiem niełatwo wykręcić sprzeczności w systemie oraz sformułować w terminach ogólnych, na czym dana sprzeczność polega. Fuller wskazuje, że rozstrzygnięcie o niespójności systemu musimy brać pod uwagę nie tylko okoliczności techniczne, ale przede wszystkim te o charakterze prawnym, moralnym, politycznym, ekonomicznym i socjologicznym.

Postulat szósty wymaga, by prawo nie żądało niemożliwego. Prawa, które domagają się niemożliwego mogą służyć nieograniczonej i bezprawnej władzy tyranów. Szereg przykładów praktycznych przywołanych przez Fullera wskazuje na trudność wytyczenia jasnej granicy pomiędzy tym, co jest skrajnie trudne, a tym, co niemożliwe. Między owymi dwiema możliwościami istnieje obszar, na którym spotyka się moralność wewnętrzną z moralnością zewnętrzną. „Prawo nie powinno nakładać na człowieka niemożliwych do spełnienia obowiązków, ale nie może też go chronić od przyjętej na mocy umowy odpowiedzialności za zdarzenia od niego niezależne.” Tak więc wymóg, by prawo nie domagało się niemożliwego musi być rozważany na tle różnych tytułów odpowiedzialności.

Siódmy postulat odnosi się do trwałości prawa w czasie, a więc domaga się, by nie zmieniano się ono zbyt często.



Ostatni, ósmy postulat jest wymogiem zgodności między działaniem urzędowym a prawem. Postulat ten, jak twierdzi Fuller, jest najbardziej skomplikowany ze wszystkich wymogów wewnętrznej moralności prawa. Zgodność ta może być naruszona na wiele sposobów, na przykład przez błędną interpretację, niedostępną prawną, przekupstwo itd. Wobec tego problemu środki proceduralne mające zapobiegać niezgodności działania urzędników i prawa przybierają różną postać; mogą mieć na przykład formę gwarancji konstytucyjnych, wykładni prawa itp.

Te osiem zasad można wyrazić w następujących regułach,

w postaci postulatów kierowanych do prawodawcy:

- 1) reguły prawne powinny mieć charakter ogólny (generalny), nie należy kierować ich do poszczególnych podmiotów wskazanych, za pomocą nazw własnych, lecz do pewnych klas podmiotów, oznaczonych nazwami generalnymi;
- 2) prawo powinno być ogłoszone w taki sposób, by każdy z jego adresatów mógł się zapoznać z jego treścią;
- 3) nie należy ustanawiać reguł prawnych działających z mocą wsteczną;
- 4) reguły prawne powinny być wyrażane w języku zrozumiałym dla ich adresatów;
- 5) prawodawca nie powinien wprowadzać świadomie do systemu prawa norm sprzecznych z normami należącymi już do tego systemu;
- 6) reguły prawne nie mogą swym adresatom stawiać wymagań niemożliwych do spełnienia;
- 7) prawo powinno odznaczać się względną stałością;
- 8) urzędy powinny w swoim działaniu ściśle przestrzegać wymogów prawa.

Fuller uznaje koncepcję wewnętrznej moralności prawa za odmianę prawa natury, różniącą się jednak istotnie od wielu znanych doktryn tego rodzaju. Badane przez niego wymogi stawiane prawu — będące prawami natury — dotyczą wprowadzanie jednej z najważniejszych dziedzin ludzkiej działalności, lecz nie wyczerpują całości życia moralnego ludzi. Na tym właśnie polega różnica między moralnością wewnętrzną a zewnętrzną.

Pierwsza z nich tworzy formalną odmianę prawa natury, podczas gdy druga stanowi jego postać materialną. Fuller twierdzi jednocześnie, że wewnętrzna moralność prawa wpływa na materialne cele, jakie mogą być osiągnięte przez prawo, i ogranicza te cele.

nego w stosunku do prawa pozytywnego, nie stanowi też podstawy dla oceny treści poszczególnych regulacji prawnych.

Z teorii tej rekonstruuje się następujące założenia: uznanie twórczej roli rozumu w zakresie zagadnień prawnych i moralnych, nierozdzielność bytu i powinności, powiązań faktów i wartości oraz związku celów i środków. Rozumność ma w tej koncepcji charakter praktyczny. Racjonalność właściwa prawu natury łączona jest z twórczym *fiat* prawodawcy zdolnego do podporządkowania swej arbitralności wymaganiom rozumu. Fuller odrzuca rozum teoretyczny, charakterystyczny dla myślicieli Oświecenia, według którego z rozumu może być wywieziony wieczny „kodeks natury”, znajdujący zastosowanie w każdym konkretnym przypadku. Słabość pozytywistycznych teorii prawa tkwi, zdaniem Fullera, w niedocenieniu przez pozytywistów celowościowego charakteru prawa. Jednocześnie Fuller sceptycznie ocenia możliwości racjonalnego określenia naczelnych celów działalności ludzkiej.

Wymogi „wewnętrznej moralności prawa” służą tylko wyznaczeniu procedury racjonalnego doboru środków do realizacji postawionych sobie celów. Z tego względu Fuller określa swoją teorię mianem „formalnej” albo „proceduralnej” wersji prawa natury. W tym właśnie, praktycznym sensie uważa pytanie „co to jest dobre prawo?” za równoważne pytaniu: „co to jest prawo?” Z tego argumentu wynika możliwość nazwania legalizmem tworzenia „dobrego” systemu prawa, czyli prawa skutecznego i dobrze funkcjonującego.

Legalność pojęta w ten sposób powinna respektować pięć następujących zasad określających istotę zastosowania ośmiu wymogów wewnętrznej moralności prawa:<sup>169</sup>

- 1) pod pojęciem „prawa” (rozumianego jako prawo pozytywne) nie może się nie każdy oficjalny akt władzy państwowej, ale tylko te akty, które dotyczą doniosłych społecznie kwestii;
- 2) naruszenie wymogów proceduralnego prawa natury ma tendencję do działania kumulatywnego; nieprzestrzeganie jednego lub kilku z tych wymogów pociągać może za sobą konieczność naruszenia innych; np. brak troski o jasność i spójność prawa może prowadzić do konieczności stanowienia prawa z mocą wsteczną; brak troski o to, by prawo nie wymagało czegoś, co jest niemożliwe, prowadzi z kolei do dowolnego stosowania prawa;

<sup>169</sup> L.L. Fuller, *Moralność prawa...*, s. 137 i n.



3) stosowanie nakazu promulgacji prawa i zakaz retroakcji powinny być rozpatrywane w ścisłym związku z wiedzą o poziomie świadomości moralnej danego społeczeństwa; jeśli nowe prawo w swej treści zgodne jest z powszechnie aprobowanymi w społeczeństwie zasadami moralnymi, to wprowadzenie go w życie z mocą wsteczną nie stanowi naruszenia zakazu retroakcji, gdyż prawo takie w istocie nie ustanawia nowej regulacji, lecz potwierdza już istniejącą;

4) surowość stosowania ośmiu wymogów łącznie oraz ich uporządkowanie względem siebie według stopnia ważności zależy od tego, do jakiej dziedziny prawa i do jakiego rodzaju przepisów je stosujemy;

5) ponieważ postulaty wewnętrznej moralności prawa (proceduralnego prawa natury) mają cechy wymogów moralności dążeń, możliwe są stany rzeczy, w których wymogi te będą realizowane w mniejszym lub większym stopniu; związki między proceduralnym i materialnym prawem natury w koncepcji Fullera; por. legają przede wszystkim na tym, że proceduralne prawo natury powinno służyć osiągnięciu celów wskazywanych przez materialne prawo natury; zdaniem Fullera, jest to skuteczny środek służący do realizacji tych celów; z drugiej strony, materialne prawo natury nie ma w pełni charakteru autonomicznego, jest uwarunkowane proceduralnym prawem natury; ich wspólnym elementem jest celowość.

Minimalizm filozoficzny prawniczych koncepcji prawa naturalnego najbardziej uwiódł się w Niemczech po II wojnie światowej. Mimo rozwiniętej tradycji filozoficznej, w niemieckiej myśli prawniczej największą rolę odegrała koncepcja prawa natury nie nawiązująca do założeń metafizycznych i oparta na krytyce „ustawowego bezprawia”, charakterystycznego dla Niemiec hitlerowskich. Wiąże się ona z nazwiskiem Gustawa Radbrucha (1878–1949). Radbruch, początkowo zwolennik pozytywizmu prawniczego, po II wojnie światowej poddał to stanowisko krytyce, ale z założeniem jednocześnie pewnych ograniczeń stanowiska prawnonaturalnego.

