

HANNA DĘBSKA

Uniwersytet Jagielloński

Pozytywistyczna teoria prawa: utopia założeń a konieczność „pozytywizacji wartości”

Kryzys teorii prawa? Wprowadzenie do problematyki

Współczesny świat odbierany jest w kategoriach permanentnego kryzysu, który obejmuje większość dziedzin życia społecznego, zarówno politycznego, ekonomicznego, jak i religijnego. Słowo to „robi spektakularną karierę”, czyniąc z tkwiącej w nim chroniczności cechę ponowoczesnego społeczeństwa¹, co w konsekwencji rodzi „brzezienną w skutki niepewność”². Kryzys rozumiany jako stopień dysfunkcji systemu, uniemożliwiający jego działanie, nie omija także świata nauki. O ile nauki przyrodnicze (zapowiadająca się obiecująco teoria strun — potencjalna teoria wyjaśniająca „wszystko” w fizyce — nie dała wystarczających dowodów na swą słuszność) lepiej radzą sobie z tą sytuacją, o tyle nauki społeczne borykają się z kompleksem niewystarczającego stopnia „naukowości”. Przyczyną takiego stanu jest fakt, że historycznie nauki społeczne dążyły zawsze do ideału, którego wyznacznikiem miało być, w zakresie stopnia stosowanych przez nie metod weryfikacji twierdzeń, dorównanie naukom przyrodniczym. Przybliżenie do tego wzoru miał gwarantować „postulat pozytywistyczny”, będący wynikiem wpływów pozytywistycznej filozofii³.

¹ P. Sztompka, *Socjologia zmian społecznych*, Kraków 2010, s. 46–47.

² A. Giddens, *Życie w społeczeństwie posttradycyjnym*, [w:] U. Beck, A. Giddens, S. Lash, *Modernizacja refleksyjna. Polityka, tradycja i estetyka w porządku społecznym nowoczesności*, Warszawa 2009, s. 83.

³ Należy dodać, że ta ostatnia była bardzo różnie rozumiana przez twórców i przedstawicieli. Poszczególnych pozytywizmów: socjologicznego, prawnego, nie należy również porównywać między sobą czy z filozofią pozytywistyczną. Por. szerzej np.: A.J. Ayer (red.), *Logical Positivism*, „The Library of Philosophical Movements”, New York 1966; A. Giddens, *Positivism in Sociology*,

Wpływ filozofii ogólnej na inne nauki społeczne skutkuje przeniesieniem do nich nie tylko rozwiązań, lecz także wątpliwości i problemów. Obrazują to słowa Bohdana Chwedeńczuka: „Jest to zajęcie, o którym nie wiadomo, czemu, poza sobą samym, służy [...]. Gdyby nie było wiedzy medycznej, inne byłyby losy chorych, a bez wiedzy technicznej inne, jeśli w ogóle jakieś, byłyby nasze mosty [...], a bez wiedzy historycznej inne byłyby nasze dzieje. Nie potrafię natomiast wyobrazić sobie żadnej takiej zależności między filozofią a światem czy jakkolwiek częścią świata. [...] filozofia to zajęcie jałowe praktycznie [...], jest to zajęcie filozofów dla filozofów [...]. Stan filozofii współczesnej zdaje się potwierdzać moją diagnozę stanu filozofii w ogóle [...], całkowitemu uwiądowi uległy dziś wszystkie głośnie szkoły i kierunki ostatniego stulecia. [...] ta zabawa się kończy [...]. Porzućcie wszelką nadzieję, którzy tu wchodzić”⁴.

Powołując się na podobne argumenty o kryzysie współczesnej teorii socjologicznej, Steven Seidman pisał, że: „zeszła na manowce [...], odcięła się od sporów i społecznych dyskusji [...], tworzą ją dziś i konsumują prawie wyłącznie socjologowie teoretycy [...], jej społeczna i intelektualna zaściankowość jest powodem niemal stałego poczucia kryzysu i zastoju, jaki otacza współczesną teorię socjologiczną”⁵.

Skoro filozofia ogólna inspirowała i inspiruje refleksję nad prawem, jej kryzys nie pozostaje bez wpływu na nią. Przykładem może być krytykowane współcześnie założenie racjonalności człowieka, które bezpośrednio przekłada się na powszechnie przyjmowaną w teorii prawa konstrukcję „racjonalnego ustawodawcy”. Skoro zatem nauki społeczne borykają się z podobnymi problemami, nie budzi wątpliwości umieszczenie kryzysu, o jakim mówi się w teorii prawa, na tle innych nauk społecznych. W tym świetle niezbędne jest także rozważanie zależności między teorią prawa a paradygmatem pozytywistycznym.

