

JADWIGA POTRZESZCZ

POZYTYWISTYCZNA A NIEPOZYTYWISTYCZNA KONCEPCJA PRAWA

WPROWADZENIE

Konflikt wartości pomiędzy prawem naturalnym a prawem pozytywnym, pomiędzy *ius* a *lex*, sięga czasów najdawniejszych i do dziś nie został definitywnie rozwiązany. Często rozważania na temat problematyki wyższości *ius* nad *lex* rozpoczyna się od przypomnienia klasycznego przykładu dramatu Antygony stojącej przed koniecznością dokonania tragicznego wyboru pomiędzy odwiecznym prawem boskim a ziemskim rozkazem Kreona. W sytuacji Antygony konflikt był nierozwiązywalny i na tym właśnie polegał jego tragizm.

Współcześnie obserwujemy próby złagodzenia ostrości konfliktu poprzez unikanie przyjmowania skrajnych poglądów zarówno w odniesieniu do prawa pozytywnego, jak i do prawa naturalnego. Można inaczej powiedzieć, że nastąpiło zbliżenie obu przeciwstawnych stanowisk wyrażające się w poszukiwaniu tzw. trzeciej drogi, czy też w odróżnianiu typowo pozytywistycznej koncepcji prawa od koncepcji niepozytywistycznej z jednoczesną krytyką pierwszej i opowiadaniem się za tą drugą.

Sytuacja społeczno-polityczna w Polsce po przełomie z 1989 roku sprzyjała ożywieniu dyskusji na temat prawa pozytywnego i prawa naturalnego. Niektórzy – biorąc pod uwagę konieczność dokonania rozliczeń z „ustawowym bezprawiem” okresu rządów totalitarnych – porównują tę sytuację do

sytuacji, jaka zaistniała w Niemczech po II wojnie światowej, kiedy to wystąpiło zjawisko nazywane II odrodzeniem prawa natury¹. Okres transformacji ustrojowej był szczególnie sprzyjający wzrostowi zainteresowania problemami filozoficznoprawnymi, a zwłaszcza aksjologią prawa².

I. SPÓR O KONCEPCJĘ PRAWA W POLSKIEJ DOKTRYNIE W ODNIESIENIU DO FUNKCJONOWANIA TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO

W klimacie ożywionych dyskusji filozoficznoprawnych na temat kształtowania się demokratycznego państwa prawa oraz – co się z tym ściśle wiąże – uznawanej w tym państwie koncepcji prawa, powstał toczący się w doktrynie spór o to, czy Trybunał Konstytucyjny w swojej działalności orzeczniczej kieruje się typowo pozytywistyczną koncepcją prawa, czy też tzw. niepozytywistyczną koncepcją prawa. Porzucenie pozytywistycznych fascynacji postulował W. Łączkowski, ponieważ – jego zdaniem – utrudniają one dyskusję w kategoriach *ius* i *lex* oraz odrzucają myśl o wartościowaniu prawa. Aby uniknąć wielu dylematów moralnych związanych z orzekaniem w warunkach przemian ustrojowych, do rozważań interpretacyjnych Trybunału Konstytucyjnego należałoby wprowadzić przesłanki aksjologiczne wynikające z prawa naturalnego i uwolnić się od stereotypu myślenia pozytywistycznego. Rozumowanie oparte na aksjologii prawa naturalnego – zdaniem W. Łączkowskiego – pozwalałoby uznać, że przepisy drastycznie naruszające przyrodzone prawa człowieka nie są w ogóle prawem³.

Zarzuty trzymania się jedynie pozytywistycznych przekonań sformułował pod adresem Trybunału L. Morawski w artykule *Spór o pojęcie państwa prawnego* opublikowanym na łamach „Państwa i Prawa”⁴. Artykuł ten po-

¹ Por. J. Z a j a d ł o, *Formuła Radbrucha – geneza, treść, zastosowanie*, PiP, 6(2000), s. 25-26.

² Zob. np. Z. Z i e m b i ń s k i, „Lex” a „ius” w okresie przemian, PiP, 6(1991), s. 3-14; A. Z o l l, *Pomiędzy lex a ius*, „Tygodnik Powszechny”, 7(1991), s. 5 n.; K. W r z e s i ń s k i, *Pozytywizm prawny w Polsce Ludowej: przesłanki teoretyczne a konsekwencje praktyczne*, w: *Filozofia prawa a tworzenie i stosowanie prawa*, red. B. Czech, Katowice 1992, s. 213-215.

³ W. Ł a ń c k o w s k i, *Filozofia prawa a instytucja Trybunału Konstytucyjnego*, w: *Filozofia prawa a tworzenie...*, s. 228-231.

⁴ Zob. L. M o r a w s k i, *Spór o pojęcie państwa prawnego*, PiP, 4(1994), s. 3-12.

przedzony został publikacją R. Alexy'ego, *W obronie niepozytywistycznej koncepcji prawa* (PiP, 11-12(1993), s. 34-49) w tłumaczeniu L. Morawskiego.

Na poparcie swoich zarzutów L. Morawski przytoczył następujący przykład orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego: „W orzeczeniu tym [tj. z dnia 13 II 1991 r., sygn. W 3/90 – przyp. J. P.] TK przyznaje, a nawet ubolewa nad tym, że zgodnie z ustawą z dnia 30 XII 1950 o wydawaniu Dziennika Ustaw i ‘Monitora Polskiego’ akty normatywne wchodzą w życie z reguły z dniem ogłoszenia, ale w praktyce są dostępne dla adresatów znacznie później (często nawet po kilku miesiącach). W rezultacie, akty normatywne nakładają na adresata obowiązki, o których ten nie może wiedzieć i wskutek tego ponosi niezawinione przez siebie (a w ewidentny sposób zawinione przez ustawodawcę) szkody. Trybunał Konstytucyjny nie znalazł podstaw w obowiązującym prawie do uznania wspomnianej ustawy za nie obowiązującą i ograniczył się do zasygnalizowania jej wad Sejmowi (postanowienie TK z 13 II 1991, S 2/91). TK w o l a ł w i ę c d o c h o w a ć w i a r y s w o i m p o z y t y w i s t y c z n y m p r z e k o n a n i o m [podkr. – J. P.] i tolerować rażąco irracjonalny i krzywdzący wielu ludzi stan prawny niż podjąć prostą i nie budzącą żadnych wątpliwości decyzję, że akt normatywny, który nie został ogłoszony w taki sposób, by dać możliwość adresatom zapoznania się z jego treścią, nie może nabrać mocy obowiązującej. Zauważmy, że w podanej wyżej sytuacji nie wchodzi w grę żadne typowe argumenty, które sądy zwykle powołują, by bronić idei nie skrępowanego rozumem legalizmu, jak choćby zasada pewności i bezpieczeństwa prawa czy zasada zaufania obywateli do państwa. W opisanej bowiem sytuacji to nie odrzucenie przepisów błędnej, choć formalnie obowiązującej ustawy, lecz właśnie ich stosowanie zagraża wymienionym zasadom”⁵.

Zdaniem L. Morawskiego, sam konstytucyjny zapis, że „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej”, nie rozstrzyga kwestii, na jakiej koncepcji praworządności opiera się nasz system prawa. Istotne znaczenie w tej materii może mieć sposób traktowania zasad sprawiedliwości, z czym wiąże się pozytywna lub negatywna odpowiedź na każde z trzech następujących pytań: 1. czy zasady sprawiedliwości mogą być traktowane jako samodzielne źródło prawa, 2. czy mogą one być traktowane jako reguła derogacyjna, 3. czy zasady sprawiedliwości mogą usprawiedliwiać akty cywilnego nieposłuszeń-

⁵ Tamże, s. 3.

stwa⁶. Jeśli na wszystkie postawione wyżej pytania odpowiedź będzie negatywna, to – zdaniem L. Morawskiego – nasz system prawa opiera się na pozytywistycznej koncepcji państwa prawa. W odniesieniu do Trybunału Konstytucyjnego cytowany autor stwierdza, iż bez wątplenia z orzecznictwa Trybunału wynika, że „Trybunał w swojej interpretacji art. 1⁷ odpowiada negatywnie na pierwsze i trzecie z wymienionych pytań. Zdecydowanie opowiada się za taką koncepcją źródeł prawa, która ogranicza się wyłącznie do oficjalnych tekstów prawa (konstytucja, ustawy i spełniające określone warunki akty podustawowe) i nie obejmuje zasad sprawiedliwości ani żadnych innych reguł pozatekstowych. Jeszcze bardziej oczywiste jest to w odniesieniu do instytucji cywilnego nieposłuszeństwa, o której w orzecznictwie TK nawet się nie wspomina. Po początkowych wahaniach TK zaakceptował jednak pogląd, że konstytucyjność aktów normatywnych może być kwestionowana także z tego powodu, iż naruszają one zasady sprawiedliwości społecznej. Tym samym TK odpowiedział pozytywnie na drugie z pytań. Można zatem powiedzieć, że nasz system prawa opiera się na bardzo słabej wersji koncepcji praworządności materialnej, w której w gruncie rzeczy *w i ę c e j j e s t e l e m e n t ó w p o z y t y w i s t y c z n y c h n i ż n i e p o z y t y w i s t y c z n y c h* [podkr. – J. P.]. Stanowisko TK w tym względzie doskonale zresztą harmonizuje z praktyką wymiaru sprawiedliwości w naszym kraju oraz ze stanowiskiem zdecydowanej większości przedstawicieli nauki prawa”⁸.

Poza zarzutem, że „TK uczynił pozytywizm podstawą filozoficzną swoich interpretacji art. 1”⁹, L. Morawski zarzuca Trybunałowi Konstytucyjnemu traktowanie zasad sprawiedliwości społecznej głównie jako zasad sprawiedliwości dystrybtywnej, a pomijanie ich rozumienia jako zasad sprawiedliwości komutatywnej i proceduralnej. Taka postawa – zdaniem L. Morawskiego – jest bardziej odpowiednia dla sytuacji gospodarki planowej, a nie dla gospodarki wolnorynkowej.

Na koniec swoich rozważań L. Morawski zwraca uwagę na rozdzźwięk pomiędzy oficjalnymi deklaracjami a rzeczywistą praktyką Trybunału Konstytucyjnego. Na płaszczyźnie oficjalnych deklaracji – twierdzi Morawski – Trybunał Konstytucyjny „przybiera pozę nieomal świętego, który nigdy nie

⁶ Tamże, s. 6.

⁷ Chodzi o art. 1 utrzymanych w mocy przepisów konstytucyjnych.

⁸ M o r a w s k i, *Spór o pojęcie państwa...*, s. 6.