Stanowisko to, nazywane „formułą Radbrucha”, zarzuca pozytywizmowi prawniczemu, że w pewnych warunkach politycznych społecznych może prowadzić prawników do ograniczenia wartości moralnej, gdyż ułatwia zajęcie postawy konformistycznej wobec nieludzkiego prawa poprzez uznanie za legalne konflikt pogodnego z takim prawem. Może się wówczas pojawić konflikt po-

sadzie konflikt ten, zgodnie z ideą pozytywizmu, powinno się rozstrzygać na korzyść bezpieczeństwa prawnego, to jednak w wyjątkowych sytuacjach trzeba przyznać pierwszeństwo zasadzie sprawiedliwości. Ustawa rażąco sprzeczna z wymogami sprawiedliwości może wówczas utracić moc obowiązującą ze skutkiem wstecznym. Radbruch dopuszczał również możliwość odmówienia charakteru prawa całemu systemowi normatywnemu i związanej z nim praktyce jego stosowania. Zdaniem Radbrucha — choć tylko w wyjątkowych sytuacjach — istnieją zasady prawne silniejsze od prawa pozytywnego, które pozbawiają ustawę mocy obowiązującej.<sup>170</sup>

Formuła Radbrucha — oparta na zasadzie obowiązywania prawa pozytywnego, które jednak w sytuacji jego wyjątkowo rażącej sprzeczności z zasadą sprawiedliwości traci swą moc obowiązującą — wywarła znaczny wpływ nie tylko na debaty filozoficzno-prawne, ale również na orzecznictwo sądów niemieckich. Związczą Federalny Trybunał Konstytucyjny odwoływał się do formuły Radbrucha, wypowiadając się na temat prawa nazistowskiego. Do formuły Radbrucha powrócono w latach dziesięćdziesiątych w sprawach dotyczących rozliczania przeszłości byłej NRD, a w szczególności przy osądzeniu tzw. strzelców przy Murze Berlińskim.<sup>171</sup>

## Literatura

- Cycero, *O prawach* (w:) *Pisma filozoficzne*, t. II, PWN, Warszawa 1960  
Cycero, *O państwie* (w:) *Pisma filozoficzne*, t. II, PWN, Warszawa 1960  
H. Grocjusz, *O prawie wojny i pokoju*, Warszawa 1957  
J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press 1980  
M. Szyszkowska, *Neokantyzm. Filozofia społeczna wraz z filozofią prawa natury o zmiennej treści*, Warszawa 1970  
M. Szyszkowska, *U źródeł współczesnej filozofii prawa i filozofii człowieka*, Warszawa 1972  
R.A. Tokarczyk, *Filozofia prawa w perspektywie prawa natury*, Biały-stok 1996  
L.L. Fuller, *Moralność prawa*, Warszawa 1978  
G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Stuttgart 1963

<sup>170</sup> G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Stuttgart 1963, s. 335 i n.  
<sup>171</sup> Por. R. Alexy, *W obronie niepozytywistycznej koncepcji prawa*, Państwo i Prawo 1993, nr 11–12.



#### 4. Pierwotny pozytywizm prawniczy

Pozytywizm nie jest tak starą teorią prawa jak koncepcje prawa natury. Na jego powstanie w XIX w. złożyło się szereg czynników. Jednym z podstawowych było powstanie biurokratycznego aparatu państwowego.

**pozytywizm  
a państwo  
biurokratyczne**

Biurokracja w tym wypadku nie jest pejoratywnym określeniem, którego używa się dla określenia nadmiernej formalizacji i opieszłości działania urzędników, lecz oznacza pewien sposób zorganizowania aparatu państwowego, tak aby był on jako całość zdolny do podejmowania racjonalnych decyzji. Mówiąc w pewnym uproszczeniu, organizację państwa feudalnego można scharakteryzować poprzez tradycję. Władca był legitymowany do sprawowania władzy ze względu na tradycję dzierżenia tej władzy przez rodzinę, z której pochodził. Zazwyczaj tradycja taka była wsparta pewnym mitem na temat pochodzenia władzy. Organizacja aparatu państwowego wynikała również z tradycji historycznej. Struktura stanowisk w państwie była odbiciem dawnych stanowisk dworskich, a nie rezultatem racjonalnych decyzji i poglądów na temat racjonalnego sposobu ich podejmowania w zarządzaniu państwem.

Tak zwane państwo nowoczesne opiera się na koncepcji racjonalnego podejmowania decyzji przez aparat państwowy. Musi on być zdolny do rozpoznawania potrzeb danego społeczeństwa, aby następnie wskazać przynajmniej niektóre z tych potrzeb jako cele, do realizacji których państwo powinno zmierzać. Ostatni moment to dobór przez aparat państwowy najlepszych środków dla realizacji zadanych mu celów. Wyboru tych środków dokonuje się głównie w oparciu o wykorzystanie wiedzy ekspertów i analizę kosztów. Istotą tej racjonalności jest zatem instrumentalne dobieranie najlepszych środków do osiągnięcia zamierzonych celów, dlatego nazywa się ją racjonalnością instrumentalną.

W państwach demokratycznych wyrażaniem potrzeb społeczeństwa i, co za tym idzie, wskazywaniem celów działania aparatu państwowego zajmują się tylko najwyższe organy władzy, wybierane w demokratycznych wyborach. Niebezpieczeństwo usamodzielnienia się biurokratycznego aparatu państwowego pojawia się natomiast w państwach niedemokratycznych i totalitarnych. Niektórzy właśnie takim sposobem zorganizowania państwa hitlerowskiego i stalinowskiego wyjaśniają skalę zbrodni, do których te państwa były zdolne.

**racjonalność  
instrumentalna**

Tradycyjne państwa, nawiązujące do koncepcji feudalnej, były niezgodne do takiego zorganizowania swoich działań. Jednocześnie powstanie społeczeństw przemysłowych i znaczne skomplikowanie zadań państwa spowodowało, że głównie na przełomie XVIII i XIX w. doszło do przekształcenia tradycyjnego sposobu zarządzania państwem. Zarządzanie to w większości państw oparto na założeniach racjonalności instrumentalnej. Wieki XIX i XX to okres tworzenia się wielkich państw biurokratycznych, do zadań których w XX w. dołączono jeszcze opiekę socjalną nad niektórymi biednymi grupami społecznymi.

Jak przedstawia się rola prawa w tak zorganizowanym państwie? Aparat państwowy zaczyna być głównym czynnikiem wpływającym na tworzenie prawa, które staje się instrumentem zarządzania społeczeństwem. O ile w państwie tradycyjnym prawo było rezultatem procesów społecznych, które dokonywały się spontanicznie, o tyle w nowoczesnym państwie jest ono wynikiem działań racjonalnego aparatu państwowego. Przestaje być prawem, w którym dominują normy powstające w drodze ustalania się zwyczajów społecznych. Normy te są wypierane przez racjonalnie tworzone instytucje prawne.

Oczywiście, w takim modelu prawa i państwa rośnie rola legalności decyzji organów państwowych. Hierarchia norm prawnych zostaje przyporządkowana hierarchii organów państwowych. Dzięki temu organ niższego szczebla nie może wydawać norm prawnych czy decyzji o wyższej randze niż organ wobec niego nadrzędny. Powstają mechanizmy usuwania sprzeczności w prawie, których obecność byłaby zaprzeczeniem racjonalności.

Wszystko to oznacza znaczne usamodzielnienie się prawa w stosunku do innych części kultury. W tradycyjnym państwie i społeczeństwie formalne oddzielenie prawa i moralności było praktycznie niemożliwe. Zwyczaj tradycja stanowiła dominujące źródło wszelkich norm, jakimi kierowało się to społeczeństwo, a więc zarówno moralnych, jak i prawnych. W nowym modelu państwa i społeczeństwa prawo tworzy się w osobny sposób po to, aby osiągnąć zamierzone cele społeczne. Prawo jakby projektuje przyszłe społeczeństwo. Odrębne są również sposoby wydawania wyroków i decyzji w oparciu o normy prawne. Egzekwowanie tych wyroków i decyzji w znacznym stopniu zostaje poparte przymusem państwowym. O ile w społeczeństwie tradycyjnym przymus mogły stosować również osoby fizyczne w celu ochrony swoich interesów (np. zemsta

**instytucjonalne  
usamodzielnienie  
się prawa**



prywatna), to w nowym modelu monopol na stosowanie przysługującej im posiadającym organy państwowe.

Owo instytucjonalne usamodzielnienie się prawa w stosunku do innych rodzajów norm używanych przez społeczeństwo, przede wszystkim w stosunku do moralności, stało się jednym z głównych czynników powstania w XIX w. różnych teorii prawa, które musiały wyjaśnić i uwzględnić tę nową sytuację prawa w nowożytnym państwie. Niektóre z tych koncepcji wykorzystywały teorię już kiedyś zasygnalizowane w filozofii prawa, część z nich natomiast była nowa. Najważniejsze okazały się te, które dostarczyły zasadniczą zmianę w sytuacji prawa i instytucji prawnych, a mianowicie zdominowanie nowoczesnego prawa przez akty władzy prawodawczej. Stanowienie prawa, w drodze którego nie nawiązywano do tradycji, lecz tworzone nowe pod względem treściowym normy, stało się w tym państwie dominującą formą źródła prawa. Legislatywa, wprowadzając do prawa zupełnie nowe rozwiązania oraz instytucje i w ten sposób starając się rozwiązywać problemy społeczne, wyrażała poprzez prawo nowe projekty całego życia społecznego. W pewnym sensie w prawie można było teraz znaleźć swoiste projekty przyszłego społeczeństwa, które legislatywa — wyrażając w formie norm prawnych — nakazywała realizować. Pojawiło się na wielką skalę zjawisko dotychczas rzadkie — używanie norm prawnych do wprowadzania nowych rozwiązań społecznych i ekonomicznych. Tradycja, ewolucja obyczajów przestały być uzasadnieniem dla prawa. Pojawiła się myśl, że prawodawca może „zacząć prawo od nowa” i zależeć to tylko od jego woli.