W tzw. zachodniej kulturze prawnej dominujący nurt teorii prawa jest głęboko związany z klasycznym pozytywizmem. Genetycznie powiązania te sprowadzić można do dwóch podstawowych relacji. Według pierwszej pozytywizm klasyczny stanowi fundament teorii prawa. Według drugiej paradygmat pozytywistyczny wprawdzie przyczynił się w znacznym stopniu do rozumienia teorii prawa w zachodniej kulturze, lecz przede wszystkim stał się impulsem do jej rozwoju, stając inspiracją koncepcji bardzo często odległych od klasycznego pozytywizmu. Jeżeli przyjmiemy, że teoria prawa jest zależna od paradygmatu pozytywistycznego i zgodzimy się, że poziom jego krytyki jest na tyle duży, iż uniemożliwia

London 1974; J. Austin, *Lectures on Jurisprudence. Or the Philosophy of Positive Law*, London 1879; K. Dybowski, *Johna Austina filozofia prawa*, Toruń 1991.

⁴ B. Chwedeńczuk, *O udreczeniu jakie daje filozofia*, „Studia Filozoficzne” 1985, nr 4 (233), <http://www.warsztatyfilozoficzne.pl/index.php/czytelnia/36-czasy-najnowsze/50-o-udreczeniu> (dostęp: 30 kwietnia 2011).

⁵ S. Seidman, *Koniec teorii socjologicznej: ponowoczesna nadzieja*, [w:] *Współczesne teorie socjologiczne*, t. 1, red. A. Jasińska-Kania et al., Warszawa 2006, s. 44.

dalsze jego utrzymanie, to w takim ujęciu teoria prawa ma podstawy, by też czuć się zagrożoną. Jego „upadek” jest równoznaczny z końcem teorii prawa. Drugie stanowisko prezentuje współczesną teorię prawa jako naukę rozwijającą się samodzielnie, która tylko w częściowym obszarze badań bierze pod uwagę pozytywistyczny dorobek. W tym ujęciu, nawet jeśli przyjmiemy „upadek” paradygmatu pozytywistycznego, nie przesądzimy tym samym o roli i pozycji teorii prawa wśród innych nauk o prawie.

Należy ponadto zwrócić uwagę, że przyjęcie pierwszego stanowiska wskazywałoby, iż skoro dla pozytywizmu prawniczego akt prawny jest źródłem prawa, teoria prawa zajmuje się wyłącznie refleksją nad treścią tych aktów. Nie jest to prawdą. Współcześnie teoria prawa korzysta z dorobku innych nauk społecznych (choćby socjologii, psychologii, ekonomii). Implikuje to rozszerzenie przedmiotu badawczego na pozalingwistyczną treść, także na instytucje tworzące i stosujące to prawo. Od wielu lat prowadzi się wielopłaszczyznowe badania nad prawem. W związku z tym nie można mówić o schyłku teorii prawa, ale o jej rozwoju, do którego przyczyniła się zmiana rozumienia prawa. Przykładem może być coraz większa moc prawodawczych orzeczeń sądów europejskich, współcześnie bowiem można mówić nie tylko o rządach ustawy, lecz w niektórych przypadkach także sędziów (amerykański dyskurs w kategoriach uprawnień, tzw. *rights*)⁶. Współcześnie „sądy stają się ostateczną instancją prawdy i ostateczną wyrocznią we wszelkich sprawach”⁷. Ze względu na znaczne rozszerzenie się sfery podmiotowości, a co za tym idzie przedmiotowego zakresu regulacji i orzecznictwa, coraz częściej decyzje sędziowskie wymagają wyjścia „poza pozytywizm”. Jednakże wydaje się, że wśród sędziów orzekających poza systemem *common law* wciąż dominuje zasada podporządkowania ustawie, zgodna z postulatem niewartościowania, także w spornych, niedookreślonych, a zatem nierozstrzygalnych kwestiach, jak chociażby sprawy z zakresu praw i wolności osobistych. Żyjąc w złudzeniu, że ograniczenia praw i wolności nie następują drogą orzeczeń, pozbawiamy się możliwości ich weryfikacji i rzetelności. Parafrazując Luckmanna, „wartości” w prawie traktuje się jako problem, a nie rozwiązanie⁸. Z punktu widzenia niniejszych rozważań, istotną wadę pozytywizmu prawniczego stanowiła jego krótkowzroczność, przejawiająca się w nieumiejętności dostrzeżenia roli aksjologii w tworzeniu i stosowaniu prawa. Współcześnie wydaje się, że to właśnie wokół wartości toczą się najważniejsze debaty w obszarze prawa.

Rozważania te prowadzą do wniosku, że mamy do czynienia z kryzysem tzw. paradygmatu pozytywistycznego, kształtującego przez wiele lat myślenie prawnicze, a nie z kryzysem teorii prawa.

⁶ Por. szerzej: J. Gray, *Against the new liberalism*, [w:] *Enlightenment's Wake: Politics and Culture at the Close of the Modern Age*, London-New York 1995.

⁷ M. Safjan, *Wyzwania dla państwa prawa*, Warszawa 2007, s. 66.

⁸ T. Luckmann, *Komunikacja moralna w nowoczesnych społeczeństwach*, [w:] *Współczesne teorie socjologiczne*, t. 2, red. A. Jasińska-Kania et al., Warszawa 2006, s. 945.