⁹ Tamże, s. 7.

grzeszy przeciwko wskazaniom tekstów prawnych. Na płaszczyźnie tego, co faktycznie robi, sprawa nie jest jednak tak oczywista”¹⁰. Jako przykład L. Morawski podaje wyprowadzenie przez Trybunał Konstytucyjny z art. 1 dawnych przepisów konstytucyjnych utrzymanych w mocy szerokiego katalogu zasad¹¹. Według Morawskiego, „pozostanie na zawsze tajemnicą TK, przy pomocy jakiej to logiki wyprowadził on z kilku słów zawartych w art. 1 taki ogrom zasad, o tak zróżnicowanych zakresach zastosowania i normowania, a przy tym uzasadnił wiele wyjątków od nich”¹². W takiej postawie Trybunału Konstytucyjnego Morawski widzi kurczowe trzymanie się ideologii bezwarunkowego legalizmu, charakterystycznej dla pozytywizmu prawnego, pomimo że „pozytywistyczna idea państwa prawnego jest już dzisiaj martwa”¹³. Gdyby Trybunał nie tkwił uparcie na pozycji pozytywisty, to powinien – zdaniem Morawskiego – powiedzieć uczciwie i wprost, że na przykład „państwo, które aspiruje do ideałów państwa demokratycznego, musi w pewnym zakresie [...] chronić prawa nabyte i zasadę, że prawo nie działa wstecz i to bez względu na to, czy ustawodawca to przewidział, czy też z jakichś względów przeoczył”¹⁴.

Odpowiedzią na zarzuty L. Morawskiego pod adresem Trybunału Konstytucyjnego był polemiczny artykuł K. Działochoy i W. Gromskiego *Niepozytywistyczna koncepcja państwa prawnego a Trybunał Konstytucyjny*¹⁵. Autorzy odnieśli się w nim krytycznie nie tylko do proponowanego przez L. Morawskiego rozumienia niepozytywistycznej koncepcji prawa, ale również do poczynionych zarzutów pod adresem Trybunału Konstytucyjnego. Argumenty odpierające zarzuty sprowadzają się do następujących stwierdzeń:

1. Nie można za jedyny dowód szerszego, niż pozytywistyczne, widzenia prawa uznawać powoływanie się Trybunału Konstytucyjnego na zasady sprawiedliwości społecznej. Dowodem takim mogą być również liczne orzeczenia, w których Trybunał odwołuje się do zasady równości, czy też do zasady ochrony praw nabytych.

¹⁰ Tamże, s. 11-12.

¹¹ Do zasad tych należą: zasada ochrony praw nabytych, *lex retro non agit*, *pacta sunt servanda*, zasada zaufania obywateli do państwa, zasada bezpieczeństwa i pewności prawa oraz prawo do sądu.

¹² M o r a w s k i, *Spór o pojęcie państwa...*, s. 12.

¹³ Tamże.

¹⁴ Tamże.

¹⁵ PiP, 3(1995), s. 4-16.

2. Trybunał Konstytucyjny interpretując wspomniane wyżej zasady „daleki jest w istocie od takiej ich wykładni, która by dawała zawsze bezwzględne pierwszeństwo regułom wykładni językowej i systemowej, charakterystycznej dla pozytywistycznej koncepcji prawa”. Trybunał Konstytucyjny posługuje się często wykładnią opartą na aksjologicznych założeniach Konstytucji, nawiązuje do nich a nawet je współtworzy¹⁶. Ponadto Trybunał Konstytucyjny przyznaje nadrzędne znaczenie w stosunku do innych norm podstawowym zasadom Konstytucji, wyróżnionym w ramach tzw. wewnętrznej hierarchii norm Konstytucji. Wśród nich znajduje się również zasada o charakterze pozaprawnym, jaką jest w istocie zasada sprawiedliwości.
3. Jeśli chodzi o sposób rozumienia zasady sprawiedliwości społecznej, to nie należy się spodziewać, że poprzez samą interpretację tej zasady przez Trybunał Konstytucyjny nie tylko jako sprawiedliwości dystrybtywnej, ale przede wszystkim jako sprawiedliwości komutatywnej i proceduralnej, dokona się zmiana w istniejących stosunkach społeczno-politycznych, w których państwo wciąż musi pełnić rolę dystrybutora dóbr podstawowych.
4. Odnosząc się do wypowiedzi L. Morawskiego na temat potrzeby odejścia od pozytywistycznej koncepcji źródeł prawa na rzecz uznania za źródła prawa także reguł pozatekstowych, w tym zasady sprawiedliwości, autorzy polemicznego artykułu wyrazili przekonanie, że „dla osiągnięcia celów, którym służyć ma niepozytywistyczna koncepcja źródeł prawa, lepiej posłużyć się zasadą demokratycznego państwa prawnego w rozumieniu współczesnej myśli prawnej, obecnej także w orzecznictwie TK”. Zasada demokratycznego państwa prawa, realizującego zasady sprawiedliwości społecznej w ujęciu Trybunału Konstytucyjnego, zakłada przede wszystkim, że prawo ma odzwierciedlać określony system wartości akceptowanych społecznie, ma być sprawiedliwym prawem, a nie być jedynie instrumentem służącym realizacji doraźnych celów politycznych. Następnie zasada ta gwarantuje demokratyczny proces stanowienia i zmiany prawa. Dopuszcza derogację

¹⁶ K. Działocha już wcześniej zwracał uwagę, że Trybunał Konstytucyjny samodzielnie kształtuje rzeczywisty obraz Konstytucji, treść jej zasad i norm, ponieważ Konstytucja zawiera pojęcia ogólne, jak np. wolność, demokracja, sprawiedliwość, równość, państwo prawne, które wymagają opracowania – zob. t e n ż e, *Trybunał Konstytucyjny wobec zmiany Konstytucji*, PiP, 4(1991), s. 7.

z systemu prawa norm nie posiadających właściwości dobrego prawa. Zasady dobrego prawa i eliminacja złego prawa („nieprawego”) związane są ściśle z pojęciem państwa prawa i umożliwiają to, co E. W. Böckenförde nazywa „aksjologicznym ugruntowaniem prawa”¹⁷.

5. Trybunał Konstytucyjny legitymacji swoich działań szuka zawsze w zasadach i normach Konstytucji jako aktu prawa pozytywnego i dzięki temu zdobył odpowiednią pozycję w demokratycznym państwie prawa, podobnie jak inne sądy konstytucyjne. „Tylko dlatego, a nie dzięki odwoływaniu się do ‘reguł pozatekstowych’ (prawo natury, *ius* itp.) niektóre z nich (np. niemiecki Związkowy Trybunał Konstytucyjny) zyskały miano aktywnych organów kształtujących porządek prawny. Zdobyły je – co trzeba przyznać – także dlatego, że podstawą ich orzekania są na ogół zasady równości i sprawiedliwości traktowane jednak, w każdym razie, gdy idzie o podstawy ich obowiązywania, jako zasady prawa konstytucyjnego. Tylko za zezwoleniem ustrojodawcy i w ramach sformalizowanej procedury, a nie jako samoistna pierwotna podstawa orzekania sądu konstytucyjnego, zasada sprawiedliwości służy eliminowaniu z systemu prawa norm z nią sprzecznych. Na tej tylko zasadzie i w zgodzie z regułą demokratycznego państwa prawnego sąd konstytucyjny uczestniczy w rozstrzyganiu konfliktu między sprawiedliwością a prawem, konfliktu, który przyjmuje postać Radbruchowskiego dylematu wyboru między ‘nieprawym prawem’ (*unrichtiges Recht*) i sprawiedliwością (*Gerichtigkeit*) [podkr. – J. P.]. Gdyby sąd konstytucyjny miał częściej i na zasadach innych niż określone w Konstytucji, sięgać do sprawiedliwości jako podstawy swojej działalności, mogłoby to – w tym ujęciu – zagrozić bezpieczeństwu prawnemu (*Rechtssicherheit*) jako założeniu państwa prawnego”¹⁸. W przekonaniu autorów polemicznego artykułu, koncepcja demokratycznego państwa prawa służy rozstrzygnięciu trudnego dylematu w stosunkach między prawem a sprawiedliwością¹⁹.

¹⁷ Zob. E. W. Böckenförde, *Prawo i wartości. O krytyce idei aksjologicznego ugruntowania prawa*, „Znak”, 11(1992), s. 67.

¹⁸ K. Działocha, W. Gromski, *Niepozytywistyczna koncepcja państwa prawnego a Trybunał Konstytucyjny*, PiP, 3(1995), s. 15-16.

¹⁹ Por. tamże, s. 9-16.

II. POZYTYWISTYCZNA KONCEPCJA PRAWA

1. ZAGADNIENIA TERMINOLOGICZNE

Pojmowanie prawa jako efektu ludzkiego stanowienia obecne było w różnych epokach historycznych od czasów starożytnych do współczesności. Samo zaś pojęcie *prawo pozytywne* pojawiło się po raz pierwszy w średniowieczu, użyte przez Piotra Abelarda (1079-1142), następnie przez dekretalistów francuskich XII wieku. Pochodzi z łacińskiego *ponere – posui – positum – positivum* i oznacza: kłaść, postanowić, ustanowić²⁰. Uważany za twórcę pozytywizmu A. Comte (1798-1857) wyodrębnił pięć znaczeń wyrazu „pozytywny”: 1. wyraz ten oznacza to, co realne w przeciwieństwie do tego, co urojone; 2. termin „pozytywny” podkreśla kontrast między tym, co pożyteczne, a tym, co jałowe; 3. określenia „pozytywny” używa się, aby przeciwstawić pewność chwiejności; 4. terminu tego używa się również, aby przeciwstawić to, co ścisłe, temu, co mgliste: „przypomina ono ciągłe dążenie prawdziwej filozofii do uzyskania wszędzie takiego stopnia ścisłości, jaki da się pogodzić z naturą zjawisk i który odpowiada naszym istotnym potrzebom; podczas gdy dawny sposób filozofowania prowadzić musiał do poglądów nieokreślonych, a cała jego niezbędna dyscyplina myślowa polegała na stałym ucisku, opartym o powagę nadprzyrodzoną”; 5. wyrazu „pozytywny” używa się jako przeciwieństwa wyrazu „negatywny”²¹. Zdaniem A. Comte’a, cztery pierwsze znaczenia wyrazu „pozytywny” służą odróżnieniu filozofii pozytywnej „od wszelkich możliwych, czy to teologicznych, czy metafizycznych odmian filozofii początkowej”, natomiast piąte znaczenie wskazuje na stałą tendencję filozofii pozytywnej oraz charakteryzuje wprost zasadniczą różnicę względem filozofii metafizycznej, która musiała być krytyczna. Bowiem – jak twierdzi A. Comte – „Prawdziwa filozofia wyrzeka się wprawdzie raz na zawsze wszystkich zasadniczo nierozwiązalnych zagadnień, ale podając motywy, dla których nie zajmuje się nimi, stara się jednocześnie nie rozwiązywać ich negatywnie [...] Oczywiście jest, że absolutny charakter dawnych doktryn, czy to teologicznych czy metafizycznych, sprawiał, że każda z nich musiała stać się negatywna względem wszystkich pozostałych, jeżeli nie miała się wyrodzić w bezsensowny eklektyzm. Natomiast nowa filozofia właśnie

²⁰ Por. A. K o ś ć, *Podstawy filozofii prawa*, Lublin 2005³, s. 86.

²¹ A. C o m t e, *Rozprawa o duchu filozofii pozytywnej*, tłum. J. K., Kęty 2001, s. 39-40.

dzięki swemu relatywizmowi może zawsze doceniać wartość teorii, którym się przeciwstawia, nie czyniąc jednak nigdy niepotrzebnych ustępstw, które mogłyby zamącić jasność jej poglądów lub zakłócić stanowczość jej decyzji²².