Koncepcją prawa, która chciała tę nową koncepcję prawa i państwa ugruntować filozoficznie stał się nowoczesny pozytywizm prawniczy. Na kontynencie jego czołowymi przedstawicielami byli tak zwani prawnicy, jak: R. Ihering, C.F. Geber, B. Windscheid, K. Binding, K. Bergbohm, A. Merkel, F. Somlo, E.R. Bierling.

Mimo różnic w poglądach łączy ich przekonanie, że prawo pozytywne nie musi wywodzić swojego obowiązywania z żadnego porządku zewnętrznego, a przede wszystkim z moralności. Prawnicy musi widzieć w prawie fakt, a faktem, który umożliwia mu poznanie prawa jest akt prawodawczy, będący on punktem wyjścia wszelkich analiz prawnych.

Podobnie jak biolog czy chemik, badając fakty przyrodnicze, nie może oceniać przyrody i domagać się, aby była lepiej urządzona, również prawnik w swej praktyce, badając akt woli prawodawcy, nie może go oceniać z żadnego moralnego punktu widzenia. Za-

daniem prawnika jest zatem tylko analiza norm prawnych, ich pojęciowe usystematyzowanie oraz wydawanie w oparciu o te normy wyroków i decyzji w konkretnych przypadkach.

W tym miejscu należy wspomnieć o drugim czynniku, który niewątpliwie przyczynił się do rozwoju postawy pozytywistycznej wśród prawników, zwłaszcza kontynentalnych. Było nim usamodzielnienie się aparatu pojęciowego nauk prawnych dzięki recepcji aparatury pojęciowej prawa rzymskiego (opisanej we wprowadzeniu do niniejszego opracowania, zatytułowanym „Filozofia a kultury prawne”). Stworzyła ona wrażenie samodzielności pojęciowej prawoznawstwa i była ważnym czynnikiem wpływającym na umocnienie się pozytywizmu prawniczego. Prawnicy mieli bowiem do dyspozycji nie tylko fakt w postaci aktu woli suwerena, ale również niezależne od refleksji etycznej narzędzia jego analizy. Dlatego czasami pozytywizm utożsamia się z metodą formalno-dogmatyczną.

Dogmatyzm oznacza tutaj uznanie aktu woli suwerena za prawo. W swej działalności zawodowej prawnik nie ocenia prawa; uznaje stwierdzone akty woli suwerena za niepodważalne i w tym sensie prawo jest dla niego dogmatem. Z kolei formalizm to metoda badania prawa przez prawnika, który ogranicza się w swej pracy do systematyzowania prawa, poszukiwania pojęć zawartych w jego treści, porządkowania ich, ustalania konsekwencji logicznych płynących z norm prawnych. Nigdy nie jest to wprowadzanie nowych treści do prawa, dodawanie do niego czegoś.

Również w procesie stosowania prawa, a więc wydawania orzeczeń na podstawie prawa, pozytywiści dostrzegali tylko operacje logiczne. Uważali, że stosowanie prawa jest rozumowaniem logicznym zwanym sylogizmem prawniczym. Jak pamiętamy z kursu logiki, sylogizm jest wnioskowaniem logicznym, w którym na podstawie dwóch przesłanek — tzw. większej i mniejszej — wyprowadza się wniosek (np. przesłanka większa: „Wszyscy ludzie są śmiertelni”; przesłanka mniejsza „Sokrates jest człowiekiem”; wniosek: „Sokrates jest śmiertelny”).

Sylogizm prawniczy tym różni się od sylogizmu logicznego, że w miejsce przesłanki większej prawnik podstawi normę generalną; przesłanką mniejszą jest wówczas zdanie o zaistnieniu faktu prawnego, a wnioskiem norma indywidualna (np: „Każdy, kto zabije człowieka podlega karze pozbawienia wolności od lat 8 albo karze śmierci” — przesłanka większa; „X w dniu 10 listopada, o godz. 16, w swoim mieszkaniu zabił swojego kolegę Y” — prze-

**samodzielność  
pojęciowa  
prawoznawstwa**

**metoda formalno-  
dogmatyczna**

**sylogizm  
prawniczy**

**prawo  
jako fakt**



ślanka mniejsza; „Skazuje się X na karę 10 lat pozbawienia wolności” — wniosek).

Klasyfikacja pozytywizmu przedstawiał zatem stosowanie prawa jako operację czysto logiczną, w której prawnik odgrywa rolę swoistego urzędnika do wprowadzania poprawnych wnioskowań logicznych.

Podobnie prawnik–naukowiec powinien ograniczyć swe badania jedynie do problemów formalno–językowych związanych z prawem, przyjmując za punkt wyjścia treść aktów woli suwerena. Analizy skutków społecznych działania norm prawnych, badanie motywacji adresatów prawa, skłaniających ich do przestrzegania lub nieprzestrzegania prawa nie miały leżeć w zakresie szczegółowych nauk prawnych, takich jak nauka prawa cywilnego, karnego czy administracyjnego. Dlatego w tradycji pozytywistycznej nazywano je dogmatykami prawnymi, bowiem miały badać jedynie treść woli suwerena.

Podobnie jak teorie prawa natury, również i pozytywizm spotkał się z wieloma zarzutami.

Przede wszystkim zarzucano mu naiwność w podejściu do formalizmu, wskazywanego jako metoda myślenia prawniczego. W wyniku rozwoju badań nad językiem prawnym okazało się, że ideał pozytywizmu jest nie do zrealizowania. Język prawny jest pewną odmianą języka naturalnego i w związku z tym dziedziczy wszystkie jego cechy. Pamiętamy, że normy prawne mają charakter norm generalnych. Prawodawca formułując normy prawne posługuje się zatem nazwami ogólnymi i abstrakcyjnymi. Tymczasem język prawny nie jest językiem sztucznym, a zatem również, jego wyrażenia cechuje wieloznaczność, nieostrość wyrażań, które w nim występują, zależność znaczeń od kontekstu. To sprawia, że w rzeczywistości, ustalając treść generalnych norm prawnych sformułowanych przez suwerena, nie można uczynić tego czysto formalnie, tzn. ustalając tylko wzajemne zakresy znaczeń wyrażań występujących w normach prawnych. Prawniki musi w tzw. trudnych przypadkach, kiedy bezpośrednie lingwistyczne znaczenie normy nie wystarcza do rozstrzygnięcia zagadnienia prawnego, „uzupełnić” owe braki językowe, a więc w drodze wykładni usunąć wieloznaczności, dookreślić nieostrości wyrażań.

Teoria prawa zajmująca się zagadnieniami języka prawnego i prawniczego, a więc tzw. analityczna teoria prawa wykazała, że proces takiej wykładni prawa nie jest czysto formalny, ale zawiera szereg momentów ocennych, w których prawnik musi zdecydować

się na wybór określonych wartości, aby dokonać właściwej interpretacji prawa. Na przykład przyjmowana przez sądy koncepcja sprawliwosci decyduje o wykładni szeregu norm prawnych prawa pracy, które przyznają pracownikowi świadczenia ze strony zakładu pracy.

Wykazano również pozornie logiczny charakter rozumowań prawniczych. Skoro w skład przesłanek tych rozumowań wchodzi wypowiedzi normatywne, to nie są to rozumowania logiczne. Jak pamiętamy, logiczny charakter posiadają jedynie rozumowania, których elementami są zdania w sensie logicznym. Formalizm logiki nie ma zatem zastosowania do rozumowań prawniczych; wystąpi ewentualnie tylko w niektórych sytuacjach, np. gdy prawnicy przeprowadzają rozumowania dotyczące faktów, różnych zależności przyczynowych między wydarzeniami lub porównują zakresy nazw ustalone uprzednio w drodze wykładni. W pozostałych sytuacjach, czyli w przypadku wnioskowań z norm i zdań, użycie określenia „rozumowanie logiczne” jest niewłaściwe.

Główna teza pozytywizmu: o separacji obowiązujących prawa od podstawy moralnej, budzi podejrzenie, że podobnie jak to było w wypadku niektórych koncepcji prawa natury, również za nią ukrywa się błąd naturalistyczny. O ile jednak koncepcjom prawa natury zarzucano wyprowadzanie norm prawa natury z faktów naturalnych, to pozytywistom zarzucano wyprowadzanie norm prawa pozytywnego z faktów o charakterze polityczno–społecznym.

Najwyraźniej jest to widoczne w pierwotnym anglosaskim pozytywizmie prawniczym reprezentowanym przez Johna Austina (1790–1859). Zaczyna on swoje rozważania od stwierdzenia, które najlepiej charakteryzuje podejście do prawa właściwe pierwotnemu pozytywizmowi:<sup>172</sup> „Przedmiotem jursprudencki jest prawo pozytywne: prawo, po prostu i ściśle tak nazywane: albo prawo ustanowione przez polityczną władzę nadrzędną dla podporządkowanej jej władzy politycznej”. Austin używa określenia „prawo po prostu i ściśle tak nazywane”, aby podkreślić, że nie chodzi mu o prawo rozumiane w przenośni lub przez analogię do czegoś, lecz o prawo, które daje się uchwycić bezpośrednio i obiektywnie.

