

*Jerzy Leszczyński**

DWA RODZAJE POZYTYWNOŚCI PRAWA

Streszczenie. Rozumienie prawa jako prawa pozytywnego skutkuje teoretycznym problemem wyjaśnienia fenomenu judykatury jako czegoś odrębnego od prawa pozytywnego. Odmienność perspektyw tworzenia i stosowania prawa powoduje, że pozytywność (określoność) prawa przedstawia się w nich różnie. Pozytywność prawa jako efekt stanowienia to pozytywność tekstu prawa, natomiast pozytywność prawa, które jest zastosowane, to pozytywność treści prawa. Niewspółmierność tych przejawów pozytywności prawa pozwala zachować zasadniczą spójność pojęcia prawa.

Słowa kluczowe: pojęcie prawa, pozytywność prawa, prawo pozytywne, judykatura.

1. Celem artykułu jest rozważenie, czy pozytywności prawa – jako określoności prawa – nie można rozumieć szerzej niż tylko jako cechy prawa pozytywnego. Teoretyczne badania dotyczące stosowania prawa przekonują, że nierzadko przesłanki decyzji sądowej wykraczają poza to, co zawarte jest w aktach normatywnych stworzonych w procesie prawodawczym. Znajduje w tym wyraz notoryczna dwuznaczność pojęcia prawa rozumianego abstrakcyjnie jako idea i jako prawo pozytywne (prawodawstwo). Nie powinniśmy jednak zakładać, że określoność przysługuje tylko prawu pozytywnemu, bowiem jest to źródłem trudności w teoretycznym wyjaśnieniu fenomenu judykatury jako czegoś odrębnego od prawa pozytywnego, a także w wyjaśnieniu, na czym może być oparta przewidywalność, pewność stosowania prawa. Prawo, jakie wyłania się z zastosowań prawa pozytywnego, również domaga się swojej pozytywności, jednak rozumianej inaczej.

Stwierdzenie, że czym innym jest prawo pozytywne i prawo wynikające z jego zastosowań wskazuje na jakąś różnicę, która wcale nie jest oczywista, bowiem określoność prawa w obu jego „postaciach” odwołuje się do różnych jego cech. Pozytywność prawa jako efektu stanowienia to pozytywność tekstu prawa, natomiast pozytywność prawa, które jest zastosowane, to pozytywność treści prawa. Ilustracją tego, że różnica ta może być niedostrzegalna jest właściwość wykładni prawa (choć nie wyłącznie), polegająca na tym, iż wykładnia jednocześnie wskazuje na ścisły związek treści prawa z tekstem prawa i pozwala na zerwanie tego związku. W konkluzji można przyjąć, że zaproponowane rozszczępienie pojęcia pozytywności prawa nie pozwala na utrzymywanie poglądu o jakiejś odrębności prawa pozytywnego i prawa wytwarzanego przez sądy (np. pod określeniem „prawa sędziowskiego”). Wręcz przeciwnie – zauważenie, że na czym innym polega

* Uniwersytet Łódzki, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Teorii i Filozofii Prawa, jleszczyński@wpia.uni.lodz.pl.

różnica pozytywności prawa w perspektywie tworzenia prawa i jego zastosowania pozwala utrzymywać pogląd o zasadniczej spójności pojęcia prawa.

Dla wyjaśnienia pozytywności tekstu prawa będzie omówione: rozumienie pozytywności w ogóle i pozytywności prawa w filozofii Hegla (pkt 2), co oznaczała pozytywność dla niektórych twórców pozytywizmu prawniczego (pkt 3) i w jaki sposób określoność prawa pozytywnego jest tożsama z jego zmiennością (pkt 4). Z zagadnieniem pozytywności treści prawa wiąże się też problem niezdeteterminowania rozstrzygnięć sądowych prawem pozytywnym (pkt 5), a także znaczenie dla omawianego tematu debaty Hart–Dworkin w kwestii identyfikowania prawa wedle pochodzenia i według treści (pkt 6). Zwracam również uwagę na to, że wyróżnienie dwóch rodzajów pozytywności prawa związane jest z rozróżnieniem nastawienia praktycznego i poznawczego w przedstawianiu problemów związanych z prawem (pkt 7) oraz politycznym charakterem wyboru, gdy wskazuje się na prymat prawa pozytywnego albo judykatury.