Pozytywizm prawniczy — słabość czy siła prawnika?

Jedną z podstawowych cech człowieka jest zdolność do dostrzegania różnicy między tym, co jest (rzeczywistością), a tym, co mogłoby być (aspiracjami)⁹. Zdolność człowieka do ciągłego podważania *status quo*, jego krytyczno-demaskatorski stosunek do istniejących reguł, pozwala nie tylko pogłębiać mu samoświadomość i wzmacniać jego społeczną wolność, ale staje się także inspiracją do poszukiwania doskonalszych rozwiązań. Uważa się, że historia myśli społecznej jest też historią utopii jako idei działania i postępu, jako alternatywy dla istniejącego systemu¹⁰. Współczesna utopia jest utopią naprawy obywatelskiej¹¹, którą w demokratycznym państwie ma realizować prawo. „Ludzie mają potrzebę życia w jakimś stabilizującym łańdź, chcą wiedzieć, co jest dobrem, a co złem, co i kogo czeka za naruszenie norm”¹². Powracając do rozważań nad prawem, stwierdzić należy, że zastosowanie wytycznych pozytywizmu prawniczego miało stać się gwarancją zabezpieczenia porządku społecznego i odpowiedzią na potrzebę ładu w nim. W tym znaczeniu stał się on doniosłą utopią społeczną. Porządek prawny, traktowany jako zabezpieczający porządek społeczny, miał gwarantować jasne (czytelne i zrozumiałe), powszechnie znane i niesprzeczne normy prawne tworzące zamknięty, zhierarchizowany i niekolizyjny system. Prawo w takim ujęciu, starając się rozwiązać problemy społeczne, wyrażało „nowe projekty całego życia społecznego”¹³.

Jak już sygnalizowałam, pozytywizm filozoficzny przekładał się na inne nauki. W socjologii, biorąc za podstawę utopię epistemologiczną Émile’a Durkheima, postulowano badanie „faktów społecznych jako rzeczy” (w najprostszym rozumieniu: zewnętrznych od obserwatora i mogących podlegać badaniom tylko przy zastosowaniu metod ekstraspekcyjnej obserwacji)¹⁴. W związku z tym „do zadań uczonego nie należy wartościowanie badanych zjawisk, [...] wszyscy operowali ideałem, że działalność poznawcza jest neutralna [...], jest wynikiem bezstronnej obserwacji faktów”¹⁵. Pozytywizm prawniczy czerpał też z pozytywizmu filozoficznego. Prawo także miało stać się „faktem” wyrażonym w tekście aktu prawnego, jego badanie miało być oddzielone od wszelkiego wartościowania (antynaturalizm), kontekstów historycznych czy innych nauk (antyintegracjonizm). W opozycji do teorii prawa natury przeciwstawiano się definiowaniu

⁹ P. Sztompka, *op. cit.*, s. 38.

¹⁰ P. Żuk, *O pożytkach utopii w życiu publicznym i naukach społecznych*, [w:] *Spotkania z utopią XXI wieku*, Warszawa 2008, s. 49–52; P. Sztompka, *op. cit.*, s. 39.

¹¹ J.C. Alexander, *Siła utopii i utopia naprawy obywatelskiej*, [w:] *Współczesne teorie socjologiczne*, t. 1..., s. 442–444.

¹² J. Wódz, *Czy stabilny ład społeczno-normatywny to utopia?*, [w:] *Spotkania...*, s. 61.

¹³ M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Kraków 2001, s. 165–166.

¹⁴ J. Szacki, *Historia myśli socjologicznej*, Warszawa 2007, s. 374–376.

¹⁵ *Ibidem*, s. 249.

prawa za pomocą kategorii pozaprawnych, negując doniosłość problematyki moralnej. Konsekwentny od niej rozdział miał zapewniać bierne i obiektywne poznanie prawa. Zadanie pozytywizmu, z jednej strony, polegało na niedopuszczeniu do samowoli prawotwórczej, a z drugiej, na stanowieniu „buforu” ograniczającego kreatywność organów stosujących prawo. Postulat ów miał być spełniony dzięki stworzeniu precyzyjnego, jednoznacznego systemu języka prawniczego, który nie dopuszczałby do zbytnej dyskrecjonalności sędziego, przejawiającej się w arbitralnym poszukiwaniu w treści aktu prawnego preferowanych wartości (ideał doskonałego tekstu prawnego). Miał też prowadzić do rozgraniczenia, autonomiczności władzy i balansu między jej tworzeniem a stosowaniem prawa. Dowolność tworzenia norm prawnych jako aktów władzy (woluntaryzm) miała być ograniczona przez wolę ustawodawcy (legitymowanego przez układ polityczno-społeczny) i zabezpieczona założeniem jego racjonalności. Oddzielanie prawa od moralności było dokonywane w przekonaniu, że można stworzyć normy prawne powszechnie obowiązujące bez konieczności otrzymania wsparcia innych systemów normatywnych. Ocena prawa mogła być dokonywana tylko za pomocą kryteriów prawnych (legalizm). Pierwotne wersje pozytywizmu zostały niemal natychmiast skrytykowane, w następstwie czego jego tezy złagodzone (np.: odwoływanie się do słuszności czy sprawiedliwości społecznej, reguły uznania, zmiany i stosowania czy postulat minimum moralności w prawie). Teoria prawa miała być nauką pragmatyczną, która przez coraz doskonalszy język tekstów prowadzi do kreowania idealnego prawa.

