

CZĘŚĆ I

PRAWO JAKO PRZEDMIOT NAUK PRAWNYCH

ROZDZIAŁ I

PODSTAWOWE KONCEPCJE PRAWA

Literatura: *R. Alexy*, W obronie niepozytywistycznej koncepcji prawa, *PiP* 1993, z. 11–12; *T. Chauvin*, Sprawiedliwość. Między celowością a bezpieczeństwem prawnym. Ewolucja poglądów Gustawa Radbrucha, *SI* 1999, Nr XXXVII; *R. Dworkin*, Biorąc prawa poważnie, Warszawa 1998; *tenże*, Imperium prawa, Warszawa 2006, rozdz. I, III; *Adam. Dyrda* (red.), *et al*, Teoria i filozofia prawa, Warszawa 2021; *J. Finnis*, Prawo naturalne i uprawnienia naturalne, Warszawa 2001, rozdz. II; *L.L. Fuller*, Moralność prawa, Warszawa 2004; *J. Habermas*, Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego, Warszawa 2005; *H.L.A. Hart*, Pojęcie prawa, Warszawa 1998; *K.J. Kaleta, A. Kotowski*, Podstawy prawoznawstwa, Warszawa 2016; *J.M. Kelly*, Historia zachodniej teorii prawa, Kraków 2006; *D. Lyons*, Etyka i rządy prawa, Warszawa 2000; *L. Morawski*, Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian, Warszawa 1999, rozdz. I i II; *G. Radbruch*, Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo, [w:] *G. Radbruch*, Filozofia prawa (tłum. *E. Nowak*), Warszawa 2009, s. 244 i n.; *J. Raz*, Autorytet prawa. Eseje o prawie i moralności, Warszawa 2000; *T. Stawewski*, O praktycznym zastosowaniu hermeneutyki w wykładni prawa, [w:] *P. Winczorek* (red.), Teoria i praktyka wykładni prawa, Warszawa 2005; *J. Stelmach*, Kodeks argumentacyjny dla prawników, Kraków 2004; *J. Stelmach, R. Sarkowicz*, Filozofia prawa XIX i XX w., Kraków 1999; *M. Szyszkowska*, Teorie prawa natury XX wieku w Polsce, Warszawa 1982; *S. Wronkowska, Z. Ziemiński*, Zarys teorii prawa, Warszawa 1997, rozdz. II, III, V, VI, XII; *M. Zirk-Sadowski*, Wprowadzenie do filozofii prawa, Kraków 2021, rozdz. V–VIII.

§ 1. Nauczanie prawa – wprowadzenie

Na istotę prawa można patrzeć z różnych punktów widzenia. Będą one determinować definicję i naturę prawa. W perspektywie filozoficznej skupiamy się na różnorodności przyjmowanych wizji prawa (prawo pozytywne, prawo naturalne, prawo jako fakt społeczny), a jednocześnie eksponujemy ewolucję poglądów na jego temat. Historyczne spojrzenie na prawo ukazuje nam z kolei rozwój regulacji prawnych i instytucji prawnych w perspektywie mijającego czasu. Badania takie mają często istotne znaczenie dla badań współczesnych. Formułowana przez daną osobę koncepcja prawa ma istotny wpływ na szczegółowe rozwiązania: na zasady tworze-



nia prawa, sposoby jego interpretacji, orzekanie w sądach i stosowanie w różnych dziedzinach życia społecznego przez organy administracji publicznej. Tym zajmuje się teoria prawa, która jest właściwym przedmiotem tego podręcznika.

W niniejszym skrypcie koncentrujemy się przede wszystkim właśnie na współczesnym spojrzeniu na prawo. Takie jest bowiem zasadnicze zadanie wstępu do prawoznawstwa w ramach studiów prawniczych. Przedmiot ten ma przybliżać studentom podstawowe terminy, konstrukcje teoretyczne i problemy, z którymi się spotykamy, zajmując się prawem w praktyce. Nasze rozważania rozpoczynamy od przedstawienia głównych kierunków myśli prawnej i sformułowanych przez nie koncepcji prawa, gdyż pełne zrozumienie szczegółowych zagadnień wymaga znajomości szerszego kontekstu, w którym one występują. Jednak niezależnie od tego, na ile uporządkowana jest refleksja filozoficzna nad prawem i na ile utrwalona jest wizja prawa jako systemu norm prawnych, pamiętać musimy, że prawo jest zjawiskiem dynamicznym, zależnym od otoczenia zewnętrznego, interpretacji i dookreślenia celów, którym służy. Nie jest jednoznacznym tekstem przepisów, obowiązującym jednakowo w każdych warunkach, ale zjawiskiem związanym ze społeczeństwem, jego potrzebami i sposobem funkcjonowania.

Refleksja nad istotą prawa od najdawniejszych czasów związana jest z przekonaniem o potrzebie utrzymywania **ładu społecznego**. W dominującym nurcie filozofii starożytnej mocno zakorzeniona była wiara, że porządek spraw ludzkich ma charakter naturalny, tzn. jest częścią ładu istniejącego w całym wszechświecie. Tak jak przyroda doświadcza kolejnych pór roku czy stałego następowania po sobie nocy i dnia, tak i ludzie powinni podporządkować swoje postępowanie i wzajemne stosunki trwałym regułom, które są naturalne dla społeczności ludzkich. Wierność tym regułom nazywa się sprawiedliwością (*dike*). Również władcy, którzy mocą swego autorytetu i siły narzucają poddanym swe rozkazy, powinni owe naturalne zasady wcielać w życie i nie mogą przeciw nim występować.