Obecnie terminu „prawo pozytywne” używa się przede wszystkim na oznaczenie prawa stanowionego przez państwo w formie przepisów prawnych („prawo pisane”), ale często terminem tym obejmuje się zarówno prawo stanowione jak i prawo zwyczajowe, prawo precedensowe, a także ewentualnie inne zespoły norm uznane przez organy państwa za normy obowiązujące w danym systemie prawnym²³.

Termin „pozytywizm” w prawoznawstwie może oznaczać: po pierwsze, pewien typ poglądów na prawo, w szczególności sposób pojmowania prawa i uzasadniania obowiązku dawania mu posłuchu oraz pewien program nauki prawa; po drugie, wąsko pojęty pozytywizm jako kierunek w prawoznawstwie z przełomu XIX i XX wieku; po trzecie, w amerykańskiej literaturze prawniczej mianem „pozytywistycznej” (w nawiązaniu do koncepcji pozytywizmu filozoficznego) określa się empirycznie zorientowaną refleksję nad prawem²⁴.

Pozytywizm prawniczy jako pewien kierunek w prawoznawstwie rozwinął się i dominował w XIX wieku i w pierwszej połowie XX wieku aż do II wojny światowej, po której miało miejsce odrodzenie prawa naturalnego zwłaszcza w Niemczech, ale również i w innych krajach, w których upadły autorytarne systemy polityczne²⁵. Jednakże w polskiej rzeczywistości – jak często podkreśla się w doktrynie – wciąż dominuje pozytywistyczne pojmowanie prawa.

Pozytywizm prawniczy rozwijał się w dwu głównych nurtach: angielskim i kontynentalnym, występował w wielu odmianach²⁶ oraz przekształcał się

²² Tamże, s. 40-41.

²³ Por. Z. Ziembicki, *O pojmowaniu pozytywizmu oraz prawa natury*, Poznań 1993, s. 62.

²⁴ S. Wrótkowska, Z. Ziembicki, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, s. 48.

²⁵ Por. K. Opalek, *Główne kierunki niemieckiej teorii i filozofii prawa po II wojnie światowej*, w: t e n ż e, *Studia z teorii i filozofii prawa*, Kraków 1997, s. 17.

²⁶ Wśród teorii pozytywizmu prawnego można wskazać pozytywizm racjonalistyczny, pozytywizm naturalistyczny (socjologiczny pozytywizm prawny, psychologiczny pozytywizm prawny, teleologiczny pozytywizm prawny), pozytywizm normatywny i pozytywizm legalny – por. K o ś ć, *Podstawy filozofii prawa*, s. 211-218.

w kierunku lepszego dopasowania do realiów współczesnego świata²⁷. Szczegółowe omówienie poglądów poszczególnych przedstawicieli tego kierunku wykracza poza ramy tej rozprawy. Celowe wydaje się natomiast wyodrębnienie pozytywizmu prawniczego w klasycznej postaci (tzw. twardy pozytywizm) i pozytywizmu „zreformowanego” (tzw. miękki pozytywizm)²⁸. Wykształcenie się w ramach pozytywizmu tych dwóch stanowisk związane było z dyskusją wokół kontrowersyjnej kwestii pojęciowej odrębności prawa od moralności implikującej obowiązek bezwarunkowego posłuszeństwa wobec prawa bez względu na jego treść. Główna teza miękkiego pozytywizmu głosi, iż w realnie istniejących systemach prawnych wartości moralne „inkorporowane” są do prawa jako kryteria jego obowiązywania. Przedstawiciele twardego pozytywizmu bronią natomiast mocniejszej tezy o zupełnej walidacyjnej niezależności prawa od moralności, według której obowiązywanie prawa sprowadza się do stwierdzenia istnienia pewnych obiektywnych i weryfikowalnych „faktów społecznych”, uznawanych za jego źródła²⁹.

2. ZAŁOŻENIA POZYTYWIZMU PRAWNICZEGO W KLASYCZNEJ POSTACI

Za klasyków „twardego pozytywizmu” uważa się J. Austina i H. Kelsena³⁰. Oksfordzki profesor, J. Austin (1790-1859), przedstawiciel analitycznego pozytywizmu prawniczego opublikował swoje poglądy w 1832 roku w dziele *The Province of Jurisprudence Determined*. Prawo, które powinno być przedmiotem prawoznawstwa, jest według niego prawem pozytywnym, ponieważ „to, co jednoznacznie nazywa się prawem, jest prawem ustano-

²⁷ Zob. np. A. G r y n i u k, *Pozytywistyczna koncepcja państwa prawnego i jej późniejsze teoretyczne i praktyczne modyfikacje*, w: *Teoria prawa, filozofia prawa, współczesne prawo i prawoznawstwo. Księga Pamiątkowa ofiarowana prof. W. Langowi*, Toruń 1998, passim.

²⁸ Określenie „miękki pozytywizm” pochodzi od H. L. A. Harta, który posłużył się nim w *Postówiu* do swojej książki *Pojęcie prawa* (tłum. J. Woleński, Warszawa 1998, s. 334-340). Dla odróżnienia zmodyfikowanych wersji pozytywizmu od jego wersji podstawowych zaczęto te drugie nazywać „twardym pozytywizmem”.

²⁹ T. P i e t r z y k o w s k i, „Miękki” pozytywizm i spór o regułę uznania, w: *Studia z filozofii prawa*, re. J. Stelmach, Kraków 2001, s. 98. Cytowany autor zwraca uwagę, że obecnie większość pozytywistów zajęła stanowisko „miękkiego” pozytywizmu (np. m. in. P. Soper, W. Waluchow, J. Coleman, D. Lyons, oraz sam H. L. A. Hart), podczas gdy „twardego” pozytywizmu bronią głównie J. Raz i S. Shapiro.

³⁰ Por. L. M o r a w s k i, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2003³, s. 19.

wionym przez politycznych zwierzchników dla politycznych podwładnych”³¹. W rozumieniu J. Austina, prawo jest rozkazem pojmowanego personalnie suwerena. Wskazując, kto jest suwerenem i kto może tworzyć prawo pozytywne, J. Austin wymienia trzy grupy podmiotów, wśród których znajdują się: 1. władcy lub suwerenne ciała będące najwyższymi podmiotami politycznymi, 2. urzędnicy – przedstawiciele suwerena, podporządkowani tym pierwszym i wydający prawa na ich polecenie lub z ich upoważnienia, 3. osoby prywatne, które dochodzą lub realizują przysługujące im prawa. Ponieważ Bóg w rozumieniu Austina nie jest suwerenem, do kręgu prawa pozytywnego nie należą prawa Boskie (prawa natury)³². Prawo pozytywne jest takim rodzajem rozkazów, w których można wskazać pięć następujących elementów: 1. „życzenie lub pragnienie istoty myślącej, które inna istota myśląca winna spełnić odpowiednio działając lub zaniechując czegoś”³³; 2. ogólność i abstrakcyjność rozkazu jako normy prawnej; 3. sankcja – „zło wyrządzane przez pierwszą istotę, a ponoszona przez drugą w przypadku, gdy ta ostatnia nie spełnia życzenia pierwszej”³⁴; 4. forma wyrażenia życzenia – „wyrażenie lub podanie do wiadomości danego życzenia za pomocą słów lub innych znaków”³⁵; 5. suweren polityczny.

Koncepcję prawa J. Austina określa się jako jurysprudencję analityczną (analiza pojęć prawnych dokonywana metodami formalno-dogmatycznymi) lub koncepcję utylitarystyczną prawa (prawo jest politycznym instrumentem i regulatorem życia społecznego, przynoszącym korzyść). Naczelna teza jego teorii „prawem rzeczywistym są jedynie normy postępowania ustanowione bądź uznane przez suwerena, których przestrzegać nakazuje on pod groźbą kary” stała się dogmatem współczesnego pozytywizmu prawniczego³⁶. Zdaniem Z. Ziemińskiego, pozytywistyczna koncepcja prawa J. Austina jako zbioru norm generalnych i abstrakcyjnych, ustanowionych przez suwerena, który nie ma nawyku posłuchu wobec kogoś innego, natomiast sam spotyka się z odpowiednim posłuchem ze strony adresatów tych norm, wobec których

³¹ J. A u s t i n, *The Province of Jurisprudence Determined*, London 1977, s. 5 – cyt. za: J. S t e l m a c h, R. S a r k o w i c z, *Filozofia prawa XIX i XX wieku*, Kraków 1999², s. 26.

³² Por. S t e l m a c h, S a r k o w i c z, *Filozofia prawa*, s. 26.

³³ A u s t i n, *The Province...*, s. 13 – cyt. za: S t e l m a c h, S a r k o w i c z, *Filozofia prawa...*, s. 27-28.

³⁴ Tamże.

³⁵ Tamże.

³⁶ K. S t ę p i e ń, *Austin John*, w: *Powszechna encyklopedia filozofii*, t. I, Lublin 2000, s. 418-419.

może stosować przymus, jest koncepcją bardzo jasną, łączącą aspekt normatywistyczny, psychologiczny i socjologiczny zjawisk prawnych. Inaczej mówiąc stanowi połączenie płaszczyzny logiczno-językowej, psychologicznej i socjologicznej³⁷. Do teorii J. Austina nawiązywał m.in. H. L. A. Hart i H. Kelsen.

Przedstawiciel pozytywizmu kontynentalnego, H. Kelsen (1881-1973), jest jednym z czołowych przedstawicieli pozytywizmu legalnego, twórcą tak zwanej *czystej teorii prawa* (*Reine Rechtslehre*)³⁸ i normatywizmu. Jego koncepcja jest rezultatem krytyki skierowanej na pozytywizm prawniczy pod koniec XIX wieku. Jednakże odchodziła ona od tego pozytywizmu tylko w aspekcie ideologicznym, natomiast pod względem metodologicznym okazała się nie tylko jego kontynuacją, ale nawet skrajną postacią³⁹. H. Kelsen „staje zdecydowanie ze swą filozofią prawa w szeregu systemów pozytywistycznych, trwając przy dogmacie wyłącznego uznania prawa pozytywnego, identyfikacji prawa z prawem pozytywnym i nawiązując w tym względzie do najwybitniejszego przedstawiciela tego kierunku w Niemczech, Bergbohma, którego dzieło mimo dalszych zastrzeżeń, uznaje za podstawowe i dotąd nieprześcignione”⁴⁰.

Według pozytywizmu legalnego, którego podstawowe tezy zaproponował K. Bergbohm, ustawa jest równoznaczna z prawem i musi być uznana za obowiązującą, jeśli tylko została poprawnie stworzona pod względem formalnym. Według K. Bergbohma: „Tylko prawo pozytywne jest prawem i każde pozytywne prawo jest prawem”⁴¹. Ustawodawca ma wolność w określaniu treści normy prawnej. W pozytywizmie legalnym można wyodrębnić nurt umiarkowany i nurt radykalny. Dla nurtu umiarkowanego wszechmoc ustawodawcy to jedynie wszechmoc prawna oznaczająca, że ustawodawca może wprowadzić ustanowić każdą normę prawną, ale jednak ogranicza go powinność (*Sollen*), tzn. dobrowolne samozwiązanie ustawodawcy przez wolę ogółu, racje rozumu, czy konstytucyjny porządek społec-

³⁷ Z i e m b i ń s k i, *O pojmowaniu pozytywizmu...*, s. 65-66.

