

Krzysztof Wroczyński

Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II

Perspektywy post-pozytywizmu w filozofii prawa

W tym krótkim referacie pragnę przedstawić kilka kwestii związanych z coraz bardziej popularnym, zwłaszcza w środowisku prawników broniących pozytywistycznej filozofii prawa, pojęciem tzw. „post-pozytywizmu”. Ponieważ problem się wyostrza i precyzuje w literaturze więc warto przedstawić ogólny zarys koncepcji, a również zadać kilka pytań, zwłaszcza o perspektywy przyszłościowe tego kierunku myślenia o prawie, z punktu widzenia filozofii realistycznej, klasycznej. Perspektywa mojego referatu jest jednak nieco inna niż perspektywa obecna w literaturze prawniczej. W literaturze tej post-pozytywizm jest, jak to określa jeden ze znanych zwolenników tej koncepcji T. Pietrzykowski, „bezpośrednią kontynuacją zmian zachodzących na przełomie XX i XXI wieku wewnątrz pozytywizmu prawniczego”¹. Podstawowe rozumienie prawa nie wychodzi zatem poza pozytywizm prawny. Nasza perspektywa będzie nieco bardziej historyczna a ocena post-pozytywizmu nawiązywać będzie do *philosophia perennis*, która jest jądrem filozofii klasycznej i realistycznej. Swoje rozważania zawrę w trzech krótkich punktach: 1) uwaga ogólna o historii pozytywizmu prawnego; 2) najbardziej charakterystyczne i dyskusyjne (w konfrontacji z tradycją filozofii klasycznej) elementy

¹ Pietrzykowski T., *Czym jest postpozytywizm prawniczy?* „Radea prawny” 6/2009, s. 5-11. Por. również A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego. Krytyka niepozytywistycznej koncepcji prawa*, Kraków 2009.

filozofii pozytywizmu prawnego, oraz 3) rozwiązanie post-pozytywistyczne i jego perspektywy w filozofii prawa. W tym trzecim punkcie wskażemy na wartość tej koncepcji z punktu widzenia filozofii klasycznej. Problematyka jest niezwykle szeroka i wielowątkowa, więc siłą rzeczy w krótkim referacie uwzględnię tylko wybrane kwestie.

1. Ogólna uwaga o historii pozytywizmu prawnego

Pozytywizm prawny rozumiany jako **metoda pracy prawnika** jest bardzo stary. Sięga jeszcze starożytności, a obecny jest już u rzymskiego pedagoga i retora z I w. po Chr. Kwintyliana². Już wówczas podkreślano, że prawnik ma przede wszystkim interpretować i analizować prawo ustanowione przez ludzi i to metodami właściwymi dla nauki prawa. Inne postaci prawa (prawo natury, prawo Bogów) to raczej przedmiot dla filozofii i teologii i nie jest to właściwy przedmiot dla prawnika i jego metod (trochę wbrew pozycji Cycerona³). Ten nurt myślenia o pracy prawnika (o charakterze pozytywistycznym) umocnił się niezwykle w tradycji chrześcijańskiej, zwłaszcza z chwilą powstania prawa kanonicznego (u Gracjana w 1141 roku, a zwłaszcza po 1234 roku gdy papież, Grzegorz IX, zatwierdził kodeks prawa kanonicznego). Jest to zrozumiałe. Prawnika kanonista nie miał za zadanie wychodzić poza literę kanonu, a nawet nie wolno mu było.

Czym innym jest jednak pozytywizm prawny rozumiany jako metoda pracy prawnika, a czym innym pozytywizm prawny jako określona **filozofia rozumienia prawa i jego tworzenia**. Ten nurt jest o wiele późniejszy. Był pewną propozycją na tle ogólnej filozofii prawa. Pojawił się w nowożytności, szczególnie w wieku XVIII, a związany był

² M. Brożek, *Wstęp do Kwintyliana*, Wrocław 1951.

³ Ciceron jak wiadomo postulował, aby nie z Prawa XII tablic czerpać prawdziwą wiedzę prawniczą, ale z dogłębnie rozumianej filozofii. M.T.Ciceronis, *Delegibus libri*, ex cognitione I Vahleni, Berolini 1871, lib.1, 5, 17. Podkreślał też nadrzędność, niezmienną i normatywną moc prawa naturalnego. Por. M.A. Krąpiec, *Człowiek i prawo naturalne*, Lublin 2009, s. 78-80.

z nowymi orientacjami w samej filozofii i przede wszystkim nowym rozumieniem nauki (jako analizy faktów empirycznie danych za pomocą określonych metod). W literaturze mówi się nawet o zjawisku tzw. pre-pozytywizmu, który objął różne dziedziny wiedzy i oczywiście dziedzinę nauk prawnych. W tej perspektywie podstawową, a może i jedyną formą prawa (w sensie naukowości nowożytnej) staowało się prawo stanowione, pozytywne (w tradycji scholastycznej *lex humana*). Była to już orientacja filozoficzna, a nie tylko czysto prawnicza metoda pracy.