Z kolei sofisci w V w. p.n.e. wyjaśniali te ideały w kategoriach rozumu ludzkiego, twierdząc, że ustroje społeczne są wyłącznie wytworem człowieka. Podkreślali, że prawo tworzone przez władców nie powinno odrzucać idei sprawiedliwości, jednak nie stanowi ono ze swej istoty odbicia naturalnego ładu. W skrajnym przypadku, jak choćby tym, którego ilustracją jest „Antygona”, tragedia *Sofoklesa*, może nawet dojść do konfliktu obu porządków. W ten sposób wyodrębnienie prawa tworzonego przez władców od innych postaci porządku społecznego nadało mu szczególny charakter: prawo państwowe stało się środkiem oddziaływania na zachowania ludzi i instrumentem osiągania przyjętych celów.

Następne stulecia doprowadziły do dalszego umocnienia poglądu o samodzielności prawa tworzonego (lub choćby uznawanego) i chronionego przez rządzących. Nazywano je **prawem pozytywnym, tj. obowiązującym tu i teraz z mocy ustanowienia lub uznania przez legalną władzę publiczną**. Zwieńczeniem procesu umacniania znaczenia prawa pozytywnego, w postaci prawa stanowionego były dwa zjawiska: przekonanie o potrzebie normowania podstawowych zasad ustroju państwa i podstawowych praw obywateli w ustawach zasadniczych, nazywa-



nych zwykle **konstytucjami**, a także regulowanie wybranych szerokich dziedzin życia społecznego i gospodarczego w ustawach zwanych **kodeksami**. Przykładami pierwszego zjawiska były konstytucje wielu państw, uchwalane na przełomie XVIII i XIX w., w tym polska Konstytucja 3 maja (1791 r.). Kodeksy natomiast były tworzone przez cały XIX w., począwszy od Landrechtu pruskiego z 1794 r. i wielkich kodyfikacji francuskich z czasów *Napoleona*.

Znaczenie prawa pozytywnego wzrosło w XIX w. wraz z dominacją doktryny politycznej liberalizmu. Władza państwowa stawiała się wówczas coraz mniej represyjna wobec obywateli, a wyznaczenie jej granic było przedmiotem sporów wśród filozofów, pisarzy i polityków. Ograniczenie władzy dokonywało się zarówno przez wskazywanie sfer życia społecznego, w których ingerencja państwa jest w ogóle niedopuszczalna bądź powinna być znikoma, jak i przez ścisłe określenie instrumentów, metod i procedur oddziaływania władzy państwowej na obywateli. Kierunek, który podsumowywał refleksje nad znaczeniem prawa pozytywnego oraz nad sposobami jego tworzenia i stosowania, nazwany został **pozytywizmem prawniczym**.

Jednak w XX w. ujawniły się rozmaite słabości pozytywistycznej koncepcji prawa, na przykład ich niezdolność do zapobiegania rządów totalitarnym, uderzającym w podstawowe ludzkie wartości (godność, wolność). Dlatego też, obok swoistego odrodzenia prawa naturalnego, rozwijać się zaczęły inne kierunki myśli prawnej, zwłaszcza podkreślające znaczenie prawidłowości życia społecznego w kategoriach socjologicznych, jak również koncepcje hermeneutyczne, argumentacyjne i komunikacyjne. Ostatnie dziesięciolecia sprzyjały także rozwojowi krytycznej refleksji nad prawem i zaowocowały nowymi kierunkami myślenia takimi jak postmodernizm (a w jego ramach np. feminizm prawniczy czy literackie studia nad prawem).

Oto najważniejsze założenia i twierdzenia wspomnianych kierunków.

§ 2. Koncepcje prawnonaturalne

Zwolennicy koncepcji prawnonaturalnych zakładają, że prawo pozytywne nie jest wyłącznym ani najwyższym wzorem zachowań. Ludzie związani są również normami i zasadami niebędącymi wytworem ludzkiego stanowienia. W tym sensie rozwiązania prawne powinny brać pod uwagę istniejący **dualizm norm: obowiązywanie porządku prawa ludzkiego (pozytywnego) oraz prawa naturalnego**. Normy prawa naturalnego powinny być urzeczywistniane przez prawo pozytywne, obowiązują one bowiem niezależnie od aktów władzy i są dla nich wiążące. Prawo naturalne stanowi wzór, który prawo pozytywne powinno naśladować i realizować – wzór ten jest ideałem dobrego prawa. Refleksja ta dominowała w europejskiej myśli filozoficzno-prawnej praktycznie do XIX w. – wówczas ustąpiła miejsca pozytywizmowi prawniczemu. O jej szczególnym renesansie możemy mówić dopiero po II wojnie światowej.



W rozwoju myśli prawnonaturalnej dostrzec możemy rozmaite nurty i ujęcia, które można podzielić na te wywodzące się z przekonań religijnych (Bóg jako źródło prawa) oraz tzw. laickie czy racjonalistyczne, według których źródłem prawa naturalnego jest rozum człowieka, jego natura, godność lub też natura społeczeństwa. Wspólne im wszystkim jest jednak przekonanie o potrzebie istnienia porządku, którego źródło obowiązywania leży poza wolą prawodawcy.

Starożytność. Początki nurtu prawnonaturalnego odnajdujemy w starożytności. Najczęściej przeciwstawiano sobie wówczas porządek państwowy i przenikającą prawo pozytywne naturę ludzką rozumianą na sposób przyrodniczy (sofiści) lub społeczny (*Arystoteles*). Za źródło nakazów i zakazów prawa natury uznawano istotę człowieka. Stoik *Cyzeron* pisał: „Jest zaiste prawdziwe prawo, prawo prawego rozumu, niezmiennie i wieczne, zgodne z naturą, zasiane do umysłów wszystkich ludzi, które nakazując, wzywa nas do wypełniania powinności, a zakazując, odstrasza od występków (...). Prawo to nie może być ani odmienione przez inne, ani uchylone w jakiejś swojej części, ani zniesione całkowicie. (...) Nie jest ono inne w Rzymie, a inne w Atenach, inne teraz, a inne później, ale jako prawo jedyne w swoim rodzaju, wieczne i nieodmienne, obejmuje zarówno wszystkie narody, jak i wszystkie czasy”.