Czy zatem pozytywizm prawniczy był od razu skazany na porażkę i mimo odcięcia się od wartości mógł stworzyć system, w którym zrealizowana by została idea stabilnych norm prawnych gwarantujących porządek społeczny? Jeśli tak, czy należy bezwzględnie odrzucić myślenie pozytywistyczne, czy nie czynić tego, mając na względzie, że, jak dotąd, żadna koncepcja postpozytywistyczna nie spełniła oczekiwań w tym zakresie.

Trudno jest bronić pozytywizmu w klasycznej postaci, skoro większość jego podstawowych założeń została już zmodyfikowana, a ciągła krytyka osłabiła siłę jego argumentacji. Współczesne społeczeństwo liberalnej demokracji wymaga od prawa pogodzenia występujących w nim sprzecznych tendencji, jakimi są z jednej strony — relatywizacja (niewartościowanie), a z drugiej — nacisk na integrację, którą ma gwarantować korpus norm zabezpieczający wspólnie podzielane wartości. Wydaje się więc, że droga do stabilnego społeczeństwa jest bezsprzecznie drogą aksjologiczną, którą mogą, jak się powszechnie uważa, zapewnić procedury demokratyczne. Niedoskonałe naukowo, ale prawdziwe statystycznie, założenie o wspólnocie norm i wartości pozwala przewidywać przebieg interakcji¹⁶. Potwierdzają to liczne koncepcje teoretyczne, np. w doktrynie funkcjonalizmu

¹⁶ Jest to zgodne z koncepcjami szkoły uppsalskiej: normatywną ontologią świata społecznego opracowaną przez T. Segerstedta i późniejszą „teorię systemu reguł” R. Burnsa i H. Flama, P. Sztompka, *op. cit.*, s. 189.

najważniejszym podsystemem dla porządku społecznego, czyli tym, który przyczynia się do stabilizacji społecznej (równowagi), jest system aksjo-normatywny¹⁷. Coraz częściej podkreśla się, że porozumienie można osiągnąć tylko przy całkowitym, lub chociażby w znacznym stopniu, podzieleniu wspólnych celów i wartości. Jacek Wódz określa pojęciem ładu społeczno-normatywnego „zespół społecznych wartości i norm stanowiących swoisty korpus zasad utrwalania się psychologicznego poczucia pewności normatywnej, która pozwala na antycypującą ocenę zachowań własnych i reakcji otoczenia”¹⁸. W prawie wyraził to Krzysztof Pałeczki, postulując jako podstawę ładu społecznego, wspólny trzon aksjologiczny¹⁹. Normy prawne przyczyniają się do stabilizacji społeczeństwa tylko wtedy, gdy istnieje zgoda co do wartości przez nie chronionych. Takie ujęcie eliminuje ze współczesnego dyskursu pozytywizm prawniczy, który z założenia odcina się od wszelkich dyskursów aksjologicznych.

Paradygmat pozytywizmu prawniczego wymaga zatem albo odstąpienia od niego, albo poważnej rekonstrukcji, przy aprobachie zasadniczego szkieletu tej koncepcji. Argumenty za drugim z rozwiązań przedstawione zostaną w dalszej części artykułu, albowiem uważam, że nie jesteśmy przygotowani na „rewolucję naukową”, która miałaby prowadzić do wytworzenia się nowego paradygmatu w rozumieniu Thomasa Kuhna²⁰. Ponadto, okazuje się, że w niektórych sytuacjach ochronie wartości sprzyja nawet korzystanie z paradygmatu pozytywistycznego. Wydaje się także, że o ile na szczeblach lokalnych wprowadzenie ładu normatywnego jest możliwe, o tyle nie jest osiągalne w skali globalnej, gdyż wymaga „przekraczania barier kulturowych kodów, językowych, reguł przestrzeni organizacji publicznej”²¹.

Jak pozytywizm nie działa w praktyce na przykładzie funkcjonowania Trybunału Konstytucyjnego

Pozytywizm prawniczy posiada wyróżniające go: a) przedmiot badań, jakim jest analiza norm prawnych, b) samodzielny aparat pojęciowy, c) metodę formalno-dogmatyczną wykorzystywaną przy tworzeniu prawa i d) sylogizm prawniczy, z jakiego korzystają stosujący prawo. Nie jest on więc tylko poglądem na „istotę

¹⁷ T. Parsons, N. Smelser, *Funkcjonalne zróżnicowanie społeczeństwa*, [w:] *Współczesne teorie socjologiczne*, t. 1..., s. 390–413.