³⁸ K o ś ć, *Podstawy filozofii prawa*, s. 77.

³⁹ J. O n i s z c z u k, *Koncepcje prawa*, Warszawa 2004, s. 159-160.

⁴⁰ J. L a n d e, *Norma a zjawisko prawne. Rozważania nad podstawami teorii prawa na tle krytyki systemu Kelsena* (1925), w: t e n ż e, *Studia z filozofii prawa*, Warszawa 1959, s. 228.

⁴¹ K. B e r g b o h m, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Band I, Berlin 1892, s. 549 – cyt. za: K o ś ć, *Podstawy filozofii prawa*, s. 72.

czeństwa. Konsekwentnie jednak zgodnie z założeniami pozytywistycznymi uznaje się, że każda ustawa, nawet jeśli nie zawiera w swojej treści prawa słusznego, obowiązuje jako prawo pozytywne. W radykalnym nurcie pozytywizmu legalnego nie ma żadnego postulatu samozwiązania ustawodawcy⁴². Ustawodawca ma nieograniczoną wolność w kształtowaniu treści prawa. Zgodnie z poglądem H. Kelsena, „każda dowolna treść może być prawem, nie ma też ludzkiego zachowania, które by jako takie, z przyczyny swej jakości, nie mogło być treścią normy prawnej”⁴³. Konsekwentnie „także najbardziej nikczemne prawo ustawowe, o ile jest tylko formalnie poprawnie stworzone, musi być uznane za wiążące”⁴⁴. Pozytywizm legalny w skrajnej postaci doprowadził do popełniania zbrodni „w majestacie prawa” w państwach totalitarnych, do sytuacji, którą później G. Radbruch nazwał „ustawowym bezprawiem” oskarżając pozytywizm o to, że „swoim przekonaniem «ustawa jest ustawą» obezwładnił niemieckich prawników i uczynił ich bezbronnymi wobec ustaw o treści samowolnej i zbrodniczej”⁴⁵.

Moc obowiązująca normy prawnej, zdaniem H. Kelsena, nie zależy od jej treści, lecz od formy – od wytworzenia według ściśle określonej reguły, według pewnej specyficznej metody⁴⁶. Uzasadniając moc obowiązywania prawa przy pomocy hipotetycznej normy podstawowej, H. Kelsen odrzuca możliwość powoływania się na treść norm prawa naturalnego w argumentacji dotyczącej mocy wiążącej prawa.

Na podstawie poglądów czołowych pozytywistów L. Morawski zrekonstruował podstawowe idee tworzące rdzeń tej wersji pozytywizmu i zaproponował jego następującą charakterystykę:

„1. Prawo to zbiór norm ogólnych pochodzących od państwa i w większości przypadków zabezpieczonych taką lub inną formą przymusu (teza społeczna).

⁴² K o ś ć, *Podstawy filozofii prawa*, s. 216-218.

⁴³ H. K e l s e n, *Czysta teoria prawa*, tłum. T. Przeorski, w: *Filozofia prawa. Wybór tekstów źródłowych*, red. A. Kość, Lublin 2002, s. 218.

⁴⁴ B e r g b o h m, *Jurisprudenz...*, s. 144 – cyt. za: K o ś ć, *Podstawy filozofii prawa...*, s. 252.

⁴⁵ G. R a d b r u c h, *Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo*, w: A. K o ś ć, *Filozofia prawa. Wybór tekstów źródłowych*, Lublin 2002, s. 207.

⁴⁶ K e l s e n, *Czysta teoria prawa...*, s. 218.

2. Prawo stanowione przez państwo jest porządkiem nadrzędnym na terytorium państwa i co do zasady nie istnieją żadne ograniczenia przedmiotowe zakresu regulacji prawnej.

3. Prawo powstaje z reguły w trybie jednostronnych i władczych decyzji wydawanych przez organy państwowe lub z upoważnienia organów państwowych.

4. Źródłem prawa są teksty prawne, a więc autoryzowane przez organy państwowe dokumenty, które składają się z norm prawnych (konstytucja, ustawy, akty podustawowe, a w krajach *common law* precedensy) i zasadniczo poprzez odwołanie się do tych dokumentów prawo jest identyfikowane (test pochodzenia).

5. Prawo jest systemem niezależnym od moralności i innych systemów normatywnych w tym sensie, iż norma prawidłowo ustanowiona obowiązuje nawet wtedy, gdyby okazało się, iż jest ona niesłuszna lub nieracjonalna albo niezgodna z innymi pozaprawnymi regułami (teza o rozdziale).

6. Podstawowym obowiązkiem organów państwa i obywateli jest przestrzeganie prawa, nawet prawa niesłusznego lub niezgodnego z innymi pozaprawnymi regułami (pozytywistyczna zasada rządów prawa).

7. Głównymi metodami analizy prawa są metody analityczne (językologiczne), a podstawowym zadaniem prawnika jest egzegeza tekstów prawnych – ich opracowywanie, porządkowanie i wykładnia⁴⁷.

3. POZYTYWISTYCZNA KONCEPCJA PRAWA WE WSPÓŁCZESNYM JEJ ROZUMIENIU

Pozytywistyczna koncepcja prawa pojmowana jako tzw. „twardy pozytywizm” spotyka się z ciągłą krytyką, której powodem jest nie tylko kompromitacja pozytywistycznego pojmowania prawa od czasów II wojny światowej, ale również fakt, że koncepcja ta nie przystaje do realiów współczesnego świata. Jak zauważył T. Pietrzykowski, „pozytywizm prawniczy nigdy nie był w naszym kraju określeniem budzącym pozytywne skojarzenia. [...] Tymczasem stanowi on współcześnie najbardziej żywotny, płodny i wpływowy kierunek w myśleniu o prawie i kluczowych dla niego pojęciach. [...] Na kształt współczesnego pozytywizmu prawniczego zasadniczy wpływ miały przynajmniej trzy potężne ataki, jakie doktryna ta

⁴⁷ M o r a w s k i, *Główne problemy...*, s. 19.

odparła w XX w. Ich następstwem stała się zarówno ewolucja poglądów samych pozytywistów, jak również, a może przede wszystkim, wyjaśnienie wielu bezpodstawnie przypisywanych jego zwolennikom twierdzeń, tudzież nad- i dezinterpretacji stawianych przez pozytywistów tez⁴⁸.

Współczesny pozytywizm prawniczy opiera się na dwóch głównych tezach, do których należą: teza o źródłach oraz teza o rozdziale⁴⁹. Według tezy o źródłach prawo ma swoje źródło w faktach społecznych, w przyjmowanej w konkretnej społeczności konwencji decydującej o tym, co jest lub co nie jest prawem. Teza ta „wyraża fundamentalne dla pozytywizmu twierdzenie, iż podstawa obowiązywania prawa nie ma charakteru metafizycznego, prawo bowiem nie wywodzi się z żadnej tak, czy inaczej pojmowanej «natury», z której miałyby wynikać jakaś «konieczna» jego treść”⁵⁰. Według tezy o rozdziale, nie ma koniecznego, pojęciowego związku pomiędzy prawem a moralnością. Prawo obowiązuje niezależnie od spełnienia jakichkolwiek kryteriów natury moralnej.

Wprowadzony przez H. L. A. Harta termin „miękki pozytywizm” oznacza koncepcję zasadniczo pozytywistyczną, ale uznającą wagę standardów moralnych w ocenie prawa jako zjawiska społecznego⁵¹. Według Harta, treść prawa uzależniona jest od konwencyjnalnej reguły uznania, która „w swej części zasadniczej nie jest ustanowiona, natomiast jej obecność *ujawnia się* przez sposób rozpoznawania poszczególnych reguł przez sądy, urzędników oraz osoby prywatne i ich doradców prawnych”, reguła uznania „*jest najwyższą zasadą systemu*” prawa, „reguła uznania dostarczająca kryteriów oceny obowiązywania innych przepisów danego systemu jest [...] *zasadą ostateczną*”, „reguła ta nie może ani obowiązywać, ani też nie obowiązywać, ale jest po prostu akceptowana jako właściwa do stosowania w tym celu [...] obowiązywanie reguły jest «zakładane, ale nie może być udowodnione»”⁵². Reguła uznania w ujęciu Harta nasuwa skojarzenia z funkcją normy podstawowej w koncepcji H. Kelsena i rodzi podobne problemy związane z określeniem jej statusu prawnego – czy jest to fakt, czy prawo? Zdaniem J. Woleńskiego,

⁴⁸ P i e t r z y k o w s k i, „*Miękki*” *pozytywizm...*, s. 97.

⁴⁹ Por. J. R a z, *Autorytet prawa*, tłum. P. Maciejko, Warszawa: Dom Wydawniczy ABC 2000, s. 39-54.

⁵⁰ P i e t r z y k o w s k i, „*Miękki*” *pozytywizm...*, s. 99.

⁵¹ J. W o l e ń s k i, *Wstęp* w: H. L. A. H a r t, *Pojęcie prawa*, tłum. J. Woleński, Warszawa 1998, s. XVI.

⁵² H a r t, *Pojęcie prawa*, s. 142-151.

kwestii obowiązywania reguły uznania nie rozwiązuje stwierdzenie, że funkcjonuje ona w złożonej praktyce prawnej. „Owa praktyka na pewno jest złożona, ale to nas niewiele posuwa w odpowiedzi na pytanie, na czym polega obowiązywanie reguły gwarantującej obowiązywanie innych elementów prawa”⁵³.

Odnosząc się do zagadnienia treści prawa i nieodłącznie z tym związanej kwestii stosunku prawa i moralności, H. L. A. Hart proponuje, aby prawo zawierało „minimalną treść prawa naturalnego” służącą „minimalnemu celowi przetrwania, realizowanemu przez człowieka, gdy wchodzi w związki społeczne”⁵⁴. Hart dostrzega racjonalny związek między faktami naturalnymi oraz treścią reguł prawnych i moralnych, bowiem „przy braku odpowiedniej treści, ludzie tacy, jacy są, nie mieliby powodu do dobrowolnego przestrzegania jakichkolwiek reguł, a bez minimalnego dobrowolnego współdziałania ze strony tych, którzy podporządkowanie się regułom i ich dalsze utrzymywanie uważają za będące w ich interesie, przymuszanie opornych nie byłoby możliwe”⁵⁵. Hart daleki jest od absolutyzowania elementu przymusu w prawie, tak mocno akcentowanego przez przedstawicieli nurtu tradycyjnego pozytywizmu.