Tak ujęte prawo pozytywne Austin odróżnia od prawa boskiego i od moralności w szerokim tego słowa znaczeniu.<sup>173</sup> Warto przy tym zauważyć, że Austin nie jest wcale przeciwnikiem prawa

<sup>172</sup> J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Weidenfeld and Nicolson, London 1954, s. 9.

<sup>173</sup> *Ibidem*, s. 11.



naturalnego. Wyodrębnienie prawa pozytywnego ma na celu jedynie usamodzielnienie tego typu prawa i przedstawienie go w postaci obiektywnego przedmiotu nadającego się do naukowego poznania. Austin akceptuje wielość porządków prawnych, ale uważa, że tylko prawo pozytywne, którego obowiązywanie wprowadza się wyłącznie z ustanowienia go przez politycznego superiora, może być przedmiotem jursprudencji ogólnej lub szczegółowej.<sup>174</sup>

Austin określa prawo pozytywne poprzez następujące cechy:

- a) prawo pozytywne jest rodzajem rozkazu (*a species of commands*); istnieje wielość rodzajów rozkazów wyodrębnionych przez Austina ze względu na ich źródło i stopień ogólności;<sup>175</sup>
- b) prawo pozytywne jest rozkazem pochodzącym od suwerena, ale mającym charakter ogólny, tzn. — jak mówi Austin — „obliguje generalnie do działania lub powstrzymania się od całej klasy zachowań”;<sup>176</sup>
- c) nadrzędność polityczną określaną suwerennością wyodrębnia Austin poprzez następujące cechy:<sup>177</sup>

– większość danego społeczeństwa ma nawyk posłuszeństwa albo podporządkowania określonemu i wspólnemu im superiorowi, którym może być zarówno indywidualna osoba, jak również wielość osób indywidualnych,  
– ta osoba indywidualna czy wielość takich osób nie ma z kolei nawyku posłuszeństwa wobec jakiegoś określonego, nadrzędnego wobec nich podmiotu;  
jeżeli zostaną spełnione te dwa warunki, możemy stwierdzić, że ów polityczny superior jest suwerenem, a społeczeństwo mu podporządkowane — „społeczeństwem politycznym i niezależnym”;<sup>178</sup>

- d) rozkaz jest zawsze przejawem życzenia suwerena,<sup>179</sup>
- e) rozkaz jest jednak szczególnym przejawem życzenia, ponieważ ten, kto go wydaje może wyrządzić zło osobie, do której rozkaz był skierowany, o ile ta nie zastosuje się do wydanego rozkazu; owo zło to sankcja, którą suweren może nałożyć na poddanego;<sup>180</sup>

<sup>174</sup> *Ibidem*, s. 11.

<sup>175</sup> *Ibidem*, s. 13.

<sup>176</sup> *Ibidem*, s. 134 i 350.

<sup>177</sup> *Ibidem*, s. 193–194.

<sup>178</sup> *Ibidem*, s. 194.

<sup>179</sup> J. Austin, *Lectures on Jurisprudence. Or, The Philosophy of Positive Law*, London 1879, v. I, s. 91.

<sup>180</sup> J. Austin, *The Province...*, s. 14–15.

- f) korelatem rozkazu jest zatem obowiązek, a sankcja jest koniecznym elementem każdego prawa.<sup>181</sup>

Jak zatem pojawia się prawo jako pewien obiekt poznania prawnego? Prawo jest upodobnione do przedmiotu naturalnego. Austin próbuje tym samym usunąć te elementy, które — jego zdaniem — dostają się do aktu poznawczego poprzez analogię lub przez zastosowanie przenośni. Takie prawo nazywa „prawem niewłaściwie nazywanym prawem”. Chodzi tutaj o odstąpienie prawnej sfery normatywnej.<sup>182</sup>

Prawem właściwie nazywanym jest prawo, którego istotę stanowi rozkaz (*a command*) istoty inteligentnej, skierowany do drugiej istoty inteligentnej. W zależności od pochodzenia tego rozkazu, Austin wyróżnia prawo boskie i prawo ludzkie. Wreszcie z prawa ludzkiego daje się, według tego samego kryterium, wyodrębnić prawo pozytywne, czyli rozkazy pochodzące od podmiotu politycznie dominującego w danym społeczeństwie.

Obiektywność prawa jako przedmiotu poznania odsłania się dzięki doktrynie suwerena. Wewnątrz danego społeczeństwa istnieje suwerena objawia się w postaci prostych i empirycznie poznawanych faktów: obserwowanych przejawów posłuszeństwa ze strony większości społeczeństwa, ekspresji życzeń osoby dominującej politycznie nad społeczeństwem poprzez rozkazy, użycia sankcji w wypadku nieposłuszeństwa.

Ostatecznie zatem obowiązywanie norm prawnych wyprzedzamy z pewnego układu polityczno-społecznego, który powołuje, że jakiś podmiot ma władzę suwerenną, a jego akty woli są uznawane za tworzenie prawa. J. Raz uważa, że istotą pozytywnizmu jest tzw. teza społeczna. O tym, co jest prawem i o tym, co nie jest prawem decydują wyłącznie kryteria społeczne.<sup>183</sup> W wypadku Austina należy dodać, że są to fakty społeczne związane z władzą polityczną. Władza polityczna jest obiektywizowana poprzez zewnętrzne przejawy posłuszeństwa wobec suwerena ze strony społeczeństwa.

Układ polityczno-społeczny, który ostatecznie decyduje o nadaniu pewnym normom charakteru norm prawnych, jest faktem, który daje się opisać za pomocą sądów w sensie logiki. Kłopot polega na tym, że układ ten nie może zatem uzasadniać obowiązująca

<sup>181</sup> *Ibidem*, s. 16.

<sup>182</sup> Najbardziej radykalnie zabieg ten przeprowadził Kelsen, którego koncepcję przedstawiliśmy w cz. I w rozdziale 2.

<sup>183</sup> J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford University Press 1979, s. 38.



nia norm prawnych, ponieważ nie daje się wyprowadzić norm z wypowiedzi opisujących pewien stan faktyczny, którym w tym wypadku jest fakt sprawowania suwerennej władzy.

Tę koncepcję pozytywizmu nazywa się niekiedy pozytywizmem pierwotnym albo twardym. Charakteryzuje się on przede wszystkim przekonaniem o niezależności obowiązywania prawa pozytywnego od norm moralnych oraz tezą, iż kryteria społeczne decydują o odróżnieniu norm prawnych od innych układów normatywnych społeczeństwa.

Na zakończenie należy jednak zwrócić uwagę na specjalną rolę, jaką odgrywa pozytywizm we współczesnych kulturach prawnych. Z zarysowanej wyżej genezy pozytywizmu i jego roli w kształceniu prawników wynika, że nie jest on tylko ogólnym poglądem na istotę prawa i sposób jego poznawania. Pozytywizm to również technika pracy prawnika. Podstawowe założenia, które przyjmuje zawodowy prawnik, uczestnicząc np. w sporze sądowym, pochodzą właśnie z pierwotnego pozytywizmu prawniczego. Problem ten pominięliśmy w naszych rozważaniach na temat pozytywizmu, skupiając się na jego wymiarze doktrynalnym. Należy jednak pamiętać, że zarzuty, z którymi spotkał się pozytywizm w związku z wykorzystaniem jego założeń np. w państwie faszystowskim dotyczyły bardziej pozytywizmu jako metody postępowania się prawem niż pozytywizmu jako jednego z nurtów filozofii prawa.

## Literatura

- J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Weidenfeld and Nicolson, London 1954  
J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford University Press 1979  
*Legal Positivism*, ed. M. Jori, Dartmouth 1992  
K. Dybowski, *Johna Austina filozofia prawa*, Toruń 1991

## 5. Wyrafinowany pozytywizm

Główny problem, który rodzi pierwotny pozytywizm polega na kłopotliwym z punktu widzenia metodologicznego uzasadnieniu obowiązywania prawa pozytywnego zdaniem opisującym układ polityczno-społeczny. Również obraz stosowania prawa i rozumowań prowadzonych w jego ramach okazał się bardzo uprosz-

czony. Osiągnięcia filozofii analitycznej zagroziły zatem pozytywizmowi prawniczemu. Dopiero prace Harta dostarczyły takiej wersji pozytywizmu, która uwzględniła osiągnięcia zastosowania do prawa metod analitycznych. Dlatego też tę wersję pozytywizmu nazywa się wyrafinowaną lub mięką. Przypomnijmy, że tło filozoficzne podstawowego dzieła Harta *The Concept of Law* omówiliśmy już w cz. I w rozdziale 5.