¹⁸ J. Wódz, *op. cit.*, s. 62.

¹⁹ *Zmiana w aksjologicznych podstawach prawa*, [w:] *Dynamika wartości w prawie*, red. K. Pałeczki, Kraków 1997, s. 20.

²⁰ T.S. Kuhn, *Struktura rewolucji naukowych*, przeł. H. Ostromęcka, Warszawa 2001.

²¹ J. Wódz, *op. cit.*, s. 63.

prawa” i sposób jego poznania, ale określa także technikę pracy prawnika. Jego podstawowe założenia poddano w dyskursie filozoficzno-prawnym druzgocącej krytyce. Wiele tez, które zastosowano w praktyce prawniczej, okazało się niewystarczającymi. W związku z tym oczywiste wydaje się oczekiwanie wypracowania nowych teorii, mogących być wskazówkami dla praktyki, które winny uwzględniać kwestie aksjologiczne. Korzystając z analogii Immanuela Wallersteina dotyczącej historycyzmu, można wykorzystanie paradygmatu pozytywistycznego w praktyce stosowania prawa określić jako ideę, która „była wpływowa, ale zwodnicza [...], [zrodziła — przyp. H.D.] złudne oczekiwania intelektualne, jak i polityczne [...] nadal sprawuje kontrolę nad naszą mentalnością”²². Podczas gdy na gruncie filozofii stale modyfikuje się myślenie o prawie, w praktyce prawniczej obserwuje się niedostatek odzwierciedlenia tych rozważań. Zilustruję to na przykładzie Trybunału Konstytucyjnego, który orzekając o kwestiach aksjologicznych, sięga także do argumentacji pozytywistycznej. Jest to skutkiem z jednej strony dominacji paradygmatu pozytywistycznego, z drugiej — przyjętego założenia, że „demokratyczny sposób tworzenia prawa gwarantuje realizację społecznie akceptowanego systemu wartości”²³.

Artykuł 188 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej określa zakres kognicji Trybunału Konstytucyjnego (TK) i sprowadza jego działalność do „badania zgodności aktów prawnych z konstytucją”. Treść owego artykułu jest nie tylko niejasna, ale przede wszystkim niewystarczająca, gdyż nie wskazuje uzasadnienia/*ratio* podstawy, na której „działanie” to miałoby zachodzić. Nie we wszystkich sprawach badanie owo odnosi się do porównania rozumianego jako analiza treści norm prawnych zawartych w przepisach ustaw lub innych aktów prawnych i odpowiednich normach konstytucyjnych. W wielu przypadkach porównywanie owo dokonuje się na innej, pozornie pozaprawnej, płaszczyźnie wartości. Zatem Trybunał Konstytucyjny, poza egzegezą treści normy prawnej, nader często musi w swoim badaniu ocenić stopień koherencji, zachodzący między wartością, jaką chroni dana norma prawna, a wartością, jaką chroni norma konstytucyjna. Zgodnie z tym założeniem nie może być tak, że norma prawna chroniłaby wartości, które nie byłyby wartościami konstytucyjnymi (lub co gorsza byłyby jej „antywartościami”). Zgodność aksjologiczna czy może precyzyjniej: brak antagonizmu aksjologicznego, jaki postuluję, korespondowałaby z wyrażonym przez Bohdana Zdziennickiego poglądem, że obok jurysprudencji pojęć i interesów Trybunał dokonuje „jurysprudencji wartości”, która „oddala się od twardych podstaw ustawowych”. Nie budzi wątpliwości zdanie autora, że „istnieje wielkie zapotrzebowanie na odwoływanie się do wartości przy ocenie konstytucjonalności

²² I. Wallerstein, *Unthinking Social Science: The Limits of Nineteenth-Century Paradigms*, Cambridge 1991, za: P. Sztompka, *op. cit.*, s. 180–181.

²³ K. Działocha, zdanie odrębne — do postanowienia Trybunału Konstytucyjnego, sygn. art. U. 1/92.

kwestionowanych rozwiązań [...], można to określić jako konieczność »pozytywizacji wartości«²⁴. Takie stanowisko wskazywałoby na (wprawdzie niedającą się precyzyjnie określić i być może nieprzychylnie przyjętą przez pozytywistycznie nastawionych prawników) płaszczyznę, na której działanie TK byłoby jednak w pełni zrozumiałe i uzasadnione. Nie zaprzecza to, moim zdaniem, zdroworozsądkowemu rozumieniu działania Trybunału.

Ujęcie to sprowadza wartości z ich statusu pozaprawnego do statusu znajdowania się „bycia” w prawie. Wartość zatem nie tylko leży u podłoża normy prawnej, nie tylko ją legitymizuje, ale przede wszystkim jest jej stałym elementem. Takie ujęcie prawa, w którym wartości są jego immanentnym elementem, koresponduje także z nowymi koncepcjami pozytywizmu, np. prawniczym pozytywizmem instytucjonalnym Oty Weinbergera i Neila MacCormicka²⁵.