Ten nurt myślenia ujawnił się szczególnie w okresie powstania wielkich nowożytnych kodyfikacji prawa w wieku XVIII, a umocniony został przez kodeks Napoleona (*Code civil* – 1804)⁴ i tzw. pozytywizm egzegetyczny zakładający, że kodeks *explicite* bądź *implicite* reguluje wszelkie podstawowe zagadnienia jurydyczne. Kodeksy, również orzecznictwo sędziowskie, administracyjne i państwowe stawały się podstawową a z czasem jedyną postacią prawa *sensu stricto*. Inne znane z tradycji postaci prawa (prawo ewangeliczne, naturalne, moralne, zwyczajowe, wieczne) były oczywiście obecne w świadomości ówczesnych pozytywistów prawnych, ale ich związek z prawem we właściwym sensie był coraz bardziej luźny. Szczególnie dyskutowany stał się związek pojęciowy między prawem stanowionym a moralnością (prawem moralnym). Ujawnia się to już w pełni u J. Austina⁵ (pierwsza połowa XIX wieku), na którego myśl, jako klasyczną dla pozytywizmu analitycznego, powołują się do dziś pozytywiści prawni.

Zauważmy jednak, że pozytywizm jako system filozoficzny powstał, jak wiadomo, dopiero za sprawą Augusta Comte'a (w pierwszej połowie XIX wieku) i z nim jest kojarzony. Jest jednak знаmienne, że sam A. Comte filozofią prawa w ogóle się nie zajmował⁶.

⁴ Por. K. Sójka-Zielińska, *Drogi i bezdroża prawa*, Wrocław 2000 [*W kręgu wielkich kodyfikacji prawa*, s 44-57]

⁵ J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, London 1832, s. 159.

⁶ G. Fassò, *Histoire de la philosophie du droit. XIX^e et XX^e siècles*, rozdz. IX *Le positivisme*, s. 123-125. A. Comte włączał problematykę filozofii prawa do socjologii

Historia zatem postawy pozytywistycznej w historii filozofii prawa jest starsza niż pozytywizm filozoficzny *sensu stricto*, ujęty zwłaszcza „podręcznikowo” i nie należy o tym zapominać. Jednakże wpływ A. Comte’a na dalszy rozwój filozofii pozytywizmu prawnego jest bezsporny. Idee pozytywizmu filozoficznego wyrażone w *Cours de la philosophie positive* (1830-1842), zostały w pełni przyjęte przez pozytywistów prawnych. Być może to właśnie fakt pewnej nieprzyległości czasowej pozytywizmu prawnego i filozoficznego tłumaczy dlaczego filozofia pozytywizmu prawnego rozwijała się wielotorowo - zarówno w samej nauce prawa, jak wśród filozofów prawa wywodzących się ze środowisk prawniczych, jak wśród zawodowych filozofów, których interesowały zagadnienia prawne, a nawet wśród teologów.

2. Najbardziej charakterystyczny i dyskusyjny element filozofii pozytywizmu prawnego

Filozofia pozytywizmu prawnego jest ważnym etapem w ogólnej historii filozofii prawa, ale w czasach współczesnych (od połowy XIX wieku) rozwiązanie pozytywistyczne, choć niezwykle popularne wśród prawników, budziło też i wątpliwości, zwłaszcza w środowiskach nastawionych bardziej filozoficznie niż prawniczo, które nawiązywały do filozofii starożytnej i scholastyki XIII w. oraz właśnie do *philosophia perennis*. Zwrócimy uwagę jedynie na najważniejszą kontrowersję (choć było ich wiele), ważną, a może i decydującą z uwagi na powstanie post-pozytywizmu. Kontrowersja ta stała się poniekąd klasycznym wyznacznikiem polaryzacji stanowisk. Wyłoniła wręcz postawę „anty-pozytywistyczną” wielu środowisk naukowych i opiniotwórczych. Chodzi o związek prawa z moralnością.