2. W filozofii prawa „prawo” tylko niekiedy oznacza „prawo pozytywne”. Jeśli rzecz dotyczy pojęć, naturalne jest, że można konstruować pojęcie, ideę prawa w ogóle i rozważając różne jego postaci, wśród nich wskazywać prawo pozytywne. Tak czynią w szczególności – ale nie wyłącznie – teorie prawa natury, z założenia rozszczepiające w ten sposób pojęcie prawa w jurydycznym sensie. Dla innych prawo pozytywne jest prawem w ogólności, a pojęcie prawa bez podania orzecznika wskazującego *differentia specifica* ma znaczenie szersze od jurydycznego. Jest jeszcze co najmniej możliwość trzecia, przyjmowana przez Ronalda Dworkina, w której prawo nie sprowadza się do ustanowionych reguł, lecz także zawiera zasady i jako takie jest rzeczywistym prawem (ale nie „pozytywnym”). W tej koncepcji znika sens rozróżnienia pomiędzy prawem i prawem pozytywnym, co najwyżej mogłoby się ono odnosić do reguł. Wydaje się więc, iż samo użycie terminu „prawo pozytywne” (podobnie jak rezygnacja z niego) nie rodzi zobowiązań teoretycznych, ponieważ nie trzeba być pozytywistą prawniczym, aby mówić o prawie pozytywnym. Skoro zatem określenie to ma realny przedmiot odniesienia, to pojęcie prawa pozytywnego nie jest w najmniejszym stopniu konstruktem teoretycznym.

Prawo pozytywne zostało wyniesione do godności prawa w ogóle zwłaszcza przez Hegla. Dla tego filozofa „prawo jest w ogóle pozytywne dzięki formie polegającej na tym, że jest prawem obowiązującym w jakimś państwie i ta jego ustawowa ważność stanowi zasadę jego poznania” (Hegel 1969, 25). Co do treści ustawa odpowiada charakterowi narodowemu w jego historycznym rozwoju, a jej zasadą jest realizacja wolności. Ustawa nadaje prawu określoność nie tylko przez formę, jako wypowiedziana przez ustawodawstwo reguła postępowania, ale przede wszystkim przez „poznanie treści w jej określonej ogólności”, co jest efektem myślenia (tamże, 207).

pozytywność jest ważnym pojęciem w filozofii Hegla, przechodzącym swoistą ewolucję, początkowo odnoszącym się do religii i moralności, a następnie

do wszelkich instytucji społecznych. We wcześniejszych pismach pozytywność jest pojęciem krytycznym, tak jak pozytywność religii, która oznaczała niezależność od podmiotu – jako nie wytworzoną przez niego, ale połączoną z żądaniem uznania jej przez podmiot za wiążącą dla siebie. Oznaczała zatem przekreślenie moralnej autonomii podmiotu (Lukács 2014, 59). W ten sposób prawa moralne wynikające z religii są obce, martwe, dane, podczas gdy według Hegla do istoty wszelkiego etycznego prawa należy to, aby podmiot moralny sam w nim był prawodawczy (tamże, 66). Podobny sens ma pozytywność ustroju politycznego, która dla Hegla jest równoznaczna z „bezkrytyczną czcią dla instytucji z samej racji ich istnienia i trwałości, nawet jeśli już nie przynoszą żadnego pożytku” (Avineri 2009, 78).

Pozytywność prawa najogólniej oznacza w heglowskiej analizie jego określoność, jednak różnica w stosunku do określoności na przykład ustroju politycznego wynika ze źródła. Określoność prawa pozytywnego osiągnięta jest w aspekcie formalnym poprzez tekstowość ustawy mającej przymiot obowiązywania i w aspekcie treściowym poprzez rozumną wolę ustawodawcy wyrażoną w pojęciach ogólnych. Pozytywność prawa oparta na rozumności i etyczności, a nie historycznej trwałości, nie ma już krytycznego sensu. Zaświadczać ma o tym system filozoficzny Hegla, w którym rozumność i etyczność przejawia się w rzeczywistym prawie. Przemoc i tyrania nie jest naturą prawa pozytywnego, ale może być przypadkowo elementem prawa pozytywnego (Hegel 1969, 25).