Sędziowie Trybunału Konstytucyjnego niejednokrotnie znajdują się w sytuacji trudnej do przezwyciężenia, gdyż podejmują decyzję opartą na uznanej przez siebie aksjologii, której uzasadnienie jest dalekie od jednoznaczności. Ponadto, nie da się ustalić stopnia, w jakim ich decyzja odnosi się do społeczeństwa i środowiska, w jakim orzekają (potrzebne byłyby szeroko zakrojone badania socjologiczne i psychologiczne). Wobec takich trudności i jednoczesnej konieczności wydania decyzji wydaje się, że Trybunał, „pomijając” kwestie aksjologiczne, korzysta z ochrony, jaką daje mu pozytywizm prawniczy, pozwalający mu na zastosowanie buforu bezpieczeństwa w postaci sformułowania „działania na podstawie prawa”. Wątpliwości rysujących się na tym tle można próbować unikać, a być może je rozstrzygnąć, przyjmując dwuaspektowy model normy prawnej [wyróż. — H.D.], korespondujący z postulatem jurydyzacji wartości. W modelu tym termin „norma prawna” nie wyczerpuje się w jej ujęciu poziomym (za takie rozumiem odwołanie się do trójelementowej bądź dwuczłonowej koncepcji normy prawnej). Struktura pozioma określa, kto, w jakich okolicznościach i jak ma się zachować (często w razie niepodporządkowania się normie czeka go konsekwencja w postaci sankcji). Ujęcie pionowe porządkuje poszczególne elementy normy prawnej hierarchicznie. Składa się z dwóch elementów: polecającego i wartościującego (aksjologicznego). Element polecający motywuje do zachowania zgodnego z dyspozycją tej normy. Jego postać słowna może wyrażać różny poziom kategoryzacji. Nie daje natomiast odpowiedzi na pytanie dotyczące przesłanek/uzasadnienia takiego polecenia. Mogą być one wyinterpretowane dopiero w odwołaniu do elementu wartościującego. W tym sensie element wartościujący jest pierwotny w stosunku do elementu polecającego, gdyż dokonany przez nor-

²⁴ B. Zdziennicki, *Skuteczność prawa z perspektywy Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Skuteczność prawa — X Konferencja Wydziałowa WPiA UW*, Warszawa 2009, s. 17–19.

²⁵ M. Smolak, *Prawo, fakt, instytucja. Koncepcje teoretycznoprawne Prawniczego Pozytywizmu Instytucjonalnego*, Poznań 1998.

modawcę wybór pewnego stanu rzeczy jest poprzedzony procesem wartościowania tych ostatnich jako godnych ochrony (w tym sensie tworzy graficznie „pion”). Całościowa rekonstrukcja terminu normy prawnej wymaga zatem wzięcia pod uwagę i powiązania z sobą obu, wyróżnionych wyżej aspektów, które nie będąc względem siebie równorzędne, są powiązane funkcjonalnie. Wartość nie jest tylko determinantą ustanowienia normy prawnej, ale znajduje się w normie prawnej, mimo że dla praktyki tworzenia prawa niekoniecznie jest w niej wprost wyrażona. Skoro elementem normy prawnej jest wartość, Trybunał korzystając z takiego modelu, mógłby dokonywać jurydyzacji wartości na podstawie i w granicach prawa. Uniknąłby on wówczas zarzutu, że nie działa jedynie na podstawie konstytucji. Przyjęcie, że każda norma prawna (w tym norma konstytucyjna) zawiera w swej strukturze wartość, oznaczałoby, że Trybunał ma prawo i obowiązek porównywania wartości i argumentowania aksjologicznego. Zarzut arbitralności decyzji zostałby wówczas odparty argumentem szeroko pojętej „uczciwości” rozstrzygnięcia, opartej na przejrzystości i przewidywalności, a nie na markowanej aksjologii przesłoniętej wydumanymi konstrukcjami pozytywistycznymi²⁶.

Idąc tym torem rozumowania, rolą teorii prawa powinno być silniejsze niż dotychczas oddziaływanie na dogmatykę prawa, a przez nią na praktykę prawniczą. Musiałoby to nastąpić etapami. W pierwszym teoria prawa „pośredniczyłaby” w przekazywaniu koncepcji filozoficznych przez tworzenie konstrukcji terminologicznych i znaczeniowych prawnie relewantnych. W etapie drugim, te konstrukcje zostałyby wykorzystane przez dogmatykę prawa do wyjaśniania treści konkretnych regulacji prawnych. W trzecim instytucje stosujące prawo uzasadniałyby swoje decyzje, odwołując się do ustaleń dogmatyki prawniczej. Takie rozumienie zadań wzajemnie od siebie uzależnionych w teorii prawa, dogmatyce prawa i praktyce prawniczej mogłoby, chociażby częściowo, zapobiegać petryfikacji sposobów myślenia, których źródłem najczęściej jest pozostawanie w „swojej” płaszczyźnie rozumowań. Można zaryzykować twierdzenie, że dynamika zmian zachodzących w naukach prawnych jest uzależniona od stopnia współdziałania wszystkich zainteresowanych wyjaśnianiem zjawisk prawnych dziedzin. „Pozytywizacja wartości” i dwuaspektowy model normy prawnej, z jednej strony, i utopia pozytywizmu prawniczego, z drugiej, uzupełniają się bez uszczerbku dla rozważań podejmowanych przez teorię prawa. U podłoża obu bowiem leży postulat utrzymania porządku społecznego za pomocą stabilnych norm.