Wczesne chrześcijaństwo i średniowiecze. U *św. Augustyna* porządek rzeczy, wyrażany przez prawo boże, znajdował odzwierciedlenie w postępowaniu człowieka. Człowiek mógł postępować dobrze, dostąpić łaski i być zbawionym. Dla ludzi grzesznych Bóg zgłotował „państwo ziemskie”, które pełniło wobec nich rolę bicia bożego. Dobrzy ludzie w tym państwie byli tylko pielgrzymami.

Inaczej powołanie prawa naturalnego postrzegał, żyjący w XIII w., *św. Tomasz z Akwinu*. Według przedstawionej przez niego hierarchicznej koncepcji prawa, porządek nadawany jest światu przez boży plan, prawo wieczne (*lex aeterna*), które człowiek poznaje częściowo drogą rozumową jako prawo naturalne (*lex naturalis*) i które obowiązuje w sumieniu. Dopiero poznanie wskazań tego prawa pozwala na stworzenie przez człowieka jego pochodnej w postaci prawa pozytywnego, ludzkiego (*lex humana*). Jeśli jednak prawo ludzkie odchodziłoby od prawnonaturalnego wzorca, gdyby pozostawało w sprzeczności z prawem naturalnym, można by uznać, że traci swoją wartość jako prawo i przestaje obowiązywać. Prawo niesprawiedliwe nie zasługuje na miano prawa (*lex iniusta est non lex*).

Współcześnie tak pojmowana koncepcja prawa naturalnego była rozwijana m.in. przez myślicieli katolickiej nauki społecznej (m.in. *Jana Pawła II*, ks. *Mieczysława A. Krąpca*).

Szkola prawa natury XVII w. W jej ramach, na bazie dominującego wówczas racjonalizmu czyli odwołania do rozumu jako narzędzia poznawania świata, wypracowana została koncepcja prawa naturalnego oderwana od religii. Prawo boskie zostało zastąpione prawem natury ludzkiej. Ojcem tego nowego nurtu myślenia był holenderski prawnik *Hugo Grocjusz*. Wychodząc z założenia o niezmienności natury człowieka, twierdził, że prawo z niej wynikające ma tak niezmienny charakter, że „nawet sam Bóg nie może go zmienić”. Prawo natury ma być powszechne, racjo-



nalne i świeckie, a rozeznanie w tym, co dobre i złe ma mieć charakter obiektywny. Jednym z jego wskazań była znana zasada *pacta sunt servanda* (umów należy dostrzymywać). *Grocjusz* był również twórcą koncepcji prawa podmiotowego (uprawnienia) rozumianego albo jako władza w stosunku do siebie (wolność), albo jako władza w stosunku do innych bądź jako władztwo nad rzeczami. Reprezentantami tej szkoły byli także autorzy nowożytnych koncepcji umowy społecznej (m.in. *Thomas Hobbes*, *John Locke*, *Jean-Jacques Rousseau*).

Większość z przedstawionych wyżej koncepcji zakłada niezmienność treści norm prawa natury i dlatego można zaliczyć je do grupy tzw. **koncepcji statycznych**. Natomiast na przełomie XIX i XX w. ukształtowała się szkoła **prawa natury o zmiennej treści**. Związana z myślą filozoficzną *Immanuela Kanta*, rozwinięta została jako ideał prawa przez *Rudolpha Stammlera*, a w ujęciu opisowym (pokazującym, jak ludzie myślą o prawie) przez polskiego teoretyka prawa *Leona Petrażyckiego*. Według zwolenników tej koncepcji prawo naturalne nie ma treści raz na zawsze i z góry danej, lecz jest zespołem zmiennych historycznie wyobrażeń o należyтым ładzie społecznym i sprawiedliwości, będących wytworem ludzkiego intelektu i odpowiadających moralności danej epoki. Inaczej mówiąc, forma prawa, czyli idea prawa słusznego jako nakazu rozumu, nie zmienia się – zmienia się tylko sposób, w jaki rozumiemy i interpretujemy składające się nań wartości. Tak rozumiane ideały dobrego prawa powinny znaleźć odzwierciedlenie w prawie tworzonym i sankcjonowanym przez państwo, a zatem w prawie pozytywnym.

Druga wojna światowa przyniosła z kolei odrodzenie się prawa natury w ujęciu, które można nazwać **dynamicznym**. Stanowi ono odmianę koncepcji statycznych. Normy prawa natury pozostają zasadniczo niezmiennie, ale w zależności od warunków historyczno-materialnych dokonuje się ich odmiennej (dynamicznej) interpretacji. Do ujęcia tego odwołują się m.in. dokumenty II Soboru Watykańskiego.

Historycznie nurt prawa natury odegrał bardzo istotną rolę: stanowił źródło inspiracji dla prawników oraz dał podwaliny idei konstytucjonalizmu. Bezpośrednie odwołania do „praw naturalnych i przyrodzonych” znajdujemy w amerykańskiej Deklaracji Niepodległości z 1776 r. i francuskiej Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela z 1789 r. Odwoływał się do jego norm również Trybunał Norymberski. Współcześnie znaczna część postulatów o prawnonaturalnym charakterze została ujęta w formę prawa pisanego, stanowionego, w tym prawa międzynarodowego. Doszło do swoistej pozytytywizacji tych postulatów. W tym kontekście wspomnieć trzeba przede wszystkim o Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka ONZ z 1948 r., Paktach Praw Człowieka ONZ z 1966 r. i Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1950 r. wraz z wieloma protokołami dodatkowymi itp.