Miękki pozytywizm – jak to zostało już wyżej zaznaczone – próbuje złagodzić przede wszystkim kwestię relacji moralności do prawa. Doniosłe znaczenie dla zweryfikowania podstawowych tez twardego pozytywizmu miała krytyka ze strony R. Dworkina, który zmusił pozytywistów do ponownego przemyślenia koncepcji reguły uznania oraz statusu norm moralnych w systemie prawa pozytywnego⁵⁶. W swojej argumentacji, ukierunkowanej na odróżnienie szeroko pojmowanych zasad prawa od reguł, R. Dworkin posłużył się m.in. przykładem wyroku sądu amerykańskiego w sprawie *Riggs v. Palmer*⁵⁷, aby dowieść, że zasady uwzględniane w procesie stosowania prawa przez sądy brane są pod uwagę ze względu na ich treść i to nie z powodu

⁵³ W o l e ń s k i, *Wstęp...*, s. XXI.

⁵⁴ H a r t, *Pojęcie prawa*, s. 261.

⁵⁵ Tamże, s. 261-262.

⁵⁶ P i e t r z y k o w s k i, „Miękki” *pozytywizm...*, s. 101-103.

⁵⁷ Wyrok zapadł w związku z następującym stanem faktycznym: E. Palmer zamordował swojego dziadka, F. Palmera, który wcześniej zapisał wnukowi znaczny majątek. Sąd, powołując się na zasadę, że „nikt nie może czerpać korzyści z wyrządzonego przez siebie zła”, odmówił E. Palmerowi prawa do spadku – zob. R. D w o r k i n, *Biorąc prawa poważnie*, tłum. T. Kowalski, Warszawa 1998, s. 57 oraz zamieszczony tam przypis tłumacza.

pochodzenia od prawodawcy, ale dlatego że umożliwiają słuszne rozstrzygnięcie konkretnego przypadku.

Miękki pozytywizm, odnosząc się do fundamentalnych tez (tezy o źródłach i tezy o rozdziale), dokonuje ich interpretacji w następujący sposób:

1. O tym, co jest, a co nie jest prawem, decyduje reguła uznania, rozumiana jako istniejąca w danej społeczności konwencja określająca kryteria obowiązywania norm prawnych.
2. Istnienie reguły uznania odzwierciedla się w zgodnej praktyce organów stosujących prawo, stanowiąc obiektywny i stwierdzalny niezależnie od jakichkolwiek wartościowań moralnych fakt społeczny.
3. Reguła uznania może dowolnie określać kryteria obowiązywania norm prawnych. Kryteria te mogą odwoływać się zarówno do pochodzenia norm, jak też do ich treści.
4. Wobec powyższego nie ma żadnych przeszkód, aby reguła uznania nakazywała traktować jako normy prawne, normy spełniające określone wymogi treściowe, w tym również odnoszące się do zasad moralnych.
5. Konsekwencją tezy o rozdziale prawa i moralności jest jedynie brak konieczności, aby reguła uznania zawierała kryteria o charakterze treściowym. O istnieniu tych kryteriów decyduje przyjmowana w danej kulturze prawnej konwencja⁵⁸.

III. NIEPOZYTYWISTYCZNA KONCEPCJA PRAWA

Powstanie niepozytywistycznej koncepcji prawa związane jest z krytyką pozytywistycznej koncepcji prawa, szczególnie ożywioną w niemieckiej filozofii prawa po II wojnie światowej. Krytyka ukierunkowana była na rozliczenie zbrodniczych czynów upadłego reżimu totalitarnego. Poszukiwano zasad nowego sprawiedliwego porządku prawnego oraz kryteriów słusznego prawa. „Ważkim wezwaniem w tym kierunku stały się w Niemczech Zachodnich, dziś uznawane za klasyczne, pisma G. Radbrucha z lat 1945-1946 z ich dramatycznym i sugestywnym przeciwstawieniem «prawa ponadustawowego» – «ustawowemu bezprawiu». Przedstawiona w tych pismach «formuła Radbrucha», nieważności ustaw rażąco niesprawiedliwych, wywarła wielki wpływ na

⁵⁸ Por. P i e t r z y k o w s k i, „Miękki” pozytywizm..., s. 105-106 i przywołany tam J. C o l e m a n, *Rules and Social Facts*, „Harvard Journal of Law & Public Policy”, 14(1991), s. 716-722.

piśmiennictwo i orzecznictwo okresu odrodzenia prawa natury, a jest po dziś dzień przyjmowana przez wielu autorów i nadal ma znaczenie dla praktyki prawniczej”⁵⁹.

Przez około dwadzieścia lat po wojnie trwało tzw. odrodzenie prawa natury. Nawiązywano wówczas do wielkich systemów filozoficznych oraz do chrześcijańskiej filozofii moralnej. W latach sześćdziesiątych, kiedy nieco osłabła dyskusja wokół pozytywizmu prawniczego i prawa naturalnego, rozpoczęła się tzw. debata podstawowa, koncentrująca uwagę wokół kwestii roli filozofii prawa, zagadnień metodologicznych prawoznawstwa oraz związków pomiędzy prawoznawstwem a innymi naukami społecznymi⁶⁰. W efekcie debaty podstawowej, pod koniec pierwszej połowy lat osiemdziesiątych, zrodziły się niepozytywistyczne koncepcje prawa, które cechuje całkowicie odmienne podejście do krytyki pozytywizmu. „Ich cechą charakterystyczną jest nawiązywanie do metod badawczych zaczerpniętych z filozofii analitycznej oraz do teorii dyskursu prawniczego. [...] w opracowanej w ich ramach antypozytywistycznej argumentacji występują oprócz znanych już z koncepcji prawnonaturalnych argumentów o charakterze aksjologicznym czy normatywnym także argumenty czysto analityczne”⁶¹.

Obecnie nurt teorii niepozytywistycznych cieszy się coraz większym zainteresowaniem i obejmuje teorie argumentacji, komunikacji społecznej czy hermeneutykę prawniczą. W centrum zainteresowania tych teorii znajduje się proces tworzenia prawa i ustalanie znaczenia tekstów prawnych. „Rozumienie tekstów jest tak zależne od ludzkich sposobów myślenia o świecie, od ludzkich ideałów, że nie daje się sprowadzić ani do pozytywistycznego ideału egzegezy ustaw, ani też do poszukiwania prawa naturalnego, prawa słusznego, ani wreszcie do obserwacji ludzkich zachowań bądź przeżyć”⁶². Normy prawne kształtowane są – zdaniem zwolenników niepozytywistycznego podejścia do prawa – w procesie dyskursu (dialogu), którego uczestnikami są przedstawiciele całego społeczeństwa, a w szczególności parlament, sę-

⁵⁹ K. O p a ł e k, *Główne kierunki niemieckiej teorii i filozofii prawa po II wojnie światowej*, w: t e n ż e, *Studia z teorii i filozofii prawa*, Kraków 1997, s. 17.

⁶⁰ T. G i z b e r t - S t u d n i c k i, A. G r a b o w s k i, *Kilka uwag o niepozytywistycznej koncepcji prawa*, w: *Prawo a wartości. Księga jubileuszowa Profesora Józefa Nowackiego*, red. I. Bogucka, Z. Tobor, Kraków: Zakamycze 2003, s. 55; zob. także: O p a ł e k, *Główne kierunki niemieckiej teorii i filozofii prawa po II wojnie światowej*, s. 22-29.

⁶¹ G i z b e r t - S t u d n i c k i, G r a b o w s k i, *Kilka uwag...*, s. 56.

⁶² T. S t a w e c k i, P. W i n c z o r e k, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 2003⁴, s. 8.

dziowie, adwokaci, urzędnicy, adresaci prawa (obywatele, osoby prawne), przedstawiciele nauki, publicyści, politycy. „Na uzgodnione w ten sposób znaczenie normy przesądzający wpływ ma kontekst, w jakim się ów dyskurs toczy, w tym głównie (choć nie wyłącznie) stan poglądów etycznych, politycznych, religijnych, ekonomicznych itp. jego uczestników”⁶³. Zdaniem E. Kustry, proponowana we współczesnej teorii i filozofii prawa teoretyczna charakterystyka prawa (idea prawa) podejmując próbę przezwyciężenia tradycyjnej antynomii pozytywizmu prawniczego oraz prawa natury nie mówi o analitycznych (koniecznych) związkach między prawem a przymusem, prawem a moralnością, prawem a sprawiedliwością, lecz proponuje wyjaśnienie, do jakiego stopnia i w jakich warunkach te związki występują. Akceptuje ponadto pogląd, że porządek prawny jest wielowymiarowy. „Strategia badawcza w teoretycznej charakterystyce prawa ma polegać na określeniu roli zmiennych aspektów w «istnieniu» porządku prawnego i wszystkie przedsięwzięcia, wyjaśniające ich znaczenie, stanowią wkład do wyjaśnienia pojęcia (idei) prawa”⁶⁴.

Prekursorem niepozytywistycznej koncepcji prawa w niemieckiej filozofii prawa był R. Dreier, a czołowym przedstawicielem współczesnego nurtu niepozytywistycznego jest R. Alexy. Do nurtu niepozytywistycznego zalicza się również R. Dworkina, J. Habermasa, J. Rawlsa, A. Kaufmanna.

1. CHARAKTER OPOZYCJI: POZYTYWISTYCZNA – NIEPOZYTYWISTYCZNA KONCEPCJA PRAWA

Kontrowersja między zwolennikami pozytywizmu prawniczego a przedstawicielami szeroko rozumianych kierunków niepozytywistycznych – zdaniem L. Morawskiego – jest jedną z form sporu między naturalistami i antynaturalistami. Naturalizm nawiązuje do pozytywistycznej filozofii nauki postulującej empiryzm, jednoznaczność i precyzyjną artykulację twierdzeń, obiektywizm i eliminację z nauki sądów wartościujących. Zwolennicy antynaturalizmu ostro krytykują postulat niewartościowania w nauce, krytykują twierdzenie, że prawidłowości życia społecznego to tylko szczególny przypadek prawidłowości przyrodniczych⁶⁵.

⁶³ Tamże.

⁶⁴ E. K u s t r a, *Współczesne próby przezwyciężenia antynomii pozytywizmu prawniczego oraz prawa natury w wyjaśnianiu idei prawa*, w: *Teoria prawa, filozofia prawa...*, s. 111-112.

⁶⁵ Zob. szerzej na ten temat: L. M o r a w s k i, *Naturalizm i antynaturalizm – dwie opcje nauk prawnych*, w: *Teoria prawa, filozofia prawa...*, s. 185-197.