H.L.A. Hart uważał, że pod terminem „pozytywizm” kryje się we współczesnej literaturze brytyjskiej i amerykańskiej zbiór następujących twierdzeń:

- 1) prawa ustanowione przez człowieka są rozkazami;
- 2) nie ma żadnego koniecznego związku między prawem a moralnością, albo inaczej: między prawem, jakim ono jest, a prawem, jakim być powinno;
- 3) należy wyraźnie odróżnić (choć nie przeciwstawić) analizę lub badanie znaczenia pojęć prawnych od badań historycznych, socjologicznych oraz od krytycznych ocen prawa z punktu widzenia moralności, celów i funkcji społecznych;
- 4) system prawny ma charakter zamkniętego systemu logicznego, w którym prawidłowa decyzja może być zawsze wywiezioną z określonych wcześniej reguł prawnych za pomocą samych tylko środków logicznych;
- 5) sądy etyczne nie mogą być wydawane — w przeciwieństwie do sądów o faktach — na podstawie racjonalnych argumentów, kryterium oczywistości (*evidence*) lub w oparciu o dowody.

Wyrafinowany pozytywizm Harta, dzięki wpływowi prac Wittgensteina, odkrywa dla filozofii prawa rolę języka prawa w konstruowaniu instytucji prawnych. Nie mógł zatem przedstawiać prawa jako obiektu, który jest po prostu poznawany poprzez analizę treści aktów woli suwerena. Poszukiwanie obiektywnego punktu odniesienia dla badania prawa, który uwolniłby prawników od konieczności wartościowania norm, doprowadził Austina do konstrukcji prawa jako rozkazu suwerena. To, że jakiś podmiot jest suwerenem rozpoznajemy dzięki obserwacji postępu, który jego polecenia wywołują u poddanych. Jeśli zdołamy zidentyfikować tą drogą suwerena, to pozostaje nam tylko poddać analizie treściowej jego polecenia. Zadaniem prawnika jest zatem poznanie prawa w zasadzie bierne i przez to obiektywne. Prawo pojawia się więc jako obiekt poznawczy, który możemy obiektywnie poznać.

W przeciwieństwie do pierwotnego pozytywizmu Austina, Hart nie uważa, że prawo poznaje się bezpośrednio, tak jak obiekty



naturalne. Pomiędzy suwerenem i poddanymi pojawia się język jako społeczne medium komunikowania się.

Z tego względu Hart, choć odrzuca teorię predyktorywną prawa, czyli ideę prawa jako nakazu, odrzuca też pogląd, że prawo można przedstawić tylko jako sumę obserwowalnych nawyków w zachowaniu czy wyraz uczuć i emocji ludzi. Opis prawa staje się adekwatny dopiero po uwzględnieniu realnie istniejących w nim reguł, które w wypowiedziach językowych określają wzorce zachowania się społeczeństwa.

Omawiając skutki filozofii analitycznej dla jursprudencji Harta zauważyliśmy, że relacja języka do społeczeństwa nie ogranicza się tylko do tego, że język opisuje życie społeczne lub, jak to jest w przypadku norm, kieruje zachowaniami społecznymi. W użytej przez Harta koncepcji pochodzącej od Wittgensteina język jest również sam w sobie wydarzeniem społecznym. Użycie go kształtuje nowe symbole czy instytucje społeczne. Dla Harta najwyraźniejszym tego przejawem były wypowiedzi pełniące funkcje perfor-matywne, kiedy za pomocą słów czegoś dokonujemy w życiu społecznym (por. s. 101–102). Społeczeństwo „dzieje się” głównie przez język. Dlatego tak starannie należy badać użycia języka w różnych kontekstach społecznych. Skoro są one jednocześnie pewnymi wydarzeniami społecznymi, to zbadanie ich zawsze wnosi coś nowego do naszej wiedzy o społeczeństwie.

Do języka nie można zatem podchodzić tylko zewnętrznie. Pełne zrozumienie wypowiedzi językowych jest możliwe wówczas, gdy sami stajemy się uczestnikami wspólnoty komunikacyjnej, czyli uczestniczymy w życiu społecznym również poprzez użycie języka. Za Wittgensteinem należałoby powiedzieć, że jesteśmy wówczas uczestnikami gry językowej.

Dlatego też dla Harta poznanie prawa wymaga nie tylko takiego zewnętrznego poznania regularności zachowań związanych z prawem, ale uchwycenia również tzw. wewnętrznego aspektu reguły, czyli zajęcia wobec niej „krytyczno-refleksyjnej postawy”.<sup>184</sup> Dopiero przez wewnętrzne podejście do prawa odsłania się jego normatywność, która nie sprowadza się zatem tylko do wzorca zachowania zawartego w normie, do treści suwerennego aktu woli, lecz, ukazuje się w poznaniu jako pewne znaczenie. Do istoty znaczenia należy to, że nie daje się ono uchwycić bezpośrednio jak przedmiot naturalny i dzięki temu wyrafinowany pozytywizm pozwala odróż-

nić normatywność od bodźców pochodzących od zwykłych nawykowych reguł społecznych, do których Hart zalicza reguły etykiety, gramatyki czy gier sportowych.

Moralność i prawo są zbiorami tzw. reguł zobowiązujących. Znaczenie terminu „zobowiązujące” pozwala wyrafinowanemu pozytywizmowi na rozwiązanie paradoksu, w który popadał Austin, a który Hart nazwał paradoksem bandyty.

Zdaniem Harta, pierwotny pozytywizm nie potrafił wyjaśnić różnicy pomiędzy przymusem, który obywatel odczuwa wobec woli suwerena, a przymusem, który odczuwa wobec bandyty grożącego mu nabytym rewolwerem i żądającego pieniędzy. Ponieważ, wg pierwotnego pozytywizmu, autorytet suwerena opierał na sankcji i sprowadzał rolę normy prawnej do sterowania zachowaniem, różnica pomiędzy dwiema wymienionymi sytuacjami była nieuchwytna. Dopiero wprowadzenie aspektu wewnętrznego pozwala na uchwycenie różnicy pomiędzy sytuacją bycia pod przymusem a sytuacją bycia zobowiązanym do czegoś.

Zrozumienie reguły zostaje bowiem oddzielone od poznania jej tylko jako bodźca zewnętrznego. Reguła nie jest prawem, dopóki jej adresat nie zajmuje wobec niej postawy nazwanej przez Harta krytyczno-refleksyjną, co oznacza, że adresat regułę akceptuje lub wysuwa pod jej adresem postulat, które stara się uzasadnić, a nie odczuwa jej tylko jako zewnętrznego żądania.

Wewnętrzny punkt widzenia chroni wyrafinowany pozytywizm przed sprowadzeniem normy prawnej do roli zewnętrznego bodźca w wymiarze teoretycznym. Prawnik, aby poznać prawo, musi zająć wobec niego wewnętrzny punkt widzenia, w jakiś sposób przeżyć jego treść jako swoją subiektywność. Bez takiego zaangażowania poznać prawo tylko jako obiekt zewnętrzny, tak jak to czyni socjolog, dla którego prawo to pewne regularności zachowań występujących w społeczeństwie.

Wewnętrzne poznanie prawa to poznanie wypowiedzi, które się na nie składają, ale nie z perspektywy „obcego”, „neutralnego” spojrzenia. Prawnik, poznając prawo w perspektywie wewnętrznej, traktuje wypowiedzi, które się na nie składają, jako uczestnik pewnej wspólnoty komunikacyjnej czy gry językowej.

Wewnętrzny punkt widzenia odgrywa zatem rolę decydującą — choć tylko w poznaniu teoretycznym prawa. Nie ma wpływu na praktyczną argumentację, w której prawo występuje tylko jako jeden z czynników decydujących o podjęciu decyzji praktycznej.

**reguła  
zobowiązująca**

**paradoks  
bandyty**

**język a społeczeństwo**

**wewnętrzny aspekt reguły**

<sup>184</sup> Por. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, London 1961, s. 56.



Wewnętrzne spojrzenie na prawo nie ma zatem nic wspólnego z intelektualizmem normatywnym, który zakłada, iż samo poznanie normy zmusza do jej akceptacji. Fakt, że X zajmuje wobec prawa postawę poznawczą, której warunkiem jest tzw. wewnętrzny punkt widzenia, nie oznacza, że norma prawna niejako automatycznie zmusza go do działania. W sferze praktycznej motywacji jest ona tylko argumentem dla działania praktycznego.

W przeciwieństwie do wymiaru teoretycznego, w wymiarze praktycznym zasadniczą sprawą dla poznania prawa jest to, że poznana treść normy prawnej staje się racją działania. Wewnętrzny punkt widzenia może być, co najwyżej, źródłem kolejnych argumentów, które pojawiają się w praktycznym rozumowaniu i które będą musiały być wagi na równi z pozostałymi. Norma prawna jest tylko źródłem argumentów w rozumowaniu praktycznym.

Co zatem ostatecznie powoduje, że również w sferze praktycznej jesteśmy skłonni do kierowania się prawem? Odpowiedź Harta na to pytanie opiera się na rozróżnieniu reguł pierwotnych i wtórnych.

Prawo, jak mówi Hart, jest związkiem reguł pierwotnych i wtórnych.<sup>185</sup> Reguły pierwotne to normy zawierające bezpośrednie polecenia określonych zachowań. Są to reguły, wobec których — w odróżnieniu od norm etykiety czy gramatyki — adresaci przyjmują w akcie ich poznania wewnętrzny punkt widzenia, który — jak już zostało powiedziane — odróżnia normy moralne i prawne od pozostałych reguł społecznych. Muszą one istnieć w każdym społeczeństwie, nakładając bezpośrednio obowiązki na członków danej społeczności, bez względu na to, czy sobie tego życzą, czy też nie.