Już samo uznanie, że jedyną nauką (w sensie naukowości nowożytnej) postacią prawa jest prawo pozytywne (stanowione przez

czyli tzw. „fizyki społecznej”, która jeszcze w jego rozumieniu nie istniała. Rozwinął tę dziedzinę wiedzy o człowieku znacznie później E. Durkheim.

państwo) budziło sprzeciw. Twierdzono tradycyjnie, że istnieją inne postaci prawa (równie naukowo ugruntowane) jak prawo moralne, naturalne, prawo Boże czy wieczne, również zwyczajowe którymi człowiek kieruje się faktycznie i których z dziedziny nauki prawa wyrzucać nie należy. Można zapytać zatem, czy XIX i XX wieczni pozytywiści prawni nie dostrzegali takiej konieczności? Oczywiście dostrzegali, ale twierdzili, że zasady i normy moralne, naturalne, nawet religijne stają się prawem dopiero z chwilą gdy zostają uznane w aktach ustawodawstwa państwowego, a więc przez legislację stanowioną, pozytywną (J. Austin, R. von Ihering, później H. Kelsen). Jeżeli taka akceptacja nie nastąpi to pozostają one w dziedzinie przekonań, ocen, wiary, tradycji, kultury czy innych nauk niż prawne. Prawem zatem w istocie nie są. Chyba, że w jakimś przenośnym sensie. Zatem analogatem pierwszym wszelkiego rozumienia prawa jest prawo stanowione przez państwo w odpowiedniej procedurze.

Podstawową kontrowersją stał się zatem problem moralności prawa. Tradycyjnie stanowisko w tej sprawie odróżniało pozytywistów prawnych od anty-pozytywistów. Chodzi o, jak to określają post-pozytywiści, „pojęciowy związek prawa z moralnością”. W istocie więc o to, czy można uznać, że jakaś zasada, reguła czy praktyka legislacyjna jest prawem gdy jest ona jawnie niemoralna. Tradycyjni pozytywiści prawni mówili oczywiście, że tak. Zatem „pojęciowego związku” między prawem i moralnością nie ma, choć oczywiście każde prawo można oceniać z moralnego punktu widzenia. Konsekwentnie więc wykluczali dawne pojęcia pseudo-prawa czy *lex iniqua* (przyjmowane wszak przez św. Augustyna, św. Tomasza i filozofów katolickich z tym nurtem związanych). Każde ustanowione w określonej procedurze prawo jest prawem, bez względu na jego jakość moralną.⁷

⁷ Według pozytywistów prawnych prawo jest prawem niezależnie od jego moralnej zawartości. T. Pietrzykowski pisze: „Najładarniej myśl tę wyraził klasyczny XIX wieczny angielski pozytywista John Austin, w słynnym zdaniu *The existence of law is one thing; its merit od demerit – another* (Istnienie prawa jest jedną sprawą; jego zalety i wady osobną)” art. cyt. s. 6. Podobną myśl wyraził H. Kelsen w *Reine Rechtslehre* [Wydanie polskie: *Czysta teoria prawa*, Warszawa 1934, s. 39-40]. „... moc obowiąz-

zresztą w aspekcie rozumienia prawa i jego aspektu moralnego, a też np. w aspekcie rozumienia człowieka, sensu historii, szczęścia, religii itd. Podkreślenie tego aspektu przez post-pozytywistów jest sprawą cenną.

Odpowiadając jednak na wyżej postawione pytania, na jedną sprawę chciałbym zwrócić uwagę: na filozoficzną prawdę o prawie jaką ewentualnie ujawniałby post-pozytywizm. Pytanie to wykracza oczywiście poza perspektywę ściśle pozytywistycznego myślenia i jego wewnętrzną ewolucję. Wkracza w dziedzinę filozofii ogólnej rozumianej jako *philosophia perennis*. Ale takie też było założenie rozważań formułowanych w tym referacie. Jeśli post-pozytywizm jest istotnie poszerzeniem naszej wiedzy o fakcie prawa, czy też jest nową propozycją jego rozumienia, to istniejące spory zmieniają niewątpliwie swą jakość swą jakością. Jeśli nie, to trwać będą nadal w dawnym kształcie.