Obszerne katalogi wolności i praw człowieka i obywatela, o których mówi się często, że posiadają prawnonaturalny charakter, a więc nie mogą być przez władzę ustanowione i nadane, lecz jedynie deklarowane, są włączone do współczesnych konstytucji państw demokratycznych, w tym Polski. Konstytucja RP z 2.4.1997 r.



w art. 30 zawiera następującą deklarację: „Przyrodzona [tj. naturalna – *przypis autorów*] i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych”.

Inaczej niż w starożytności czy wiekach średnich, współczesne koncepcje prawa naturalnego nie przyznają już owym wzorcom mocy uchylania prawa pozytywnego. Prawo naturalne nie pełni już więc **roli walidacyjnej, czyli nadającej ważność i moc obowiązkiwania** normom stanowionym przez człowieka. Na pewno może jednak stanowić kryterium jego oceny jako słusznego czy sprawiedliwego.

§ 3. Pozytywizm prawniczy i jego ewolucja

Kierunek pozytywistyczny, obejmujący – podobnie jak prawo naturalne – wiele różnych nurtów, uznaje, że **prawem jest zespół norm** (wzorów powinnego zachowania) **ustanowionych lub uznanych i chronionych** (sankcjonowanych) **przez państwo posługujące się środkami przymusu**. Założenia typowe dla tego kierunku to tzw. teza o rozdziale prawa i moralności, teza o pochodzeniu (prawa od człowieka, instytucji itp.) oraz teza społeczna (zob. rozdz. II § 6).

Pozytywizm prawniczy związany był w pewnym stopniu z dominującym w drugiej połowie XIX w. prądem myślowym zwanym pozytywizmem filozoficznym (reprezentowanym przez *Augusta Comte*). Można jednak uznać, że był to kierunek w prawoznawstwie mający przede wszystkim rodowód prawniczy. Poszukiwał takiego prawa, które jest dostępne badaniu empirycznemu, tzn. przejawia się przede wszystkim w praktyce, którą można opisywać i analizować. Pozytywizm prawniczy odrzucał wszelką metafizykę i starał się wypracować własne metody interpretacji prawa obowiązującego. Jego rzecznicy przyjmowali więc, że prawo istnieje tylko w postaci tekstów, przede wszystkim ustaw. **Prawo ustanowione przez człowieka nie wywodzi się z prawa naturalnego ani szeroko rozumianej moralności i obowiązuje niezależnie od nich**. Prawo jest wynikiem aktu woli określonego autorytetu – władcy, suwerena, prawodawcy, państwa itp. Ten pogląd nazywa się zwykle **tezą społeczną**. Oznacza to, że porządek prawny ma wyłącznie społeczne źródła. Natomiast założenie o niezależności obowiązkiwania prawa od ludzkich ocen i przekonań, o tym co jest dobre, a co złe, nazywa się **tezą o rozdziale prawa i moralności**. Znika więc związek walidacyjny między tymi porządkami. Ideałem prawa staje się prawo wolne od wartościowania.

Warto dodać, że współcześnie pozytywizm prawniczy jest najbardziej rozpowszechnionym typem poglądów na prawo, choć konfrontacja z rozbudowanymi systemami społecznymi, opartymi na pluralizmie poglądów i demokracji, może wykazać jego niedostatki. Kierunek ten nie potrafił bowiem dostarczyć rozwiązań problemów pojawiających się w systemach totalitarnych (m.in. nazistowskim i komunistycznym). Przez długi czas nie mógł też przekonująco rozwiązać proble-

mu stosowania na terytorium określonego państwa norm prawa międzynarodowego publicznego (prawa tworzonego w postaci traktatów międzynarodowych przez przedstawicieli wielu państw). Nie zdołał także wyjaśnić, w jaki sposób ludzkie przekonania moralne mogą przenikać do praktyki stosowania prawa stanowionego.

Jako prąd myśli prawniczej pozytywizm kształtował się w obrębie dwóch odmiennych kultur prawnych – anglosaskiej i kontynentalnej. Ta pierwsza znana jest także pod nazwą jurysprudencji analitycznej. Najbardziej rozwiniętą postać tej nauki w początkach myśli pozytywistycznej wypracował w pierwszej połowie XIX w. angielski prawnik *John Austin*, który bazował w istotnej mierze na poglądach *Jeremiego Benthama*. Twierdził on, że prawem są abstrakcyjne i generalne reguły (normy) prawne formułowane przez władcę (suwerena), tak jak oficer w armii wydaje **rozkaz** skierowany do żołnierzy. **Suwerenem** jest przy tym istota wyposażona we władzę nad innymi, a jednocześnie nienawykła do posłuchu. Zrealizowanie prawa-rozkazu zabezpieczone było w świetle tej koncepcji zagrożeniem użycia przymusu (sankcją). Normy tworzące system prawny przyjmowały u *Austina* postać prostych zakazów i nakazów, a suweren je ustanawiający miał zdolność wymuszania posłuchu u poddanych, którzy dodatkowo do tego posłuchu nawykli.