W koncepcji Harta tym, co różni pod względem prawnym społeczeństwo prymitywne od rozwiniętego jest obecność wśród norm prawnych również tzw. norm wtórnych. Reguły pierwotne są regułami nakładającymi obowiązki (*duty-imposing rules*). Zbiór tych reguł nie jest jeszcze systemem prawa, gdyż brak tu czynnika jednoczącego reguły (oprócz ich akceptacji przez grupę ludzi), a także wewnętrznych powiązań między nimi.

Według Harta, społeczeństwo operujące takimi regułami znajdowałoby się w stanie przedprawnym, gdyż nie byłoby sposobu, by odróżnić reguły prawa od innych reguł społecznych. Struktura społeczna odczuwałaby wadliwość istniejącego prawa. Pierwszą wadą byłaby niepewność co do prawa wobec braku środków identyfikacji reguł i ich zakresu. Druga wada polegałaby na statycznym charakterze reguł, gdyż nie byłoby środków do stworzenia czy świadomego zaadaptowania reguł do zmieniających się okoliczności lub ich derogacji w przypadku, gdyby nałożone obowiązki nie służyły już żadnym celom społecznym. Trzecią wadą byłaby nieskuteczność, wobec braku środków, by stwierdzić naruszenie prawa w danej sprawie, oraz braku formalnych, wyspecjalizowanych organów stosujących skutecznie sankcje.

Zdaniem Harta, konieczne jest uzupełnienie reguł pierwotnych regułami wtórnymi trzech rodzajów, odpowiednio do każdego z braków. Normy te rozwiązują zatem problemy, które zawsze pojawiają się w tych społeczeństwach na tle rozwiązywania problemów społecznych w oparciu o prawo. W przeciwieństwie do reguł pierwotnych, które nakładają obowiązki, są one wtórne w takim sensie, że same nie ustanawiają wiążących standardów obowiązkowego postępowania. W różnoraki sposób odnoszą się do reguł pierwotnych i w tym stosunku tkwi właściwość prawa jako tworzącego tematyzowanego.

Nieskuteczność jest eliminowana poprzez wprowadzenie reguł orzekania (*the rules of adjudication*), przyznających kompetencje do autorytatywnego rozstrzygnięcia, czy dana reguła pierwotna została naruszona w danym przypadku; wyznaczających procedurę orzekania i upoważniających urzędników do nałożenia określonych kar czy nakazania podjęcia czynności odszkodowawczych przez wyrażającego szkodę. Reguły takie, jako określające kompetencje urzędników, nie nakładają obowiązków, ale przyznają możliwości (*confer powers*) sądenia i stosowania prawa.

Statyczność prawa jest redukowana przez reguły zmiany (*the rules of change*), które przyznają generalnie lub indywidualnie identyfikowanym osobom lub grupom (jak parlament, prezydent, ministrowie) władzę ustanawiania, derogowania lub zmiany zakresu reguł. Reguły posiadają swe odpowiedniki w równoległe istniejących regułach zmiany niższego rzędu, przyznających jednostkom moc kształtowania swojej sytuacji prawnej (np. poprzez zawarcie małżeństwa) oraz wpływania na pozycję prawną innych osób. Można dokonywania takich czynności (prywatnej władzy) ma swoje źródło w czynnościach dokonywanych przez legislatora, prowadzących do wywołania zmian w prawie.

Ostatnia wada — niepewność co do prawa — jest likwidowana poprzez wprowadzenie tzw. uznania (*a rule of recognition*), czyli reguły zdolnej do wyróżnienia i zidentyfikowania danej reguły jako

prawo jako  
związek reguł  
pierwotnych  
i wtórnych

reguły  
pierwotne

reguła  
orzekania

reguły  
zmiany

<sup>185</sup> Por. H.L.A. Hart, *The Concept...*, s. 78-79.



reguły prawa. Określa ona kryteria stanowiące o ważności reguły w danym systemie prawnym, dostarcza oficjalnego sprawdzianu prawa, wprowadzając ideę systemu prawa jednocy jego części, które przestają być zbiorem rozproszonych elementów. Podczas gdy reguły zmiany i orzekania przyznają kompetencje, reguła uznania ustanawia obowiązki tych, którzy wykonują publicznie i oficjalnie przyznane im możliwości, szczególnie moc orzekania. Uprawnieni do występowania w roli sędziów obowiązani są stosować tylko i wyłącznie te reguły, które spełniają bardziej lub mniej wyraźnie określone kryteria swojej ważności. Stosowanie reguły staje się w pewien sposób zdeterminowane i uzależnione od treści reguły uznania; tworzą ją niepisane reguły funkcjonujące w praktyce prawniczej, poprzez które sędzia lub urzędnik uznaje dane normy za reguły prawne. Używanie takich niestanowionych reguł świadczy o akceptowaniu ich jako pewnych zasad umożliwiających identyfikację prawa. Najprostsze wyrażenie implikujące istnienie reguły uznania: „Jest prawem, że...” jest w naturalny sposób używane przez tych, którzy akceptując regułę uznania bez stwierdzenia tego, że tak jest, stosują ją w kwalifikowaniu przepisów danego systemu jako obowiązujących. Reguła uznania niejako pociąga zatem za sobą konieczność akceptacji i „spojrzenia wewnętrznego”.

Hart wskazuje na szereg różnic pomiędzy regułami pierwotnymi i wtórnymi.<sup>186</sup> Reguły pierwotne nakładają obowiązki, reguły wtórne zaś nadają władzę publiczną lub prywatną. Reguły pierwotne dotyczą działań wymagających fizycznych ruchów czy zmian, natomiast reguły wtórne wywołują operacje, które nie prowadzą do prostych fizycznych ruchów czy zmian, ale do powstania lub zróznicowania obowiązków.

Hart dopuszcza istnienie społeczeństwa, które kieruje się tylko regułami pierwotnymi w tym sensie, że wśród reguł obowiązujących zachowania społeczne brak jest norm wtórnych. Takie społeczeństwa nie posiadają legislatury, sądów ani urzędników. Są to małe prymitywne społeczeństwa. Mają one kilka zasadniczych wad. Po pierwsze, przez to, że nie ma autorytatywnej władzy, która wskazałaby obowiązujące normy pierwotne, społeczeństwa te nie są w stanie stworzyć obowiązującego systemu norm. Będą się kierować po prostu całkowicie zatamizowanymi normami, podobnymi do przepisów etykiety czy dobrych manier. Nie będzie żadnej możliwości rozstrzygnięcia problemu aktualności tych norm czy też rozstrzyg-

nięcia wątpliwości, które one rodzą. Brak norm wtórnych powoduje, że stosunki społeczne cechuje niepewność. Po drugie, wobec braku możliwości eliminacji przestarzałych norm pierwotnych pojawi się defekt nadmiernej statyczności reguł pierwotnych. Wreszcie po trzecie, w społeczeństwach tego typu powstanie problem nieefektywności norm pierwotnych, skoro będą istniały tylko prywatne metody wymuszania ich skuteczności. Jedynym sposobem na usunięcie tych braków jest uzupełnienie reguł pierwotnych przez dodanie do nich zespołu norm wtórnych, które wskazane problemy rozstrzygną.<sup>187</sup>

Reguła uznawania, która jest jedną z reguł wtórnych, pełni rolę kryterium wyodrębniającego prawo jako podmiot poznania, stanowiąc wspólny, publiczny standard poprawnych decyzji sądowych.<sup>188</sup> Zawiera bowiem autorytatywne kryteria pozwalające na „identyfikację pierwotnych reguł zobowiązujących”.<sup>189</sup>

Istnienie samej reguły uznawania daje się zrekonstruować z argumentacji prawniczej, którą prawnicy i osoby prywatne posługują się identyfikując reguły pierwotne. Istnienie samego kryterium jest zatem czymś innym niż istnienie porządku prawnego. Regułę uznawania rozpoznajemy po sposobie użycia takich zwrotów jak: „Jest prawem, że...”, czyli przez analizę aktów mowy związanych z prawem, gdy obserwujemy w nich gotowość użytkowników języka do akceptacji określonych norm pierwotnych jako norm prawnych.<sup>191</sup> Hart nazywa ją najwyższą normą uznania. „Najwyższa norma” ma jednak tutaj zupełnie inne znaczenie niż w pierwotnym pojęciu. Nie jest bowiem ustanowiona przez jakiegoś suwerena ani nawet, jak w normatywiźmie Kelsena, nie jest hipotezą transcendentnej świadomości prawniczej. Nie można więc o niej powiedzieć sensownie, że obowiązuje czy nie obowiązuje.

Można zatem mówić tylko o istnieniu lub nieistnieniu reguły uznawania. Jak stwierdza MacCormick, jej istnienie jako reguły jest konstytuowane po prostu i tylko przez fakt, że z wewnętrznego punktu widzenia jest ona akceptowana przynajmniej przez sędziów lub innych urzędników, którzy mają jakąś władzę w relacji do systemu prawa.<sup>192</sup>

Reguła uznawania istnieje zatem przez oddziaływanie na sposoby użycia terminu „prawo”. W sprawiedliwych społeczno-

<sup>187</sup> *Ibidem*, s. 91.