²⁶ H. Dębska, *Nowe spojrzenie na „strukturę normy prawnej”*, [w:] *Dobre prawo — Złe prawo. W kręgu myśli Gustawa Radbrucha*, red. P. Mochnaczewski, A. Kociólek-Pęksa, „Zeszyty Naukowe WSZiP im. Heleny Chodkowskiej, przy współpracy z Uniwersytetem Jagiellońskim”, Warszawa 2009, s. 95–105; *eadem*, *The apparent dilemma — dangerous consequences? Between the legal and ethical standards*, artykuł przygotowany w ramach XXV World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy 2011, Goethe-Universität Frankfurt am Main.

Tęsknota za utopią. Teoria prawa — niedokończona przygoda

Współczesnej teorii prawa nie można wywodzić od jej pierwotnego, wąskiego rozumienia, w którym przedmiot jej zainteresowania wyznaczał paradygmat pozytywistyczny. Trudno zgodzić się z poglądem, według którego teoria prawa nadal pozostawałaby w całkowitej od niego zależności. Implikacją takiego stanowiska byłaby bowiem teza, że skoro teoria prawa koncentruje się na zagadnieniach wyznaczonych jej przez paradygmat pozytywistyczny, jest uzależniona od jego kondycji. Jego słaba kondycja skutkowałaby wówczas zagrożeniem dla istnienia teorii prawa, a filozofia prawa stawałaby się jedyną i wystarczającą nauką ogólnej refleksji nad prawem.

Całkowite odrzucenie refleksji teoretyczno-prawnej uważam za niemożliwe. Przemawiają za tym dwa argumenty: historyczny i lingwistyczny. Nie bez znaczenia jest, że to właśnie kodyfikacje kończyły „etap barbaryzacji”, a reformy prawa rozpoczynały naprawy społeczne. Ponadto, bez pogłębionej refleksji teoretycznej nie moglibyśmy sprawnie wyrażać prawa, nie jest możliwe bowiem pominięcie jego lingwistycznego/językowego aspektu. Skoro, coraz częściej, uznajemy za obowiązujące prawo treść orzeczeń sądowych (w szczególności sądów i trybunałów europejskich), tym bardziej musimy dbać o maksymalnie wysoki standard wykładni (głównie w celu osiągnięcia jednolitości rezultatów).

W literaturze przedmiotu podkreśla się, że rola teorii nie ogranicza się do umiejętnego stawiania problemów badawczych, ale w równym stopniu opiera się na konstruowaniu dla nich rozwiązań. Słowa: „Nie ma nic bardziej praktycznego niż dobra teoria” przypisywane są zarówno przedstawicielom nauk przyrodniczych i humanistycznych: „księciu matematyków” Carlowi Friedrichowi Gaussowi, fizykowi Ludwigowi Eduardowi Boltzmannowi i psychologowi Kurtowi Lewinowi. Teoria prawa nie jest zatem wyłącznie „sztuką dla sztuki”. Powinna uwzględniać potrzeby praktyki. Argumentem przemawiającym za tym, że nie mamy do czynienia z końcem teorii prawa, jest więc nie tylko odejście od pozytywistycznego rozumienia prawa i jego źródeł, ale przede wszystkim dalsza potrzeba jej istnienia jako użytecznej dla praktyki (przekładalność filozofii na dyrektywy praktyczne). Jest bowiem tak, że „wszyscy prawnicy mają jakąś filozofię prawa, tylko że większość o tym nie wie i następstwa są katastrofalne”²⁷. „Prawnicy w pewnym sensie myślą filozofią prawa, czy o tym wiedzą, czy nie”²⁸. To powoduje, że teoria prawa jest nauką, która ma ochronić prawo przed rozbieżnymi poglądami filozoficznymi, z jakich korzystają, często nieświadomie, prawnicy praktycy. Natomiast w przypadku, gdy deklarują tę samą filozofię w różnym

²⁷ R. Dreier, *Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?*, Tübingen 1975, s. 33.