Przede wszystkim trzeba zauważyć, że wyjaśnienie faktu prawa należy niewątpliwie do problemów „zasadniczych i odwiecznych” filozofii. Jest zatem nieodłącznym elementem filozofii klasycznej. Takich problemów do wyjaśnienia stojących przed filozofią nie ma być może bardzo dużo, ale prawo do nich należy niewątpliwie. Inne odwieczne problemy to przykładowo, pytanie o sprawiedliwość, o szczęście, prawdę i dobro, naturę ludzką, o istnienie Boga, najlepszy ustrój społeczny, mądrość, sens historii, cel życia ludzkiego itd. Wokół tych problemów koncentrują się rozważania filozoficzne od wieków. Oczekuje się zwykle w tych kwestiach odpowiedzi realistycznej i ostatecznej¹¹. Wielu ludzi z kręgu nauki współczesnej (między innymi właśnie pozytywistycznej) uważa, że takie rozważania nie bardzo mają sens, bo zdają się być ostatecznie nierozstrzygalne. Być może tak, ale rola tych rozważań dla kultury jest ogromna. Jest to jednak osobny problem¹². Wydaje się, że post-pozytywizm niewiele wnosi do rozumienia faktu prawa. Przesuwa jedynie ciężar rozważań i ewen-

¹¹ Por. Leo Strauss, Joseph Cropsey, *Historia filozofii politycznej*. Podręcznik, Warszawa 2010.

¹² Por. na ten temat bardzo ciekawe uwagi Piotra Nowaka zawarte w słowie wstępnym do podręcznika Leo Straussa i Josepha Cropsey'a.

tualnych rozstrzygnięć z filozoficznych pytań (w terminologii post-pozytywistów – pojęciowych) na socjologię deskryptywną i meta-refleksję (perspektywa hermeneutyczna) i nadal narażony będzie na krytykę, a może i zarzut filozoficznej jałowości. Filozoficzna prawda o prawie jakby umyka i zostaje przeniesiona do nauk pozytywnych, szczegółowych. Post-pozytywizm niczego istotnie nowego nie dodaje do rozumienia i wyjaśnienia faktu prawa z wyjątkiem być może dwóch elementów. Uznania, że ostateczną racją związania prawnego jest kultura: a ta jest różnorodna i relatywna oraz wskazania, że historyczne dyskusje o rozdziale prawa i moralności były nieco sztuczne, czysto pojęciowe. Ale te elementy właśnie pozostaną dyskusyjne.

W tej sytuacji kluczowy staje się problem antropologiczny, a mianowicie problem ostatecznych źródeł związania prawnego i *debitum*. Tradycyjnie uważano, że jest nim natura ludzka (prawo naturalne), która na charakter celowy, a więc dynamiczny (działanie). Post-pozytywiści kładąc nacisk na kulturę (różne systemy prawne) jakby sankcjonowali „prawność” wszelkich możliwych systemów prawnych. Nie wyklucza to oczywiście możliwości ich oceny.

Kończąc te rozważania zauważmy, że Benedykt XVI w swym známym przemówieniu w Bundestagu, 22 września 2011 r. zwrócił się do niemieckiego prawodawcy i mówiąc na temat podstaw prawa (*Serçe rozumne. Refleksje na temat podstaw prawa*) rozważył właśnie kwestę antropologiczną, pozornie nie należącą do właściwej materii prawnej. Kwestię obiektywności i niezmienności ludzkiej natury. Powiedział mianowicie: „Chciałbym jednak podkreślić z mocą rzecz, o której – jak mi się wydaje – dziś, podobnie jak i wczoraj, się zapomina: istnieje także ekologia człowieka. Również człowiek ma naturę, którą winien szanować, i którą nie może manipulować według swego uznania. Człowiek to nie tylko wolność, którą sam sobie tworzy. Człowiek nie stwarza sam siebie.”¹³

¹³ Źródło: „L'Osservatore Romano” wyd. polskie, 32 (2011), nr 10-11, s. 38-41. Cyt. wg „Społeczeństwo” nr 56 (2011) s. 144.

Perspectives of Post-positivism in the Philosophy of Law

Summary

Post-positivism has recently become the theoretical proposal of lawyers' community, which seeks to cease quite unfruitful controversies between proponents and opponents of legal positivism. The article discusses this proposal from the perspective of the classical philosophy of law. The author considers three topics: the history of positivism, the most significant debates with positivism, the standpoint of post-positivism and its perspectives. The most important debate with positivism concerned the morality of law and the conceptual incompatibility of morality and law. The post-positivist proposal results from the internal evolution of legal positivism on the turn of two last centuries. It does not exceed then the positivist doctrine and is nor a compromise, nor an eclecticism. The core claim of the proposal is that every legal system implicitly contains its own morality, as it is the expression of a social and legal culture. Therefore the argument on the conceptual separation of law and morality loses its sense. The discovery and explanation of legal systems' morality is to be a task of the descriptive sociology which – according to the author – follows the standpoint of A. Comte, a framer of legal positivism. In such situation moralities of different legal systems are incongruent and incomparable to each other, and the discipline of law loses its philosophical sense of normative discipline in the interest of positivist normativity.

Keywords: post-positivism, philosophy of law, positivism, morality, law.