<sup>188</sup> *Ibidem*, s. 112.

<sup>189</sup> *Ibidem*, s. 97.

<sup>190</sup> *Ibidem*, s. 99.

<sup>191</sup> *Ibidem*.

<sup>192</sup> N. MacCormick, *H.L.A. Hart*, London 1981, s. 109.



ściach będzie ona akceptowana również przez obywateli, ale wystarczającym dla Harta warunkiem istnienia reguły uznawania jest możliwość rozpoznania jej w związanych z prawem aktach mowy sędziów i urzędników. Nie ma związku z jej istnieniem sprawiedliwość prawa. Akceptacja reguły uznawania wystarcza więc, aby społeczeństwo dysponowało kryterium obowiązywania prawa.

Wyodrębnienie prawa jako przedmiotu poznania staje się zatem możliwe przez analizę znaczeń aktów mowy związanych z prawem. Przede wszystkim musimy obserwować reguły normatywne, które pojawiają się w powszechnej praktyce społecznej, a następnie stwierdzić akceptację normatywnego kryterium ich uznawania co najmniej w grupie sędziów i funkcjonariuszy prawa (reguła uznawania). Normatywne kryterium istnienia prawa samo nie obowiązuje, po prostu istnieje.<sup>193</sup> Relacja obowiązywania łączy tylko normy wtórne z pierwotnymi. W ten sposób Hart chce uniknąć metafizyki w rozważaniach nad obowiązywaniem prawa, uznając to tylko za relację pomiędzy normami pierwotnymi i wtórnymi. Zachowany jest zatem wymóg uzasadnienia przez normę akceptacji norm jako obowiązujących. Nie ma potrzeby odwoływania się do kryteriów pozanormatywnych. Istnienie natomiast norm pierwotnych i wtórnych jako wzorców zachowania jest stwierdzone dzięki obserwacji praktyki społecznej. Nie jest to jednak prosta relacja poznawcza, jak w wypadku przypadku przedmiotów naturalnych. Stwierdzenie, że w danej społeczności działa jakaś reguła, jest bowiem możliwe tylko dzięki wewnętrznemu punktowi widzenia, w którym jednocześnie jesteście obserwatorami języka i jego uczestnikami.

Hart stwierdza dwa warunki konieczne i wystarczające, jego zdaniem, do istnienia prawa.<sup>194</sup> Przede wszystkim owe reguły zachowań, które obowiązują zgodnie z kryterium reguły uznawania muszą być generalnie przestrzegane przez obywateli, a z drugiej strony, reguły wtórne muszą być akceptowane jako publiczne standardy przejawiające się w zachowaniach sędziów i urzędników.

Jednocześnie Hart nie jest skłonny ostatecznie wiązać obowiązywanie reguł pierwotnych z ich efektywnością. W rozwiniętych społeczeństwach może zdarzyć się sytuacja, gdy tylko urzędnicy akceptują reguły wtórne, a przestrzeganie reguł pierwotnych jest wymuszane przez system. Nie ma jednak powodu, aby w takich

sytuacjach mówić o nieistnieniu prawa.<sup>195</sup> Wynika z tego również, że wewnętrzny punkt widzenia przynajmniej w wypadku norm pierwotnych nie musi polegać na ich akceptacji. Postawa krytyczna też jest wewnętrznym punktem widzenia, bo musimy w niej uchwyć sens normy, zając wobec niej postawę.

Wyrafinowany pozytywizm wyodrębnia prawo jako obiekt poznania poprzez kryterium językowe. Skoro o odróżnieniu normy prawnej od np. reguły etykiety decyduje 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 obywatele powinni zając wobec nich wewnętrzny punkt widzenia. Prawo nie jest zatem prostym obiektem naturalnym, tak jak to było w pierwotnym pozytywizmie. Poznanie prawa musi być za pośrednictwem przez mowę.

Choć prawo nie jest całkowicie redukowalne do języka, to jednak dla Harta ze swej istoty stanowi fenomen językowy. Prawo w charakterze obiektu poznania pojawia się w aktach normatywnych i w decyzjach wydawanych na ich podstawie. Jest ono możliwe dzięki istnieniu bardzo skomplikowanej siatki pojęciowej. Jej utworzenie i zrozumienie jest niezbędne dla postępowania się prawem. Stąd dopiero w wyrafinowanym pozytywizmie mogło tak bardzo się rozwinąć zainteresowanie językiem i sposobami jego używania.

Świadomość językowego za pośrednictwem prawa sprawia, że wyrafinowany pozytywizm odrzuca możliwość sprowadzenia prawa tylko do kategorii rozkazów czy poleceń. Odrzuca również poglądy, że reguły prawne są po prostu reprezentacjami uogólnień typowych zachowań społecznych oraz że normy prawne są prognozami przyszłych zachowań, a także możliwość sprowadzenia reguł prawnych do ekspresji emocji ludzkich albo uczuć.<sup>196</sup>

Z tego powodu ważny jest tzw. wewnętrzny punkt widzenia, jako kryterium wyróżniające reguły zobowiązujące, do których Hart zaliczał również reguły prawne.<sup>197</sup> Wewnętrzny punkt widzenia Hart określa jako krytyczno-refleksyjną postawę wobec normy. Zdaniem MacCormicka, łączy on w sobie element poznawczy, któ-

<sup>195</sup> *Ibidem* s. 114.

<sup>196</sup> N. MacCormick, H.L.A. Hart..., s. 29.

<sup>197</sup> M. Żirk-Sadowski, *Prawo a uczestniczenie w kulturze*, Łódź 1998, s. 29.

### obowiązywanie prawa jako relacja między normami

<sup>193</sup> Por. H.L.A. Hart, *The Concept...*, s. 109.

<sup>194</sup> *Ibidem*, s. 113–114.



ry wyraża się refleksyjnością (*reflective*) i element wolicjonalny, wyrażający się terminem „krytyczna”.<sup>198</sup>

Element poznawczy to tyle, co uchwycenie pewnego wzoru zachowania jako abstrakcyjnej korelacji pewnych działań z pewnymi okolicznościami. Element wolicjonalny zawiera w sobie preferencję (życzenie), aby wystąpiło działanie lub powstrzymanie się od działania, gdy wystąpią określone okoliczności. Taka preferencja nie musi być bezwarunkowa. Zazwyczaj jest ona uzależniona od tego, czy dany wzór zachowania jest uważany za jedyny właściwy w danych okolicznościach przez jakąś znaczną grupę ludzi. Tak rozumiana preferencja nie wymaga zatem jakiegos najwyższego autorytetu; jest uzależniona tylko od uczestniczenia w określonej grupie i obserwowania w niej pewnych regularności zachowań.

Hart odrzuca jednak traktowanie wewnętrznego punktu widzenia jako rodzaju przymusu wewnętrznego. Czuć się związanym normą nie musi oznaczać odczuwania przymusu wewnętrznego.<sup>199</sup> Akceptacja normy nie musi zatem mieć charakteru emocjonalnego. Konieczna jest natomiast krytyczno-refleksyjna postawa w odniesieniu do jakiegos wzoru zachowania, postrzeganego jako pewien wspólny standard. Przyjęta przez MacCormicka wolicjonalna interpretacja elementu krytycznego w wewnętrznym ujęciu normy wyraża się być przekonywująco.

Hart, mówiąc o wewnętrznym i zewnętrznym ujęciu reguły, próbuje przedstawić proces poznawczy, który przebiegałby podmiotem na pytanie, w jaki sposób taka reguła „stabilizuje” się w procesie poznawczym jako pewien przedmiot poznania. Stąd element wolicjonalny odgrywa tutaj bardzo istotną rolę. Zastępuje on w pewnym sensie całą doktrynę suwerena, która była niezbędna w pierwotnym pozytywizmie do wyodrębnienia prawa jako przedmiotu poznania. Jak zostało powiedziane, wewnętrznym punktem widzenia pozwała Hartowi odrzucić koncepcję normy prawnej jako rozkazu suwerena. Akt poznania normy zostaje zatem oczyszczony z doktryny politycznej; prawo jako przedmiot poznania nie musi być za pośrednictwem przez koncepcję politycznego superiora. Pozostaje jednak element wolicjonalny jako niezbędna część aktu poznawczego konstytuującego normę prawną.

Jeśli za strategię pozytywizmu w sensie teorii prawa przyjąć wyodrębnienie prawa jako samodzielnego (niezapośredniczonego

przez inne dziedziny kultury) aktu poznawczego, to wyrafinowany pozytywizm prawniczy jest jeszcze bardziej pozytywistyczny niż pozytywizm pierwotny. Usunięcie koncepcji suwerena uwolniło bowiem poznanie prawa od polityki. Hart pozostawił jednocześnie to, co było w doktrynie Austina najcenniejsze, tj. element wolicjonalny, pozwalający na konstytuowanie poznawcze prawa. Element ten przejawia się w swoistej normatywnym, wewnętrznym aspekcie reguły, które Hart nazywa postawą krytyczno-refleksyjną.

Jednocześnie usunięcie elementu emocjonalnego z tej postawy powoduje, że w poznanie prawa nie ma miejsca dla wartości ujmowanych jako przeżycia subiektywne. Natomiast istnienie wartości w sensie obiektywnym Hart, jako antykognitywista, odrzuca.