3. Hegłowska teoria prawa pozytywnego – w wyższym stopniu niż filozofia pozytywistyczna – wpłynęła na ukształtowanie filozoficznych ram, w których mógł powstać pozytywizm prawniczy. Pogląd, że prawem w ogólności jest prawo obowiązujące tu i teraz był wynikiem procesu, w którym istotnym punktem była XIX-wieczna debata związana z pracami nad niemieckim kodeksem cywilnym. Jedynym z wątków tej debaty było określenie przedmiotu nauki prawa, który jednocześnie spełniałby wymagania naukowości i nie czynił nauki prawa odosobnioną od praktyki prawniczej (Sandström 2005, 137). Decydującą rolę w rozwiązaniu tej kwestii odegrała niemiecka szkoła historyczna, natomiast pozytywizm prawniczy przyjął jej stanowisko (tamże, 136–137). Nastąpiło to jednak z przesunięciem tez metodologicznych w nowy kontekst. Z perspektywy szkoły historycznej prawo, jako przedmiot badań historycznych, wyrażało ducha narodu, cechowało się jakąś materialną spójnością wynikającą z zakorzenienia w zwyczaju, natomiast pozytywistyczne podejście sformułowało podstawy dla politycznego myślenia o prawie kształtowanym w sposób nieskrępowany jakąkolwiek zewnętrżnością.

W duchu epoki XIX-wieczna doktryna prawna pragnęła stać się nauką empiryczną. Była przy tym świadoma tego, że różni się od innych nauk, ponieważ poszukiwanie cech empirycznych przedmiotu nauki prawa stwarza problem. Rozwiązano go w ten sposób, że poza zainteresowaniem nauki prawa muszą znaleźć się normy, których nie można umiejscowić w czasie i przestrzeni, a więc normy

moralne czy religijne. Przyjęto również, że nauka prawa pozytywnego musi odróżniać się od historii prawa i filozoficznych rozważań nad ideałami prawa, w szczególności prawa naturalnego. W efekcie nauka prawa powinna cechować się przedmiotową odrębnością. Zdaniem Friedricha J. Stahla między prawnikami, w szczególności sędziami, istnieje niewypowiedziane porozumienie, że tylko „prawo obowiązujące”, tj. wynikające z określonego źródła lub źródeł, jest prawem pozytywnym w ścisłym tego słowa znaczeniu. Ograniczony zasięg prawniczych poszukiwań prawa charakterystyczny dla prawniczej praktyki jest, według autora, jednocześnie rozwiązaniem epistemologicznego problemu jurysprudencji (tamże, 137).

Stanowisko pozytywistów miało charakter bardziej praktyczny niż teoretyczny, co oznacza, iż traktowali oni „prawo obowiązujące” jako rodzaj praktycznie użytecznej fikcji. Pomimo świadomości charakteryzującej prawników z tego kręgu, że prawo jest zjawiskiem historycznym i społecznym, uznali oni prawo pozytywne za satysfakcjonującą konstrukcję przedmiotu nauki. Widziano w tym korzystne skutki, ponieważ nauka prawa mogła być moralnie i politycznie neutralna. Zasadniczy program nauki prawa obejmował systematyzację prawa obowiązującego, tak aby „czas został stłumiony przez system, badany samodzielnie”, jak faktyczny obiekt (Peterson 2005, 124).

4. Pewne właściwości prawa pozytywnego są dostrzegane tylko wskutek przyjęcia określonego kontekstu teoretycznego. Teoretycznie nie jest neutralne objaśnianie pojęcia prawa pozytywnego w opozycji do różnych koncepcji prawa naturalnego, które to odniesienie jest historycznie najbardziej oczywistym. W pozytywizmie prawniczym pozytywność tekstu prawa ma gwarantować niezależność prawa od jakichkolwiek innych porządków normatywnych, w szczególności moralności. Podkreśla się również pewność zastosowań prawa pozytywnego, mającą wynikać z generalności norm wyrażonych w terminach ogólnych.