W drugiej połowie XX w. w zdecydowanie krytyczny sposób do koncepcji *J. Austina* odniósł się w swoich pracach inny wielki przedstawiciel brytyjskiego pozytywizmu prawniczego – *Herbert L.A. Hart*. Wykazał on przede wszystkim, że prawo nie składa się wyłącznie z obowiązków (nakazów i zakazów), a jego obowiązywanie nie polega jedynie na nawyku zachowania się w określony sposób. Tak może myśleć ktoś, kto obserwuje funkcjonowanie prawa w życiu społecznym z zewnątrz. Tymczasem obywatel musi odczuwać różnicę między nadającą prawo wolą suwerena a bandytą grożącym niebezpiecznym narzędziem i żądającym pieniędzy. Analizując tzw. **paradoks bandyty** *H.L.A. Hart* wykazał, że prawo, inaczej niż oparte na przemocy żądanie bandyty np. wydania pieniędzy z kasy banku, ma charakter stosunkowo trwały, ogólny i pochodzi od uprawnionego podmiotu (w Anglii – parlamentu mającego status suwerena). Tej różnicy, zdaniem *H.L.A. Harta*, nie daje się uchwycić w pozytywizmie pierwotnym, reprezentowanym przez *Austina*. Jeżeli postrzegamy prawo jako podmioty zobowiązane do podporządkowania się jego normom, musimy je w pewnym stopniu akceptować, musimy czuć się zobowiązani wewnętrznie do jego przestrzegania. Dodatkowym wzmocnieniem staje się towarzysząca normom prawnym silna presja społeczna. Pozytywizm w tej odmianie nazywa się pozytywizmem miękkim lub wyrafinowanym. *H.L.A. Hart* poczynił też wielki wkład w koncepcję budowy systemu prawnego – powrócimy do niej w rozdziale poświęconym tym zagadnieniom.

Zwolennicy pozytywizmu prawniczego w wersji rozwijanej w Europie kontynentalnej (np. niemiecki filozof *Georg Jellinek*) podkreślają, że normy prawne mają **trzy podstawowe cechy**, dzięki którym prawo pozytywne jako „zbiór przepisów ludzkiego postępowania” różni się od norm religii, moralności i obyczajów, które takiego charakteru nie posiadają:



- 1) dotyczą tylko zewnętrznego zachowania ludzi względem siebie, przez co kontroli władzy publicznej nie są poddane sumienia ani myśli obywateli, ale jedynie ich czyny. Jednocześnie tak długo jak czyny człowieka nie godzą w wolność i dobra innego człowieka, prawo pozwala obywatelowi cieszyć się jego własną wolnością;
- 2) mają szczególną genezę – są ustanawiane przez uznany przez ludzi i zewnętrzny wobec nich autorytet. Autorytet ten jest suwerenem – posiada zwierzchnią i najwyższą władzę wobec poddanych mu osób. W Europie kontynentalnej ideę suwerenności łączono wyraźnie z państwem;
- 3) przestrzeganie prawa zagwarantowane jest przez przymus, którym może posługiwać się władza publiczna.

Najdalej w wypracowywaniu idei prawa oderwanego nie tylko od moralności, ale wręcz od wszelkiej rzeczywistości empirycznej poszli przedstawiciele kierunku zwanego **normatywizmem** (przede wszystkim austriacki prawnik i filozof *Hans Kelsen*). Nazwa kierunku wiąże się z uznaniem, że prawo to wyłącznie formalna powinność ujęta w postać norm postępowania budujących hierarchiczny system prawny.

O ile wspólne wszelkim odmianom pozytywizmu było uznanie niezależności norm prawnych od moralnych oraz ujmowanie prawa jako uporządkowanej, względnie spójnej i kompletnej całości, nazywanej **systemem prawnym**, o tyle w krajach Europy kontynentalnej dodawano jeszcze, że porządek prawny przyjmuje wyłącznie postać **prawa stanowionego** (odrębnego od prawa zwyczajowego, prawa tworzonego przez sędziów itp.). Podstawowym źródłem prawa w takim ujęciu ma być ustawa.

W koncepcji pozytywistycznej do twierdzenia będącego podsumowaniem tezy, że „tylko prawo pozytywne jest prawem”, niektórzy teoretycy dodawali jeszcze twierdzenie nawiązujące do tezy o rozdziale: „każde prawo pozytywne jest prawem”, nawet tyrańskie i niesprawiedliwe. Przypominano tu starą rzymską paremię ***dura lex, sed lex*** (twarde prawo, ale prawo). Takiemu prawu i zapadającym na jego podstawie decyzjom, np. wyrokom sądów, każdy obywatel winien jest bezwzględny posłuch. Uzasadnieniem dla takiego podejścia było odwoływanie się do stanu bezpieczeństwa prawnego. Prawo pozytywne miało gwarantować stabilność i przewidywalność decyzji władzy publicznej.

Rygorystyczne postrzeganie prawa w taki właśnie sposób, bardzo formalny i odmawiający związku z podstawowymi wartościami ludzkimi, doprowadziło jednak do kompromitacji doktryny pozytywizmu prawniczego na skutek burzliwych doświadczeń XX w. Wywołało to zmiany, których przykład stanowią poglądy niemieckiego prawnika i filozofa *Gustawa Radbrucha*. Trudne doświadczenie własne i obserwacja przemian zachodzących w Niemczech od lat 30. XX w. zmusiły go do rezygnacji ze stanowiska konsekwentnego pozytywizmu. W obliczu wykorzystywania prawa i przymusu państwowego jako instrumentu do dokonywania zbrodni, *G. Radbruch* stwierdził, że prawu należy stawiać choćby minimalne wymogi moral-



ne (określił je mianem „ponadustawowego prawa”). Normy rażąco niesprawiedliwe, nieludzkie, nawet jeśli byłyby odpowiednio ustanowione i wsparte przymusem państwa, nie zasługują na miano prawa i można je określić jedynie jako „ustawowe bezprawie” (tzw. **formuła Radbrucha – *lex iniustissima non est lex***).