W najszerszym rozumieniu niepozytywistyczne podejście do prawa jest wyrazem poszukiwania tzw. trzeciej drogi – ujęcia prawa będącego pomiędzy pozytywistycznym a prawnonaturalnym ujęciem. Te dwa będące w opozycji od niepamiętnych czasów stanowiska współcześnie zbliżyły się, czego wyrazem jest „miękki pozytywizm”. Jednakże w związku z „miękkim pozytywizmem” powstaje pytanie o to, czy w ogóle jest on jeszcze pozytywizmem⁶⁶, jeśli tak, to co decyduje o różnicy między pozytywistycznym a niepozytywistycznym ujęciem prawa.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę na to, że w myśl „miękkiego pozytywizmu” normy moralne mogą być inkorporowane do obowiązującego prawa w dwojaki sposób. Po pierwsze, w wersji walidacyjnej, norma prawna może być uznawana za obowiązującą ze względu na samą jej treść. Jeśli w praktyce społecznej – zgodnie z akceptowaną regułą uznania – pewne normy moralne uznawane są za obowiązujące prawo, należą one wówczas do prawa pozytywnego. Normy moralne mogą być, zgodnie z tym stanowiskiem, inkorporowane do prawa zarówno bez żadnego bezpośredniego związku z przepisami prawa stanowionego, jak i poprzez zawarte w tych przepisach odesłania do ocen moralnych, na przykład w formie klauzul generalnych⁶⁷. Po drugie, w wersji derogacyjnej, reguła uznania może zawierać kryteria moralne konieczne do uznania normy (pochodzącej od prawodawcy) za obowiązującą normę prawną. Tak więc norma moralna nie może wprowadzić stać się prawem niezależnie od stanowienia, ale może spełniać rolę negatywną – derogacyjną – uniemożliwiającą uznanie za obowiązujące prawo normy nie spełniającej minimalnych wymogów moralnych. Jako przykład mogą tu posłużyć wszelkie klauzule konstytucyjne, takie jak sprawiedliwość społeczna, czy państwo prawa⁶⁸.

Ujęcie „miękkiego pozytywizmu” w wersji derogacyjnej najbardziej zbliża tę koncepcję do koncepcji niepozytywistycznej, „przypomina nieco tzw. formułę Radbrucha i głoszoną obecnie, m.in. przez R. Aleksego, tzw. niepozytywistyczną koncepcję prawa”⁶⁹. Zasadnicza różnica sprowadza się do tego, że w koncepcji „miękkiego pozytywizmu” derogacyjne kryterium moralne może, lecz nie musi, być elementem faktycznie akceptowanej reguły

⁶⁶ Zob. L. M o r a w s k i, *Pozytywizm twardy, pozytywizm miękki i pozytywizm martwy*, „Ius et Lex”, 2(2003), passim.

⁶⁷ Por. P i e t r z y k o w s k i, „Miękki” pozytywizm..., s. 109.

⁶⁸ Tamże.

⁶⁹ Tamże.

uznania. „O ile zatem istnienie takiego kryterium w koncepcjach niepozytywistycznych uważane jest za konieczną cechę każdego systemu prawnego, czy nawet samego pojęcia prawa, o tyle «miękki» pozytywizm jedynie uważa za możliwe jego funkcjonowanie w poszczególnych systemach prawnych, jeżeli wynika to z treści faktycznie akceptowanej w tym systemie reguły uznania”⁷⁰. Dla utrzymania pozytywistycznego pojęcia prawa decydujące jest wykazanie, że nie ma żadnej pojęciowej konieczności, aby reguła uznania zawierała kryteria moralne, służące ocenie treści danych norm prawnych. W ten sposób podtrzymana zostanie teza o rozdziale prawa i moralności.

2. ARGUMENTACJA NA RZEC NIEPOZYTYWISTYCZNEJ KONCEPCJI PRAWA

W przeciwieństwie do pozytywistów, wszyscy zwolennicy niepozytywistycznej koncepcji prawa opowiadają się za tezą o związku prawa i moralności. Według tej tezy pojęcie prawa należy tak zdefiniować, aby zawierało elementy moralne. Nie wyklucza się jednak z pojęcia prawa elementów autorytatywnego stanowienia i społecznej skuteczności, chodzi raczej o to, aby pojęcie prawa obejmowało obok cech odnoszących się do faktów również elementy moralne. Wszyscy zwolennicy niepozytywistycznej koncepcji prawa odrzucają Kelsenowską pozytywistyczną formułę, że każda dowolna treść może być treścią prawa⁷¹.

Zdaniem R. Alexy’ego, pomiędzy prawem i moralnością istnieją pojęciowo konieczne związki. W swojej obronie niepozytywistycznej koncepcji prawa Alexy skupia uwagę na tzw. formule Radbrucha jako najpopularniejszej wersji tezy o związku, odnoszącej się do pojedynczych norm, która mówi: „Konflikt między sprawiedliwością i bezpieczeństwem prawnym należałoby tak rozwiązać, ażeby prawo pozytywne zagwarantowane przez ustawodawstwo i władzę państwową miało pierwszeństwo także wtedy, gdy treściowo jest niesprawiedliwe i niecelowe, chyba że sprzeczność ustawy pozytywnej ze sprawiedliwością osiąga taki stopień, że ustawa jako «prawo niesprawiedliwe» powinna ustąpić miejsca sprawiedliwości”⁷².

⁷⁰ Tamże, s. 110.

⁷¹ Por. R. A l e x y, *W obronie niepozytywistycznej koncepcji prawa*, tłum. L. Morawski, PiP, 11-12(1993), s. 34-35.

⁷² G. R a d b r u c h, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (1946), w: t e n Ź e, *Gesamtausgabe. Rechtsphilosophie*, t. III, Heidelberg 1990, s. 89.

Argumentacja R. Alexy'ego na rzecz niepozytywistycznej koncepcji prawa jest bardzo obszerna i ma rozbudowaną strukturę. R. Alexy odróżnia dwa sposoby argumentacji – analityczny i normatywny, wyjaśniając, że „argument analityczny to taki, który zakłada, że włączenie elementów moralnych do pojęcia prawa jest pojęciowo konieczne, niemożliwe lub tylko możliwe. Argument normatywny to z kolei taki, który zakłada, że włączenie lub wyłączenie elementów moralnych z pojęcia prawa jest konieczne, by osiągnąć określony cel lub spełnić określoną normę”⁷³. Odnosząc się krytycznie do rozpowszechnionego w debatach doktrynalnych poglądu mówiącego o niemożliwości rozstrzygnięcia sporu o pozytywizm prawniczy za pomocą analizy pojęciowej z powodu wieloznaczności i niejasności terminu „prawo”, R. Alexy twierdzi, że istnieją pojęciowo konieczne związki między prawem i moralnością. Tym samym neguje pogląd jakoby włączenie elementów moralnych do pojęcia prawa (czyli niepozytywistyczna koncepcja prawa) nie było ani pojęciowo konieczne, ani pojęciowo wykluczone, a stosując argumentację analityczną można dowieść jedynie, że w sensie pojęciowym zarówno pozytywizm, jak i niepozytywizm jest możliwy, natomiast rozstrzygające mogą okazać się jedynie argumenty normatywne⁷⁴.

W argumentacji analitycznej R. Alexy posługuje się dwoma głównymi argumentami: argumentem z niegodziwości (niesprawiedliwości) prawa (opartym na formule Radbrucha) i argumentem ze słuszności (będącym podstawą jego argumentacji) opartym na trzech dalszych argumentach związanych z teorią roszczeń, z teorią zasad oraz z teorią dyskursu praktycznego. W argumentacji normatywnej R. Alexy również posługuje się argumentem ze słuszności oraz opiera się na formule Radbrucha, którą uzasadnia za pomocą ośmiu argumentów, a mianowicie: 1. argumentu z języka, 2. argumentu z jasności, 3. argumentu z efektywności, 4. argumentu z pewności prawnej, 5. argumentu z relatywizmu, 6. argumentu z demokracji, 7. argumentu ze zbędności, 8. argumentu z uczciwości⁷⁵.

Zgodnie z argumentem ze słuszności, roszczenie do bycia słusznym związane jest zarówno z poszczególnymi normami prawnymi i aktami stosowania prawa, jak też i z całym systemami prawa. Systemy prawa, które *explicite* roszczenie do bycia słusznym odrzucają lub *implicite* nie przyjmują, nie są

⁷³ A l e x y, *W obronie niepozytywistycznej koncepcji prawa*, s. 35.

⁷⁴ Tamże.

⁷⁵ Tamże, s. 38; zob. także, G i z b e r t - S t u d n i c k i, G r a b o w s k i, *Kilka uwag...*, s. 61-62.

w ogóle systemami prawa, ponieważ w odniesieniu do całych systemów prawa zachodzi związek klasyfikujący⁷⁶ pomiędzy prawem a moralnością. Jeśli natomiast systemy prawa przyjmują roszczenie do bycia słusznym, ale go nie spełniają, to są one wadliwymi systemami prawa, ponieważ moralność kwalifikuje system prawa jako wadliwy. Podobnie jest z pojedynczymi normami prawnymi lub rozstrzygnięciami prawnymi. W przypadku nieprzyjmowania lub nierealizowania roszczenia słuszności te pojedyncze normy lub rozstrzygnięcia prawne są wadliwymi normami lub rozstrzygnięciami, ale wciąż mają charakter prawny i obowiązują. Do utraty przez nie mocy obowiązującej konieczne jest spełnienie warunku formuły Radbrucha, co oznacza przekroczenie progu ekstremalnej niesprawiedliwości. Tak więc argument ze słuszności stanowi punkt wyjścia dla uzasadnienia formuły Radbrucha za pomocą wymienionych wyżej ośmiu argumentów normatywnych⁷⁷.

Możliwe zarzuty przeciw formule Radbrucha, wypływające z argumentu z języka, sprowadzają się do stwierdzenia, że z powodu wieloznaczności i niejasności pojęcia prawa nie da się przytoczyć rozstrzygających argumentów analitycznych czy językowych ani za, ani przeciw formule Radbrucha, a nawet możliwa do obrony wydaje się normatywna teza, że włączenie elementów moralnych do pojęcia prawa jest niecelowe z językowego punktu widzenia. Problematiczne staje się zwłaszcza zastąpienie terminu „prawo” jakimś innym wyrazem, w przypadku, gdy według oceny moralnej jakaś norma lub akt normatywny nie zasługuje na miano prawa. R. Alexy odpiera tak postawiony zarzut posługując się odróżnianiem punktu widzenia obserwatora i punktu widzenia uczestnika⁷⁸. Twierdzi, że z punktu widzenia

⁷⁶ R. Alexy dokonuje rozróżnienia dwóch rodzajów związków prawa i moralności: klasyfikujących i kwalifikujących. „O związku klasyfikującym mówimy wówczas, gdy twierdzi się, że normy lub systemy norm, które nie spełniają określonego kryterium moralnego, nie są normami prawnymi lub nie są systemami prawnymi. O związku tylko kwalifikującym mówi się natomiast wtedy, gdy uważa się, że normy lub systemy norm, które nie spełniają określonego kryterium moralnego, wprawdzie mogą być normami prawnymi lub systemami prawnymi, ale tylko wadliwymi normami lub systemami prawnymi. Rozstrzygające jest to, że wada, o której mówimy, jest wadą prawną, a nie tylko wadą moralną”. – Zob. t e n ż e, *W obronie niepozytywistycznej koncepcji prawa*, s. 37.

⁷⁷ R. Alexy, *W obronie niepozytywistycznej koncepcji prawa*, s. 38; zob. także, G i z b e r t - S t u d n i c k i, G r a b o w s k i, *Kilka uwag...*, s. 62-63.