Jednocześnie ważną cechą prawa pozytywnego jest jego zmienność. Określoność prawa pozytywnego jest podstawą jego zmienności, gdyż zmiana prawa może być wyraźnie zaznaczona tylko w odniesieniu do prawa rozumianego jako konkretny tekst. Zmienność prawa pozytywnego wskazuje się jako cechę prawodawstwa w schematycznym odróżnieniu prawa i prawodawstwa. W tym schemacie prawo to zbiór abstrakcyjnych zasad sprawiedliwości, pełniący funkcję spoiwa określonej społeczności. Zasady te w odczuciu społeczności są niezienne. Prawo pozytywne stanowi natomiast pochodną władzy politycznej, tj. zdolności podmiotu do tworzenia i wprowadzania w życie nowych reguł wyłącznie na mocy takiej czy innej kombinacji siły i autorytetu (Fukuyama 2012, 280). Zerwanie z absolutnymi, niezmiennymi normami pociąga za sobą konieczność zgody na zmienność i nietrwałość, które budzą wątpliwości co do skuteczności takiego prawa. Warto wspomnieć, że według socjologicznej teorii prawa Niklasa Luhmanna trwałość i skuteczność prawa opiera się na zasadzie zmienności – jeżeli coś może

być zmienione, to jest to podstawa wszelkiej stabilności i przez to skuteczności. W konkretnej sytuacji prawo powinno znaleźć sposób rozwiązania problemów powstałych w zmiennym świecie społecznym. Tym, co podnosi jego skuteczność jest refleksyjność, która w kontekście teorii Luhmanna oznacza pozytywność prawa (Kostyło 2001, 130–131).

Prawo pozytywne podlegające zasadzie zmienności staje się w prawnopozytywistycznym myśleniu medium zarządzania. Poszerza to kontekst, w którym redukcja prawa do prawa pozytywnego jest przedmiotem krytyki. Nie pochodzi ona wyłącznie ze strony koncepcji prawa naturalnego, które same ulegają modyfikacji. W dobie umacniania się pozytywizmu prawniczego „prawo naturalne” nie oznaczało tylko zbioru odwiecznych i niezmiennych praw, lecz fundamentalne pojęcie prawa, do którego pojęcie prawa pozytywnego powinno być odnoszone. Odróżnienie prawa i prawodawstwa, o którym wyżej była mowa – niezakładające wyłącznie prawnonaturalnej opozycji wobec prawa pozytywnego – jest lapidarnym i paradoksalnym w warstwie słownej sposobem zaznaczenia, że pojęciowo prawo pozytywne to rodzaj prawa, ale rzeczowo to coś innego. Nazwa „prawo pozytywne” niejako obiecuje pewne właściwości swojego desygnatu, jakie przysługują prawu, choć może tej obietnicy nie spełniać.

Według Carla Schmitta – który w początkowym okresie twórczości (*Der Welt des Staates und der Bedeutung des Einzelnen*, 1914) zawsze deklarował brak przynależności do prawnonaturalnego stronnictwa – sfera prawa nie wyczerpuje się w obszarze pozytywnego, rzeczywiście obowiązującego prawa. Autor umieszcza prawo pozytywne po stronie tego, co faktyczne, podczas gdy prawo jest idealne, przez co należy rozumieć, iż stanowi absolutny cel sam w sobie, nigdy zaś środek do realizacji innych celów. Bez tego rozróżnienia, bez uznania niezależności i samoograniczenia dziedziny prawa, nie byłoby miejsca dla „prawnej argumentacji w jej prawowitości (*Richtigkeit*)”, a jedynie dla „woli państwa w jej konkretnej faktyczności” (Ananiadis 2011, 167)¹.

5. Filozofia prawa Hegla nie problematyzuje kwestii zastosowania prawa pozytywnego. Prawo jest zawarte w pojęciach ogólnych w taki sposób, że zastosowanie prawa do szczegółowych przypadków „nie jest już myśleniem spekulatywnym i rozwijaniem pojęcia, lecz dokonywaną przez rozsądek subsumcją” (Hegel 1969, 26). Dla pozytywizmu prawniczego zasadnicze ograniczenie źródeł prawa do prawodawstwa powodowało, że stosowanie prawa opierało się na określonym zestawie reguł i było przewidywalne (Peterson 2005, 121–122). Tymczasem dla współczesnej filozofii prawa jest to zagadnienie złożone.