Wskutek tych doświadczeń współczesny pozytywizm prawniczy ukształtowany jest już w znacznie zmodyfikowanej postaci:

- 1) państwo jest nadal uważane za głównego twórcę prawa, co nie pozbawia jednak rangi prawa norm pochodzących od innych autorytetów: wspólnoty międzynarodowej, takich wspólnot ponadnarodowych jak Unia Europejska, wspólnot regionalnych i lokalnych o szerokiej autonomii, korporacji zawodowych itp.;
- 2) system prawa nie składa się wyłącznie z norm o charakterze rozkazów, ale też z innych wzorców i wytycznych postępowania, np. z zasad prawnych, kompetencji, upoważnień, dyrektyw celowościowych, standardów etycznych, norm technicznych itp.;
- 3) system prawa nie zawsze jest kompletny (zupełny) i niesprzeczny wewnątrznie, stosowanie prawa nie polega więc wyłącznie na prostym odnoszeniu ogólnej reguły do konkretnego przypadku;
- 4) separacja prawa i moralności nie jest tak bezwzględna, jak wydawało się to prekursorom pozytywizmu prawniczego. Prawo tworzone i stosowane jest przez faktycznie działające instytucje, a te urzeczywistniają rozmaite wartości i ideały, kierują się pewną polityką motywowaną przez wzgląd na wartości społeczne itp. Ani treść prawa, ani proces jego stosowania nie są neutralne aksjologicznie. Spójność (koherencja) systemu prawa wymaga, aby uwzględniać również standardy moralne, polityczne itp.;
- 5) kluczową cechą prawa nie jest wyłącznie wymuszanie posłuchu obywateli wobec prawa za pomocą środków przymusu, którymi dysponuje władza państwowa, ale również ochrona obywateli przed nieuprawnioną ingerencją innych podmiotów, w tym innych obywateli lub funkcjonariuszy państwa, a także troska o zapewnienie zaspokojenia elementarnych potrzeb obywateli. Prawo nie tylko wyznacza więc obowiązki, ale również określa określone uprawnienia i upoważnienia do działania.

§ 4. Realizm prawny

Koncepcje prawa natury i pozytywizmu prawniczego, pomimo zasadniczych różnic, mają jedną wspólną cechę – ujmują prawo jako zespół norm postępowania. W przeciwieństwie do nich związane z prawem nauki empiryczne, przede wszystkim socjologia, ujmują prawo jako **fakt społeczny** osadzony w szerszym kontekście kulturowym. Według definicji zaproponowanej w końcu XIX w. przez *Emila Durkheima* faktem społecznym jest wszelki, powszechny w danym społeczeństwie sposób postępowania, zdolny do wywierania na jednostkę zewnętrznego przymu-



su. Oprócz prawa faktami społecznymi w tym rozumieniu są również moralność, religia czy obyczaje. Socjologia prawa stawia sobie w stosunku do prawa szczególne zadanie: jest nim poszukiwanie odpowiedzi na pytania dotyczące wpływu norm prawnych na funkcjonowanie życia zbiorowego, na to, w jaki sposób człowiek i społeczeństwo kształtuje się pod wpływem prawa i jak samo na nie wpływa. W dalszych rozważaniach przyjrzymy się, jak obserwacje socjologiczne znajdują zastosowanie i przełożenie na problem obowiązywania prawa (rozdz. XI), jego przestrzegania i funkcji (rozdz. XII). Istnieje także warta podkreślenia zależność między racjonalnym tworzeniem prawa a zakładaną gotowością społeczeństwa do przestrzegania projektowanych zmian (rozdz. XIII). Prawo, które znajdzie posłuch w społeczeństwie, będzie bowiem w konsekwencji prawem skutecznym.

Na gruncie nurtów teorii i filozofii prawa opisany powyżej sposób patrzenia na prawo reprezentowany jest przez tzw. **realizm prawniczy**. Odnajdujemy tutaj podejście analizujące „prawo w działaniu” (*law in action*). Prawo jako zespół norm zastępujemy **zespołem zjawisk (faktów)** z zakresu socjologii czy psychologii, powiązanych z normami prawnymi.

Kierunek realistyczny podkreśla równie mocno swój sprzeciw wobec koncepcji pozytywistycznych, jak i prawnonaturalnych. Pierwszym realisci zarzucają przede wszystkim nieuzasadnioną wiarę w moc sprawczą tekstów prawnych (*law in books* – „prawo w książkach”, „prawo oficjalne”). Koncepcje prawnonaturalne krytykują natomiast za poszukiwanie wzorców prawa drogą spekulatywnych rozważań, zastępujących rzetelne badanie praktyki życia społecznego.