Chociaż wartościowanie nie ma związku z obowiązywaniem prawa, dopuszczalne jest jego ocenianie. Możliwość oceny moralnej prawa jest oczywista dla wyrafinowanego pozytywizmu. Wynika ona z faktu, że prawo i moralność przynajmniej częściowo pokrywają się pod względem treściowym. Istotne jest również to, że przestrzeganie prawa z reguły stanowi również moralny obowiązek.<sup>200</sup>

Chociaż, jak już wyżej wspomniano, Hart odmawia słuszności doktrynom prawa natury głoszącym, że kryteria obowiązywania norm systemu muszą, choćby milcząco, odsyłać do moralności czy sprawiedliwości, dostrzega w nich jednak pewne „jądro zdrowego rozsądku”. Przedstawia mianowicie kilka faktów, które determinują treść reguły prawnych i moralnych w tym znaczeniu, że każda organizacja społeczna przyjmująca za cel przetrwanie musi mieć reguły postępowania o specyficznej treści. W przeciwnym razie ludzie nie widzieliby powodu, by dobrowolnie podporządkować się jakimkolwiek regułom. Reguły te Hart określa mianem „minimum treści prawa natury”.<sup>201</sup> Wymienia pięć takich elementarnych prawd determinujących ich treść:

- 1) ludzka słabość — sprawa, że niezbędne są zakazy pewnych zachowań, takie jak „nie zabijaj”;
- 2) przybliżona równość ludzi — powoduje konieczność istnienia systemu wzajemnych ustępstw i kompromisów;
- 3) ograniczony altruizm — występująca u ludzi skłonność do agresji, a zarazem altruizm, choć ograniczony, sprawiają, że istnienie systemu nakazów i zakazów jest z jednej strony konieczne, z drugiej zaś możliwe;

<sup>198</sup> *Ibidem*, s. 62.

<sup>199</sup> *Ibidem*, s. 189.

<sup>198</sup> *Ibidem*, s. 33.

<sup>199</sup> Por. H.L.A. Hart, *The Concept...*, s. 56.



- 4) ograniczone zasoby naturalne — czynią niezbędną instytucję własności;
- 5) ograniczona siła woli i zdolności rozumienia — nie wszyscy i nie zawsze są skłonni dobrowolnie podporządkować się regułom chroniącym osoby, własność i zobowiązania, stąd niezbędne jest istnienie sankcji prawnych, z jednej strony będących przyczyną posłuszeństwa, z drugiej zaś gwarancją, że ci, którzy podporządkują się dobrowolnie nie padną ofiarą tych, którzy tego nie zrobią.

Ta koncepcja jest znacznym wyłomem w formalno-dogmatycznej metodzie badawczej pozytywistów, która praktycznie nie dopuszczała jakiegokolwiek refleksji nad „wartością” prawa, nad tym, jakie ono powinno być. Jest swoistym wentylem bezpieczeństwa, chroniącym prawo ludzi przed dowolnością działań prawodawcy i odpowiedzią Harta — jak sam mówi — na pozytywistyczną tezę, że „prawo może mieć treść jakakolwiek”.

Takie wspomaganie prawa przez moralność nie podważa jednak tezy, że obowiązywanie prawa sprawiedliwego czy niesprawiedliwego jest niezależne od wartościowania.

Hart dostrzega tylko, że między prawem a wartościami etycznymi mogą wystąpić związki faktyczne innego rodzaju niż dotyczące obowiązywania, np. związki treściowe, związki pochodzenia. Istnieją naturalne cechy ludzkiej egzystencji, które wymuszają uczestnictwo w ramach społecznych porządków, dostarczając racji, dla której prawo i moralność winny zawierać szczególną treść. Okoliczności te Hart określa jako: ludzką słabość, przybliżoną równość, ograniczony altruizm, ograniczoną zdolność rozumienia i ograniczoną siłę woli. Przesądzą one o tym, że rolą prawa jest chronić tych, którzy dobrowolnie chcieliby koegzystować z innymi ludźmi w ustaloną układzie społecznym. Cechy te należą do ludzkiej kondycji i wyznaczają minimalną treść prawa naturalnego, niezbędną dla zbiorowego przetrwania. Tym samym, reguły prawa stają się elementami podstawowego kodeksu zachowania, który odbiera się jako kodeks moralny — w przeciwnym wypadku prawo utraciłoby swoją skuteczność. Można zaryzykować tezę, że również koncepcja minimum treści prawa natury jest wynikiem wpływu myśli analitycznej na Harta. Prawo natury w ujęciu Harta przypomina używaną przez Wittgensteina kategorię „formy życia”, w ramach której rozgrywają się poszczególne gry językowe (por. s. 99).

Jednak nawet uzupełnienie pozytywizmu koncepcją tzw. minimum prawa nie wyjaśnia, jak jest możliwe, że sędziowie rozstrzy-

gają sprawy mimo niejasności tekstu prawnego. Postępując 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. Za lingwistami Hart nazwał tę cechę języka prawnego „otwartą tekstowością” (*open texture*). Nawet najlepszy prawodawca nie jest w stanie ustrecz prawa przed tym niebezpieczeństwem. Zawsze bowiem może pojawić się nieprzewidziany kontekst, w którym nie będziemy wiedzieli, czy należy on do zakresu nazw użytych w normie, czy też nie. Otwarta tekstowość nie jest zatem tym samym, co nieostryść, bo nawet dla dobrze określonych terminów może potencjalnie pojawić się nowa sytuacja, w której trzeba będzie rozstrzygnąć o ich stosowności w tej nowej sytuacji. Słowniki nie są w stanie przewidzieć takich sytuacji ze względu na dynamizm samej rzeczywistości, do której odnosimy język naturalny.

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

Otwarta tekstowość powoduje, że przypadek nie jest objęty w jasny sposób regułą prawną. Zanim sędzia nie usunie otwartej tekstowości przez decyzję interpretacyjną, przypadek nie może być rozstrzygnięty poprzez zastosowanie prawa. Według pozytywistów, gdy normy prawne wykazują „otwartą strukturę” — czyli postępują się wyrażeniami nieostrymi, ocennymi 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.

Stwierdzenie, że ktoś ma obowiązek prawny, oznacza w koncepcji Harta, że znajduje 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. Dyskrecjonalność pojawia się 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 jej użyciu, 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. Ten właśnie problem stał się powodem zbudowania tzw. integralnej filozofii prawa.

### Literatura

- H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1961  
H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, tłum. J. Woleński, Warszawa 1968  
H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford 1983  
H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility. Essays in Philosophy of Law*, Oxford 1968  
N. MacCormick, H.L.A. Hart, London 1981  
M.D. Bailey, *Hart's Legal Philosophy. An Examination*, Dordrecht 1992  
J. Woleński, *Obowiązywanie prawa w ujęciu H.L.A. Harta*, Zeszyty Naukowe UJ. Prace prawnicze 1971, z. 51

## Rozdział drugi

# INTEGRALNA FILOZOFIA PRAWA A POZYTYWISTYCZNA FILOZOFIA PRAWA

Integralna filozofia prawa stanowi współcześnie najbardziej wpływową koncepcję filozofii prawa stworzoną w środowisku prawniczym. Jej twórcą jest uczeń Harta i jego następcą w Oxfordzie, Ronald Dworkin (1931–). Koncepcja Dworkina odniosła również wielki sukces w Stanach Zjednoczonych i od początku lat osiemdziesiątych jest dyskutowana w szkołach prawa praktycznie na całym świecie.

Jej główną zaletą jest zaoferowanie prawnikom wizji prawa, która łączy w sobie zalety koncepcji prawnonaturalnych i pozytywistycznych. Dworkin stworzył zatem trzecią drogę w jurysprudencji, która — jak się okaże — wykazuje szereg cech zbliżonych do ujęć hermeneutycznych. Często jest zresztą nazywana hermeneutyką, choć nie nawiązującą wprost do założeń metafizycznych filozofii rozumienia (por. cz. I rozdział 5). Niektórzy proponują zaliczyć ją do rodzaju myśli prawniczej nazywanego „niepozytywizmem”. Dyskusja pomiędzy pozytywizmem i niepozytywizmem zastępuje, ich zdaniem, starą antynomię: pozytywizm—prawo natury.<sup>202</sup>

Na przekór temu, że Dworkin był uczniem Harta, cała koncepcja prawa, którą odnajdujemy w jego pracach, została zbudowana na krytyce pozytywizmu hartowskiego. Z tego względu, przedstawiając poglądy Dworkina, musimy odwoływać się do zawartego w nich obrazu pozytywizmu Harta. Należy bowiem zaznaczyć, że nie wszyscy zgadzają się z dworkinowską interpretacją myśli Harta. Ma ona dzisiaj wiele wersji również takich, które widzą w niej poglądy zbliżone do ujęć hermeneutycznych.

integralna  
filozofia prawa

R. Dworkin

integralna  
filozofia a spór  
koncepcji  
prawno-  
naturalnych  
i pozytywizmu

<sup>202</sup> L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Wydawnictwo Prawnicze PWN, Warszawa 1999, s. 257 i n.