⁷⁸ Według R. Alexy’ego, perspektywę obserwatora przyjmuje ten, kto nie pyta, co stanowi w określonym systemie słuszne rozstrzygnięcie, lecz bada, jakie faktycznie podejmuje się w tym systemie decyzje. Natomiast perspektywę uczestnika przyjmuje ten, kto w systemie prawa powołuje argumenty na to, co w tym systemie jest nakazane, zakazane i dozwolone oraz do czego dany system nas upoważnia – zob. t e n ż e, *W obronie niepozytywistycznej koncepcji prawa*, s. 37.

obserwatora argument z języka przeciw formule Radbrucha jest słuszny. Natomiast inaczej sprawa wygląda z punktu widzenia uczestnika, z której to perspektywy rozstrzyga sędzia. Sędzia może bowiem powiedzieć, że dany akt normatywny jest wprawdzie *prima facie* prawem, ale nie jest prawem definitywnym. Tak więc w toku stosowania prawa kwestionuje on charakter prawny danego aktu prawnego. Zdaniem R. Alexy'ego, nie można zatem twierdzić, że argument językowy zabrania z perspektywy uczestnika włączenia elementów moralnych do pojęcia prawa, jest wprost przeciwnie – jeśli za takim włączeniem przemawiają racje merytoryczne, to konwencja językowa musi je respektować⁷⁹.

Argument z jasności powoływany w sporze o formułę Radbrucha sformułowany został przez H. L. A. Harta: „Gdy przyjmujemy pogląd Radbrucha oraz zaczniemy protestować razem z nim i z sądami niemieckimi przeciwko złemu prawu, ubierając nasz sprzeciw w twierdzenie, że niektóre przepisy nie mogą być prawem ze względu na swą ohydę moralną, pokazujemy, iż nie rozumiemy jednej z najpotężniejszych, bo najprostszych, form krytyki moralnej. Jeśli jesteśmy razem z utylitarystami, powiadamy, że jakieś przepisy mogą być prawem, ale zbyt złym, by go przestrzegać. Jest to potępienie moralne, które każdy będzie w stanie zrozumieć; takie stanowisko wprowadza wrażliwość moralną bezpośrednio i w sposób oczywisty. Jeżeli zaś formułujemy nasz zarzut jako stwierdzenie, że złe przepisy nie są prawem, jest to teza, w którą wielu ludzi po prostu nie wierzy, a jeśli są w ogóle skłonni ją rozważyć, wytoczą cały wachlarz filozoficznych problemów, zanim zostanie ona uznana”⁸⁰. Komentując zarzuty H. L. A. Harta, R. Alexy zauważył, że wprawdzie pozytywistyczne pojęcie prawa jest prostsze i w konsekwencji jaśniejsze od pojęcia niepozytywistycznego, ale jest ono mniej adekwatne. Prawnikom nie powinno sprawiać zbyt dużych kłopotów posługiwanie się pojęciem prawa, zawierającym elementy moralne, ponieważ są oni przyzwyczajeni do skomplikowanych pojęć. Natomiast zwykli obywatele mogą mieć kłopoty nie tyle ze zrozumieniem niepozytywistycznego pojęcia prawa, czy też mogą być zdezorientowani informacją, że ekstremalnie niegodziwa i w tym sensie bezprawna ustawa jest prawem, ale przede wszystkim problem dotyczy trudności wyraźnego odgraniczenia tego, co jest i co nie jest ekstremalnie niesłuszną normą. Zdaniem R. Alexy'ego, głównym problemem jest sposób

⁷⁹ Tamże, s. 38-39.

⁸⁰ H. L. A. H a r t, *Pozytywizm i oddzielenie prawa od moralności*, w: t e n ż e, *Eseje z filozofii prawa*, tłum. J. Woleński, Warszawa 2001, s. 77.

pojęciowego ujęcia konfliktu między prawem i moralnością. W ujęciu pozytywistycznym wymagania prawa są jedną rzeczą, a wymagania moralności są inną rzeczą. Pozytywista „rozważa problemy, które wiążą się z niegodziwymi ustawami, jako to, czym one są, mianowicie jako problemy etyki, podczas gdy niepozytywista, przenosząc je poprzez definicję do samego pojęcia prawa, naraża się tym samym na niebezpieczeństwo maskowania ich etycznego charakteru”⁸¹. R. Alexy twierdzi, że zarzut ukrywania problemu moralnego nie jest słuszny, ponieważ niepozytywista nie zaprzecza, że chodzi o problem etyczny, lecz utrzymuje jedynie, że „w przypadku ekstremalnej niegodziwości problem etyczny staje się zarazem problemem prawnym. Wyciąga on zatem z sądu moralnego konsekwencje prawne”⁸².

Rozważając argument z efektywności, R. Alexy przypomniał, że przed dojściem do władzy narodowych socjalistów G. Radbruch głosił pogląd, iż w konflikcie między pewnością prawa a sprawiedliwością i celowością pierwszeństwo należy przyznać pewności prawa, w konsekwencji Radbruch przyjął pojęcie prawa odpowiadające pozytywizmowi. Po 1945 roku G. Radbruch skłonił się ku włączeniu elementów moralnych do pojęcia prawa, aby w przyszłości nie powróciło państwo bezprawia⁸³. H. L. A. Hart i N. Hoerster zarzucali G. Radbruchowi, że jego oczekiwania wobec efektywności niepozytywistycznej definicji prawa są zbyt wygórowane i naiwne⁸⁴. Zdaniem R. Alexy’ego, w ramach argumentu z efektywności należy odróżnić dwie tezy: 1. że niepozytywistyczna koncepcja prawa nie może zapobiec ustawowemu bezprawiu; 2. że koncepcja ta grozi niebezpieczeństwem bezkrytycznej legitymizacji niegodziwych ustaw. O niebezpieczeństwie bezkrytycznej legitymizacji można by mówić jedynie wówczas, gdyby niepozytywistyczna teza o związku sugerowała, że norma jest tylko wtedy normą prawną, gdy treściowo odpowiada moralności. Taką identyfikację prawa i moralności R. Alexy nazywa mocną tezą o związku. Jego zdaniem, teza ta może w istocie prowadzić do bezkrytycznej legitymizacji prawa, ponieważ każdy prawnik, który identyfikowałby daną normę prawną, musiałby jednocześnie zaklasyfikować tę normę jako moralnie usprawiedliwioną. Formuła

⁸¹ A l e x y, *W obronie niepozytywistycznej koncepcji prawa*, s. 40.

⁸² Tamże.

⁸³ R a d b r u c h, *Gesetzliches Unrecht...*, s. 88-89.

⁸⁴ H a r t, *Pozytywizm i oddzielenie prawa od moralności*, s. 72-77; N. H o e r s t e r, *Die rechtsphilosophische Lehre vom Rechtsbegriff*, „Juristische Schulung” 1987, s. 186 – za: A l e x y, *W obronie niepozytywistycznej koncepcji prawa*, s. 41.

Radbrucha nie wyraża mocnej tezy o związku, lecz raczej słabą tezę o związku. Zgodnie z jej wymaganiem, prawo pozytywne zagwarantowane przez ustawodawstwo i władzę państwową ma mieć „pierwszeństwo również wtedy, gdy treściowo jest niesprawiedliwe i niecelowe, chyba że sprzeczność ustawy pozytywnej ze sprawiedliwością osiąga taki stopień, że ustawa jako «prawo niesprawiedliwe» powinna ustąpić miejsca sprawiedliwości”⁸⁵. Zdaniem R. Alexy’ego, słaba teza o związku nie prowadzi do utożsamiania prawa i moralności, ponieważ dopuszcza obowiązywanie także niesłusznych i niemoralnych norm, które mogą stać się przedmiotem krytyki. W przeciwieństwie do ujęcia pozytywistycznego teza ta zakłada jednak, że po przekroczeniu wyznaczonego progu niesprawiedliwości norma prawna przestaje być prawem. Próg, od którego normy tracą charakter prawny, wyznaczony jest przez minimalne postulaty moralne, takie jak na przykład elementarne prawo człowieka do życia i nienaruszalności cielesnej. Drugi zarzut w ramach argumentu z efektywności, który podnoszony jest wobec niepozytywistycznej koncepcji prawa, R. Alexy uznaje za bardziej uprawniony, ponieważ należy co do zasady zgodzić się, że filozoficzne definicje prawa jako takie nie mogą zmieniać rzeczywistości. Nie bez znaczenia jest jednak to, że stosujący prawo muszą być świadomi ryzyka, jakie niesie ze sobą powoływanie się na rażąco niesprawiedliwe normy prawne w przypadku ewentualnych późniejszych rozliczeń po zmianie systemu rządów. Ryzyko odpowiedzialności karnej sędziego za wydawane w państwie bezprawia wyroki zwiększy się w przypadku powszechnej akceptacji niepozytywistycznej koncepcji prawa⁸⁶.

Kolejny argument przeciwko niepozytywistycznej koncepcji prawa głosi, że zagraża ona pewności prawa. R. Alexy uważa, że zarzut ten słuszny jest jedynie w odniesieniu do tych wariantów niepozytywizmu, które opierając się na mocnej tezie o związku uznają, że każda niesprawiedliwość skutkuje utratą charakteru prawnego przez normę. Nie ma to miejsca w przypadku formuły Radbrucha, ponieważ według niej dopiero rażąca niesprawiedliwość powoduje, że prawo traci miano prawa. Jeśli istnieją racjonalnie usprawiedliwione sądy o sprawiedliwości, to racjonalnie myślący człowiek potrafi je określić, kiedy naruszenie sprawiedliwości jest ewidentne. Niepozytywistyczna teza o związku powoduje jedynie minimalną utratę pewności prawa⁸⁷.

⁸⁵ R a d b r u c h, *Gesetzliches Unrecht...*, s. 89.

⁸⁶ A l e x y, *W obronie niepozytywistycznej koncepcji prawa*, s. 40-44.

⁸⁷ Tamże, s. 44.

Argument z relatywizmu podaje, że „nie tylko trudno jest przeprowadzić granicę między przypadkami ekstremalnej i nieekstremalnej niesprawiedliwości, ale że wszystkie twierdzenia o sprawiedliwości, a więc także te o ekstremalnej niesprawiedliwości, nie podlegają racjonalnemu uzasadnieniu lub obiektywnemu poznaniu”⁸⁸. Ta radykalna teza oznacza w konsekwencji, że sędzia może kierować się subiektywnymi odczuciami i wyrokować zgodnie z osobistymi preferencjami. Jednakże R. Alexy konstatuje, że w niepozytywistycznym ujęciu prawa zakłada się przynajmniej rudymenarną formę nierelatywistycznej etyki. Sam G. Radbruch uznał podstawowe prawa człowieka i obywatela za wartości nierelatywne⁸⁹.

Zarzut z demokracji mówi, że niepozytywistyczna koncepcja prawa pociąga za sobą niebezpieczeństwo, że sędzia powołując się na sprawiedliwość przeciwstawi się decyzjom demokratycznie legitymizowanego ustawodawcy. R. Alexy wyraził pogląd, że skoro „idzie tutaj o wkroczenie władzy sądowej w dziedzinę legislatury, możemy ten zarzut nazwać zarzutem z podziału władz. Zarzut ten utraci jednak swoją siłę, gdy uwzględni się fakt, że koncepcja niepozytywistyczna prowadzi do utraty charakteru prawnego przez normę tylko w przypadkach ekstremalnej niesprawiedliwości. Działa ona zatem tylko w ograniczonym zakresie. Sądowa kontrola konstytucyjności ustaw idzie przecież w państwach demokratycznych znacznie dalej. Kto podważa słabą tezę o związku za pomocą argumentu z demokracji lub podziału władz, musiałby też odrzucić jakiegokolwiek formy sądowej kontroli ustaw z punktu widzenia ich zgodności z konstytucyjnymi prawami jednostki”⁹⁰.