Koncepcje realistyczne znajdują wyraz w różnych teoriach i doktrynach. Jedne szukają inspiracji w naukach o psychice człowieka i wskazują, że **istotą prawa są ludzkie przeżycia, emocje**, które są rzeczywistymi pobudkami naszego postępowania. W rzeczywistości to nimi bowiem się kierujemy, a nie tekstami ustaw uchwalonych przez władzę państwową. Stanowisko to prezentował w początku XX w. m.in. polski uczyony *Leon Petrażycki*. Analiza psychologiczna pozwoliła mu na stworzenie podstaw psychologii emocjonalnej. Normy prawne i normy moralne ujawniają się zdaniem *Petrażyckiego* w naszej psychice, są wyobrażeniami sposobów zachowania. Emocje mogą mieć charakter imperatywny (jednostronne poczucie powinności zachowania się w określony sposób), tak jak ma to miejsce w przypadku emocji moralnych, albo charakter imperatywno-atrybutywny. Taki charakter mają emocje prawne, które nie tylko nakazują nam zachować się w określony sposób wobec innego podmiotu, ale pozwalają również oczekiwać określonego zachowania się tego podmiotu w stosunku do nas. *Petrażycki* pisał, że działanie norm prawnych „polega na dwóch funkcjach: z jednej strony, zobowiązują one do pewnego postępowania, z drugiej zaś, przydzielają one to, czego się wymaga od zobowiązanego, komuś innemu, jako jemu należne”. Cytowany autor wyróżniał dwa rodzaje prawa jako zjawiska psychicznego: intuicyjne i pozytywne. Prawo intuicyjne jest prawem indywidualnym, przynależnym jednostce lub grupie ludzi, a zarazem niewynikającym z zewnętrznego źródła, np. woli ustawodawcy lub in-



nych faktów normotwórczych. Jest to postać poczucia prawnego silnie determinującego ludzkie działania. Natomiast prawo pozytywne, choć pozostaje zjawiskiem psychicznym, łączy się z tzw. faktami normotwórczymi (uchwalenie ustawy, umowa, obyczaj) i dotyczy wszystkich, gdyż to właśnie ono reguluje stosunki społeczne. Zdaniem *L. Petrażyckiego*, faktyczną podstawą porządku prawnego i rzeczywistym motorem życia społeczno-prawnego nie jest prawo pozytywne, lecz właśnie intuicyjne.

Natomiast drugi nurt, reprezentowany przede wszystkim przez amerykański realizm prawniczy, odwołuje się do dorobku socjologii i upatruje istoty prawa w **zachowaniach ludzi**. Przedstawiciele tej koncepcji koncentrują się na działaniu prawa, interesuje ich *law in action*. Istota prawa jest tu rozmaicie ujmowana. Najczęściej za prawo uważa się wzory postępowania ujawniające się w masowych, powtarzalnych zachowaniach ludzi lub w decyzjach określonych osób, które uznaje się za mające znaczenie prawne. Dla przykładu *Oliver W. Holmes*, uznawany za prekursora tego nurtu, pojmował prawo jako prognozę decyzji sądów dokonywaną z perspektywy „złego człowieka” (zwłaszcza osoby oskarżonej o popełnienie przestępstwa), zainteresowanego prawdopodobieństwem wymierzenia mu sankcji i jej wysokością. „Prawo jest tym, co urzędnicy, sędziowie lub adwokaci robią ze swoimi sprawami” – pisał inny amerykański teoretyk *Karl Llewellyn*.

Realistyczna refleksja nad prawem dostarczyła także podstaw dla szeroko rozumianej **polityki prawa**. Koncepcję takiej polityki stworzył wspomniany *L. Petrażycki* – według niego zadaniem polityki prawa było urzeczywistnienie miłości powszechnej. Szczególna jej odmiana zwana „inżynierią społeczną” została sformułowana przez Amerykanina *Roscoe Pounda*. **Polityka prawa nie wyjaśnia zjawisk prawnych, ale ma prowadzić przede wszystkim do znalezienia empirycznie sprawdzonych i skutecznych środków osiągnięcia zamierzonych celów etycznych lub politycznych.** Według *R. Pounda* społeczeństwem można sterować za pomocą prawa. W ten sposób udaje się promować i chronić rozmaite interesy społeczne ujawniające się w społeczeństwie i domagające się należytego uwzględnienia. Właściciele rzeczy mogą być chronieni przed naruszaniem ich własności, ofiary wypadków mogą liczyć na odpowiednie odszkodowania, a kierowcy będą znać reguły poruszania się po drogach publicznych w sposób najmniej grożący kolizją. Ostatecznym skutkiem pracy sędziów i innych urzędników publicznych będzie ograniczenie konfliktów społecznych i większe bezpieczeństwo obywateli.

§ 5. Koncepcje hermeneutyczne, argumentacyjne i komunikacyjne

Współcześnie coraz szersze zainteresowanie budzi jeszcze inna grupa niepozytywistycznych teorii prawa, które nie nawiązują ani do koncepcji prawnonaturalnych, ani do tradycyjnych ujęć psychologicznoprawnych i socjologicznoprawnych. Tworzy się w ten sposób odrębny nurt w refleksji nad prawem, jego istotą



i funkcjami społecznymi. Nurt ten, również zróżnicowany wewnętrznie, obejmuje m.in.:

- 1) hermeneutykę prawniczą,
- 2) teorie argumentacji,
- 3) teorie komunikacji społecznej.

Hermeneutyczne koncepcje prawa za kluczowe uznają pojęcie **rozumienia** i ustalenie warunków możliwości rozumienia. Najważniejsze jest to, co adresaci norm prawnych, a przede wszystkim sędziowie czy urzędnicy intuicyjnie rozumieją przez prawo. Punktem wyjścia jest proces ustalania znaczenia tekstów. Trzeba zwrócić uwagę na cztery zasadnicze kwestie związane z hermeneutycznymi koncepcjami prawa:

- 1) „przed wykładnią nie ma prawa” – pisał niemiecki filozof prawa *Arthur Kaufmann*, co znaczyło, że prawo nabiera ostatecznego sensu dopiero wówczas, gdy sędzia czyta przepisy prawne, zastanawia się, jak należy je rozumieć i jaki wyrok należy wydać na ich podstawie. Rolą sędziego jest „urzeczywistnienie prawa” polegające na szczególnym zestawieniu normy prawnej i konkretnych warunków życia;
- 2) dany tekst należy interpretować w kontekście różnych istotnych dla niego okoliczności, ale nie powinno się ograniczać do tego, „co autor chciał powiedzieć”. W tym sensie interpretowany tekst „nie należy już do jego autora”;
- 3) proces rozumienia nie ma charakteru liniowego (biorę tekst do ręki → czytam → rozumiem tekst), ale bardzo często przebiega jakby po linii koła: biorę jednostkę tekstu (zdanie, przepis prawny) → analizuję jej treść → odnoszę do całości, w której ta jednostka się mieści, i interpretuję jednostkę w kontekście całości, ale następnie → interpretuję całość, wiedząc, że zawiera ona analizowaną jednostkę. Taką metodę interpretacji nazywa się zwykle „**kołem hermeneutycznym**”;
- 4) istotnym elementem procesu rozumienia tekstu, w tym tekstu prawnego, jest tzw. przedrozumienie. Sędzia otwierając akta sprawy po raz pierwszy, nie zna jeszcze żadnych faktów istotnych dla wyroku, jaki ma wydać, ale zwykle ma już jakiś ogólny pogląd na tego typu sprawy, działa również w określonej tradycji interpretacyjnej oraz w określonym kontekście historycznym. Dopiero taka ogólna „podbudowa” pozwala mu na zastosowanie posiadanej wiedzy do konkretnego przypadku stosowania prawa.

Koncepcje hermeneutyczne rozwinęły się szczególnie w niemieckiej filozofii i teorii prawa, ale istotne uznanie zyskały współcześnie także w Stanach Zjednoczonych. W polskich naukach prawnych nawiązują do nich zwłaszcza *Jerzy Stelmach* i *Marek Zirk-Sadowski*.

Z kolei prawnicze **teorie argumentacyjne** akcentują fakt, że do prawa odwołujemy się przede wszystkim w sytuacji sporów. Sprawa tocząca się przed sądem cywilnym to spór między indywidualnymi osobami (lub ich organizacjami) o majątek lub pewne dobra osobiste. Z kolei sprawa karna to szczególna postać sporu między



społeczeństwem a jednostką, która naruszyła reguły zachowania przez to społeczeństwo ustalone. W takiej sytuacji kluczowe znaczenie ma zarówno podjęcie decyzji władczej (wydanie wyroku przez sąd), jak i **uzasadnienie tej decyzji**, przekonanie jej adresatów, że jest to właściwe i sprawiedliwe rozstrzygnięcie. Argumentacyjne koncepcje prawa są szczególnie zainteresowane właśnie etapem stosowania prawa. Kładą nacisk na następujące zagadnienia:

- 1) stosowanie prawa to w znacznej mierze prezentacja różnych **argumentów (racji)** za określonym rozstrzygnięciem. Wyrok sądu będzie uzasadniony argumentacyjnie, gdy jego treść nie tylko będzie odpowiadać treści przepisów prawnych, ale także przeważającym argumentom za określonym rozwiązaniem;
- 2) niektóre sposoby rozumowania prawniczego zostały w praktyce prawniczej na tyle mocno ugruntowane, że prawnicy przyjmują je jako argumenty, których się nie podważa, nawet jeśli nie zostały wyrażone wprost w tekście aktów normatywnych. Są to swoiste zasady kultury prawnej. Nikt współcześnie nie kwestionuje zasady, że „prawo nie powinno działać wstecz” ani że „chcącemu nie dzieje się krzywda” (tzn. że jeśli ktoś zgadza się na określone działanie innej osoby, to nie może się później skarżyć na zrealizowanie tego działania). Jeden z najwybitniejszych przedstawicieli koncepcji argumentacyjnych, *Chaim Perelman*, takie zasady nazywa „topikami prawniczymi”, czyli „miejscami specjalnymi” dyskursu prawniczego (od gr. *topos* – miejsce – zob. § 87);
- 3) decyzja władcza, np. wyrok sądu, kierowana jest zawsze do określonego **audytorium**. Audytorium mogą tworzyć osoby występujące w sprawie sądowej jako strony (powód i pozwany, oskarżyciel i oskarżony itp.). Mogą nim być inni sędziowie (także instancji odwoławczych), adwokaci i radcowie prawni, którzy zajmują się określonymi sprawami. W sprawach głośnych publicznie audytorium mogą tworzyć także obywatele, którzy śledzą w środkach masowego przekazu informacje o toczącym się postępowaniu.

Wreszcie zwolennicy trzeciego z wymienionych nurtów – **teorii komunikacyjnych** – stoją na stanowisku, że normy (reguły, zasady) prawa kształtują się w **procesie dyskursu**, w którym, w zależności od tego, czy chodzi o tworzenie czy stosowanie prawa, uczestniczyć mogą: oficjalny autor tekstu aktu normatywnego (np. parlament), jego fachowi wykonawcy (np. sędziowie, urzędnicy), adresaci prawa (np. obywatele, osoby prawne), przedstawiciele nauki prawa, publicyści, politycy itp. Rozstrzygnięcie polega na osiągnięciu porozumienia (zgody, konsensusu) w drodze dialogu. Podstawowe założenia prawidłowej komunikacji pozwalają się ująć w następujących twierdzeniach:

- 1) dyskurs, ujmowany jako wymiana argumentów zmierzająca do osiągnięcia wspólnego porozumienia, ma charakter procedury; dyskurs musi być tak zorganizowany, by porozumiewanie się było zgodne z rzeczywistością, intencjami uczestników oraz społecznie akceptowanymi normami;
- 2) procedura ta toczy się w warunkach tzw. idealnej sytuacji komunikowania, w której wszyscy uczestnicy dyskursu powinni mieć taką samą (równą) moż-