²⁸ R. Cotterel, *Law's Community: Legal Theory in Sociological Perspective*, Oxford 1995, s. 221.

znaczeniu, teoria musi podjąć trud unifikacji ich myślenia. Postulat ten można nazwać postulatem „humanizowania prawa” — w celu odróżnienia go od „metod kwantyfikacyjnych”, sformalizowanych, poszukujących matematycznych rozwiązań dla prawa. Osiągnięcie tego celu powinno dokonać się przez umiejscowienie dyskursu aksjologicznego w prawie (przeniesienia go do prawa). Wydaje się, że filozofia i teoria prawa zamiast doskonalić funkcjonujące teorie po to, by choćby rozważyć ich wdrożenie do praktyki stosowania prawa, staje się często „zabawą intelektualną”. W stosowaniu prawa, szczególnie na poziomie podstawowym (sądów niższego rzędu), dalej dominuje przekonanie o powszechnym obowiązowaniu i konieczności stosowania paradygmatu pozytywistycznego.

Mam nadzieję, że niniejszy artykuł stanie się kolejnym przyczynkiem w dyskusji na temat przyszłości filozofii i teorii prawa. Oczekiwanie podjęcia nowych wyzwań, szczególnie przez filozofię prawa, wydaje się jak najbardziej uprawnione, nawet jeśli wysiłki długo nie zostaną zwieńczone sukcesem. Obecny stan wiedzy nie pozwala rozstrzygnąć, co jest bardziej użyteczne dla prawa: bezpieczna fikcja czy niepewna co do rezultatu rewolucja, będąca włączeniem się w trudny filozoficzny dyskurs aksjologiczny. Stałe umieszczenie w dyskursie prawa rozważań aksjologicznych postawi przed nim nowe, wyższe wymagania, z uwagi na specyfikę tego obszaru wiedzy, który jest nie tylko daleki od formalizacji, precyzji czy uporządkowania, ale przede wszystkim nadal niesatysfakcjonująco zgłębiony naukowo. Wszystko to musi budzić opór u prawnika, wyszkolonego zwłaszcza w myśleniu kategoriami pozytywistycznymi.

Jeśli kwestia ta nie zostanie podjęta, organy stosujące prawo będąc „zdane same na siebie”, nadal uciekać się będą do balansowania pomiędzy zachowaniem pozorów stosowania paradygmatu pozytywistycznego a podejmowaniem aksjologicznych decyzji, niewystarczająco uzasadnionych²⁹.

Należy zwrócić uwagę, że celem powyższych uwag nie jest głoszenie renesansu pozytywizmu. W imię utopii pozytywistycznej, jako optymistycznej narracji społecznej, wskazuję jedynie na konieczność uzupełnienia tego paradygmatu, poprzez koncepcję „pozytywizacji wartości” (wprowadzenia ich do dyskursu prawnego), co dokonać się może przy zastosowaniu dwuaspektowego modelu normy prawnej, stanowczo przy tym odżegnuję się od całkowitej jego eliminacji. Łatwość, z jaką wytyka się pozytywizmowi błędy, nie może prowadzić do niekontrolowanej interdyscyplinarności. Implementowanie teorii jednej dziedziny do drugiej powinno cechować się podwyższonym stopniem ostrożności i krytycyzmu. Nie można nazbyt pochopnie porzucić tego, co wypracowane na rzecz nowych, niepewnych, niesprawdzonych koncepcji. Współczesny badacz nader często natyka się na „grząskość” gruntu, po jakim się porusza. Doskonałą me-

²⁹ W tym aspekcie autorka w ramach prowadzonych w Katedrze Socjologii Prawa, Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego badań nad zjawiskiem „Neutralizacji aksjologicznej prawa” (K/PBW/000661) będzie analizowała orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego.

taforę fikcyjności zjawiska pewności i obrazu jej „klęski” w nauce przedstawia Otto Neurath w postaci symbolicznego obrazu łodzi, w której uczony nie tylko narażony zostaje na ciągłą walkę ze sztormem, ale w tym samym czasie zmuszony jest do naprawiania samej łodzi, aby nie utonęła. Nauka prawa, w tym filozofia prawa, nie jest wolna od takich metodologicznych „nawałnic”, zewnętrznych czy wewnętrznych konfliktów poznawczych, generowanych przez samych filozofów z powodu przyjmowanych założeń, zgodnych z reprezentowaną przez nich szkołą. Wszystkie one, choćby z tego powodu, że pokazują różne oblicza prawa, są doniosłe praktycznie.

Mimo że „żyjemy w czasach końców”³⁰, nie należy rychło spodziewać się końca teorii prawa. Niech teoria prawa, która nie boi się nowych wyzwań, jest, parafrazując Zygmunta Baumana, „niedokończoną przygodą”. Tak jak Europa stoi przed wyborem: pogrążenia się w izolacji lub podjęcia się misji tworzenia nowego modelu politycznego, tak teoria prawa musi wybrać swą rolę – tłumacza w ponowoczesnym świecie. Jako teoretycy prawa nie porzucajmy zatem utopii pozytywizmu, gdyż tęsknota za nią prowokuje nas do permanentnej konfrontacji, umożliwia ciągły rozwój naszej nauki i pozwala mieć nadzieję na osiągnięcie ideału.

³⁰ A. Giddens, *Życie...*, s. 79.