Badania nad zastosowaniem prawa pozytywnego wskazują na dodatkową potrzebę zakwestionowania redukcji prawa do prawa pozytywnego. Powodem jest to, że reguły prawne zawarte w przepisach aktów normatywnych nie determinują

¹ Cytaty pochodzą z wymienionej pracy C. Schmitta, do której odnosi się G. Ananiadis.

decyzji sądowych, albo jeśli je wyznaczają, to można odmówić im racjonalności i słuszności, nawet wówczas, gdy ogólnej regule prawa pozytywnego nie można tego zarzucić. Przyczyna takiego stanu rzeczy może zatem leżeć zarówno po stronie prawa pozytywnego, jak i po stronie życia, którego zaskakujące przypadki mogą nie być przewidziane w regułach prawa pozytywnego. Samo rozważanie przyczyn odrzucenia tożsamości prawa i prawa pozytywnego oraz zauważenie wśród nich problemów z zastosowaniem tego drugiego jest już źródłem różnorodności prawniczej refleksji filozoficznej. Prawo pozytywne nie wyznacza jednoznacznie sposobu zastosowania reguły prawnej, albo – inaczej mówiąc – pozytywność tekstu prawa nie determinuje pozytywności treści prawa wyrażonego w rozstrzygnięciu. Kosztem generalności prawa pozytywnego możliwe są decyzje sądowe, których zgodności z regułą nie będzie można stwierdzić jednoznacznie, albo nie można jej stwierdzić bez założenia jakiejś normatywnej teorii wykładni. Oznacza to, że niektóre rozstrzygnięcia mogą być uznane za odbiegające od litery prawa pozytywnego. Należy odróżnić dwa aspekty, w których prawo pozytywne nie determinuje decyzji sądowych. Pierwszy dotyczy treści woli prawodawcy, która w konkretnym przypadku zastosowania prawa pozytywnego wchodzi w konflikt z innymi powinnościami niż prawne, w szczególności moralnymi. Trudno zakładać, iż „wola prawodawcy” w każdym przypadku domaga się ich odrzucenia, z drugiej jednak strony, zgodnie z pojęciem prawa pozytywnego, jego system normatywny odnosi się jedynie do siebie, a nie do normatywności zewnętrznych, chyba że sam na to wskazuje.

Podobny problem może powstać, gdy prawodawstwo odczytywane jest zgodnie z pojęciem prawa i przez to pewne wypowiedziane w prawie pozytywnym skutki określonych stanów rzeczy zostaną odrzucone przez sędziego, a inne – mimo braku ich wskazania – zostaną uznane. Względem abstrakcyjne pojęcie prawa może więc stanowić jeden z powodów braku zdeterminowania zastosowania prawa pozytywnego. Ów brak zdeterminowania może powstać również na tle bezpośredniego zastosowania ustawy konstytucyjnej lub zastosowania (lub niezastosowania) wyroków trybunałów stwierdzających o zgodności ustaw zwykłych z ustawą konstytucyjną. Na tym tle wydaje się trafna uwaga Fukuyamy, że odpowiednikiem różnicy pomiędzy prawem i prawodawstwem jest współcześnie różnica między ustawą konstytucyjną i ustawą zwykłą (Fukuyama 2012, 280).

Drugi aspekt dotyczy właściwości tekstu prawa pozytywnego, który – zawierając generalne reguły prawne – nie zawsze daje odpowiedź na pytanie o prawidłowe zastosowanie w konkretnym przypadku. Biorąc pod uwagę oba te aspekty, zastosowanie prawa pozytywnego zawiera ryzyko zarzutu braku podstawy normatywnej decyzji sądowej. Jednak pomimo tego mankamentu, ze względu na instytucjonalną rolę orzekania takie rozstrzygnięcia sądowe są przypadkami zastosowania prawa pozytywnego. Podnosząc rozmaite zależności pomiędzy prawem pozytywnym a takimi rozstrzygnięciami, w szczególności zaś ich wpływ na rozumienie i interpretację prawa pozytywnego, są one uznawane za element

prawa rozumianego już inaczej niż prawo pozytywne. Rozwiązanie problemu pochodzenia wzorów normatywnych, stanowiących dopełnienie lub źródło modyfikacji norm prawa pozytywnego, jest kwestią różnicującą stanowiska filozoficzno-prawne.