Argument ze zbędności mówi, że „ustawową niegodziwość można uwzględnić w inny sposób niż przez odmowę uznania charakteru prawnego niegodziwych norm. Ustawodawca może przecież znieść niesprawiedliwą ustawę, odwołując się do ustawy z mocą wsteczną”⁹¹. W ocenie argumentu ze zbędności pomaga, zdaniem R. Alexy’ego, odróżnienie przypadków prawnokarnych i przypadków innego rodzaju. Ponieważ w prawie karnym obowiązuje zasada *nullum crimen sine lege* oraz *nulla poena sine lege*, ustawodawca nie może wydawać ustawy z mocą wsteczną. Jedyne odwołanie się do niepozytywistycznej koncepcji prawa może mieć zastosowanie

⁸⁸ Tamże.

⁸⁹ Tamże, s. 45.

⁹⁰ Tamże, s. 46.

⁹¹ Tamże.

w ewentualnych przypadkach ekstremalnej niesprawiedliwości. Problematyczna jest tu jedynie kwestia próby obejścia zasady *nulla poena sine lege*, co powinno być rozważone w ramach argumentu z uczciwości. Ostatecznie jednak należy stwierdzić, że argument ze zbędności nie dotyczy przypadków prawnokarnych. Natomiast w innych przypadkach zasadniczo istnieje możliwość rozwiązania problemu ustawowej niegodziwości za pomocą ustaw z mocą wsteczną. Jeśli jednak ustawodawca pozostaje bierny, a sędzia musi wydać wyrok oparty na niesprawiedliwej ustawie, a nie może on zakwestionować ustawowej niegodziwości w drodze decyzji sądowej, to rodzi się kwestia niesprawiedliwości wyroku (z natury rzeczy związanego z roszczeniem do bycia słusznym) i naruszenia podstawowych praw człowieka i obywatela. Zdaniem R. Alexy'ego, istnieją więc „dwie racje, które pozbawiają mocy argument ze zbędności w odniesieniu do przypadków spoza prawa karnego i które przemawiają za koniecznością zastosowania niepozytywistycznego pojęcia prawa: respekt przed prawami obywatela i roszczenie słuszności”⁹².

Ostatni z argumentów – argument z uczciwości – mówi, że niepozytywistyczne pojęcie prawa prowadzi w sprawach karnych do obejścia zasady *nulla poena sine lege*. Według R. Alexy'ego, argument ten jest najmocniejszym argumentem wymierzonym przeciwko niepozytywistycznej koncepcji prawa, ale nie prowadzi on do obalenia tej koncepcji. Formuła Radbrucha prowadzi bowiem do karalności tylko takich czynów, których „niegodziwość jest tak ekstremalna i stąd tak ewidentna, że rzuca się ona w oczy w większym stopniu niż w wielu innych, zwykłych sprawach karnych”⁹³. Niepozytywistyczna koncepcja prawa ma na celu jedynie wykluczenie usankcjonowanej przez prawo niegodziwości. „Jeśli bowiem niegodziwość norm jest tak ekstremalna i stąd tak ewidentna, że każdy może ją łatwo rozpoznać, to wtedy nie może być mowy o tym, że w ukryty sposób nadajemy prawu moc wsteczną. Gdy zatem w chwili popełnienia czynu jego niegodziwość była tak ekstremalna i stąd tak oczywista, że każdy mógł ją łatwo rozpoznać, to już z tą chwilą norma, która zezwalała na taki czyn, nie była żadnym prawem, które mogłoby prowadzić do wykluczenia karalności. Nie zmienia się tutaj z mocą wsteczną stanu prawnego, a jedynie ustala, jaki ten stan był w chwili popełnienia czynu”⁹⁴.

⁹² Tamże, s. 47.

⁹³ Tamże, s. 48.

⁹⁴ Tamże.

W skutecznej obronie niepozytywistycznej koncepcji prawa najważniejsze jest – zdaniem R. Alexy’ego – racjonalne uzasadnienie przynajmniej minimalnych postulatów moralnych, tworzących jądro elementarnych praw człowieka, a jeśli nie jest to możliwe, należy powoływać się na praktykę państw respektujących tradycję praw człowieka⁹⁵.

Niepozytywistyczna definicja prawa w ujęciu R. Alexy’ego brzmi następująco: prawo jest systemem norm, który (1) przyjmuje roszczenie do bycia słusznym; zawiera (2a) normy należące do (w zasadzie) społecznie skutecznej konstytucji, które nie są ekstremalnie niesprawiedliwe⁹⁶, oraz (2b) całość norm, które są ustanowione w zgodzie z konstytucją, wykazują przynajmniej minimalną społeczną skuteczność lub szansę na taką skuteczność, a także nie są ekstremalnie niesprawiedliwe; i do którego to systemu należą (3) te zasady i inne argumenty normatywne, na których opiera się lub opierać się musi procedura stosowania prawa, tak, aby zapewnić zaspokojenie roszczenia słuszności⁹⁷.

ZAKOŃCZENIE

Spór doktrynalny dotyczący koncepcji państwa prawa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego ujawnił nie tylko różnice w pojmowaniu zadań stojących przed Trybunałem, ale również w samym rozumieniu pozytywistycznej i niepozytywistycznej koncepcji prawa. O ile pozytywistyczna koncepcja prawa – mimo istnienia jej różnych odmian – jest w swej istocie dość skonkretyzowana i przez to łatwa do zidentyfikowania, to koncepcja niepozytywistyczna jest bardziej skomplikowana i wielowymiarowa. Wszelkie próby jej scharakteryzowania napotykać na trudności związane z istnieniem wielu różnych teorii w obrębie nurtu niepozytywistycznego. Z konieczności należało ograniczyć się do przedstawienia tylko wybranych, reprezentatywnych poglądów. Warto jednak poświęcić nieco więcej uwagi niepozytywistycznej koncepcji prawa, ponieważ w sposób bardziej adekwatny oddaje

⁹⁵ Tamże, s. 49.

⁹⁶ Podobnie A. Peczenik, według którego ekstremalnie niemoralne prawo nie rodzi obowiązków prawnych, zob. t e n ż e, *Non –Positivist Conception of Law*, w: *Teoria prawa, filozofia prawa...*, s. 236.

⁹⁷ Por. R. A l e x y, *Begriff und Geltung des Recht*, Freiburg–München 1992, s. 201 – za: G i z b e r t - S t u d n i c k i, G r a b o w s k i, *Kilka uwag...*, s. 56-57.

złożoność problemów współczesnego świata odzwierciedlających się w procesie tworzenia i stosowania prawa. Jak bowiem słusznie zauważono, niepozytywistyczna koncepcja prawa „pokazuje możliwość pojmowania prawa będącego alternatywą dla dwóch tradycyjnych i od wieków spornych stanowisk filozoficzno-prawnych, jakimi są z jednej strony pozytywizm prawniczy, a z drugiej koncepcje prawa natury”⁹⁸.

Niepozytywistyczna koncepcja prawa wywodzi się z niemieckiej myśli filozoficznoprawnej i jej początków można upatrywać w antynaturalistycznej filozofii prawa G. Radbrucha⁹⁹. Jego słynna formuła była interpretowana m.in. przez czołowego przedstawiciela nurtu niepozytywistycznego, R. Alexy’ego. Alexy, posługując się formułą Radbrucha, sformułował argumenty w obronie niepozytywistycznej koncepcji prawa. Zaproponowany przez niego model uniwersalnego rozumienia formuły Radbrucha, który można nazwać teorią *Unrechtsstaat*, dominuje we współczesnej literaturze i jest reprezentowany m.in. przez R. Dreiera, H. Gedderta czy W. Otta¹⁰⁰. W tym aspekcie formuła Radbrucha ma węższy zakres możliwego zastosowania, który ogranicza się do przypadków rozliczania bezprawia, szczególnie w byłych totalitarnych reżimach, również komunistycznych.

Należy zwrócić uwagę na jeszcze inną możliwość interpretacji formuły Radbrucha. Interpretacja ta wpisuje się w realia współczesnego demokratycznego państwa prawa i ma szerszy zakres możliwego zastosowania. Formuła Radbrucha „może posłużyć jako kryterium oceny granic obowiązywania prawa powstałego w ramach reżimów totalitarnych, ale także jako metoda rozwiązywania konfliktów pomiędzy zasadą sprawiedliwości i zasadą bezpieczeństwa prawnego, a w konsekwencji także wskazanie drogi wyjścia poza granice archaicznego już dzisiaj sporu pomiędzy pozytywizmem prawniczym i doktrynami prawa natury”¹⁰¹. Ten drugi rodzaj interpretacji nawiązuje nie tylko do powojennych wypowiedzi G. Radbrucha, ale sięga do całej jego filozofii prawa, w szczególności do określonej w *Rechtsphilosophie* z 1932 roku idei prawa i panujących w jej ramach antynomii wartości prawa. Najbardziej

⁹⁸ G i z b e r t - S t u d n i c k i, G r a b o w s k i, *Kilka uwag...*, w: *Prawo a wartości*, s. 68.

⁹⁹ P o r. I. G o ł o w s k a, *Antynaturalistyczna filozofia prawa Gustawa Radbrucha*, w: *Studia z filozofii prawa*, red. J. Stelmach, Kraków 2001, s. 149-155.

¹⁰⁰ P o r. J. Z a j a d ł o, *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*, Gdańsk 2001, s. 69-70.

¹⁰¹ Tamże.

rozbudowaną tego typu interpretację przedstawił A. Kaufmann – uczeń G. Radbrucha i wydawca jego dzieł – ale pojawia się ona również u innych autorów, jak np. F. Saliger czy H. Lecheler¹⁰². To szersze ujęcie interpretacyjne formuły Radbrucha, które można nazwać teorią *Rechtsstaat*, wpisuje się w model współczesnego demokratycznego państwa prawa oraz może „stanowić podstawę budowania nie tylko zasad sprawiedliwości materialnej, lecz także bardziej adekwatnej i interesującej współczesność sprawiedliwości proceduralnej”¹⁰³.

THE POSITIVISTIC AND NON-POSITIVISTIC CONCEPTION OF LAW

S u m m a r y

The paper is a comparative characterisation of the positivistic and non-positivistic conceptions of law. The reason why we need a closer analysis of these concepts is justified by the fact that they were used in the debate on the Polish Constitutional Tribunal.

The positivistic conception of law, despite different varieties of positivism, is fairly well-known in Poland. Now the non-positivistic conceptions appeared relatively recently. It is worth our attention, for it may become an alternative for the eternal conflict between the two opposing positions: legal positivism and iusnaturalism.

Translation by Jan Kłos

Słowa kluczowe: pozytywizm prawniczy, niepozytywistyczna koncepcja prawa.

Key words: legal positivism, non-positivistic conception of law.

¹⁰² Tamże.

¹⁰³ Tamże, s. 71.