6. Redukcja prawa do prawodawstwa stanowi obiekt krytyki z dwóch stron: nie daje praktycznej pewności, czyli przewidywalności sądowych rozstrzygnięć, pomimo pewnej obietnicy tego zawartej w pojęciu prawa pozytywnego, i nie zapewnia ich słuszności. Stąd pojawiła się potrzeba zmiany perspektywy patrzenia na prawo pozytywne, przez co nabiera znaczenia punkt widzenia sędziego. Główną osią tej zmiany jest teza, że o identyfikacji prawa musi decydować treść norm, a nie tylko kwestie formalne dotyczące ich pochodzenia. Jest to, jak wiadomo, główny wątek debaty prowadzonej między Herbertem L. A. Hartem i Ronaldem Dworkinem. Problemem staje się pytanie, w jaki sposób rozstrzygnięcia treściowo akceptowalne, lecz nie „wynikające” z przepisów prawnych, uznawane są za prawne. Odpowiedź odwołująca się do uwarunkowań instytucjonalnych, konieczności i ostateczności rozstrzygnięć wydaje się niewystarczająca.

Wewnątrz pozytywizmu prawniczego problem ten dyskutowany jest m.in. w ramach sporu o sposób rozumienia reguły uznania, w szczególności o to, czy uwzględnia ona zawartość treściową norm. Koncepcja reguły uznania, której autorem jest Hart, głosi, że o uznaniu norm za prawo decyduje zgodna praktyka urzędników, przede wszystkim sędziów. Hart zaznacza, iż reguła uznania nie jest powołana do rozstrzygnięcia problemu identyfikacji reguły prawnej w konkretnej sprawie, „tak że każdy problem prawny pojawiający się przy takiej okazji może być prosto rozwiązany wyłącznie poprzez odwołanie się do kryteriów lub sprawdzianów zawartych w regule uznania”, bowiem „funkcja reguły uznania polega na określeniu jedynie ogólnych warunków, które muszą spełniać poprawne decyzje prawne w ramach współczesnych systemów prawa” (Hart 1998, 345). Reguła uznania odnosi się do praktyki ustalonej, w jakiś sposób trwałej i akceptowanej, a nie do każdej praktyki².

Można zauważyć, że podobną funkcję w identyfikacji prawa pełni mechanizm instytucjonalnego potwierdzenia, za pomocą którego Dworkin wyjaśnia wprowadzanie do systemu prawa zasad, tj. norm prawnych uznawanych ze względu na ważność ich treści, a nie pochodzenie. Instytucjonalne potwierdzenie polega na przywoływaniu wcześniejszych spraw, w trakcie których zasada była cytowana lub stała się przedmiotem sporu, a także odwoływaniu się do ustaw, w których znajduje ona konkretyzację. Im więcej takich potwierdzeń udaje się uzyskać, tym większą wagę można przypisać zasadzie. Według Dworkina jeśli nie dysponowalibyśmy żadnym sprawdzianem, „jaki stopień i rodzaj instytucjonalnego potwierdzenia

² Szerzej na ten temat: Leszczyński 2010, 209 i n.

konieczny jest do uczynienia z zasady – zasady prawnej, to możliwość ustalenia jej relatywnej wagi byłaby znacznie mniejsza” (Dworkin 1998, 88).

Określoność prawa ma więc znaczenie nie tylko dla pozytywistów, jednak ma być ona osiądana na innym poziomie niż prawo pozytywne; można mówić o pewnym poszerzeniu pola pozytywności i jego wewnętrznym zróżnicowaniu. Określoność (pozytywność) jest czymś innym, gdy myślimy o ustawie, przepisach prawnych, i czymś innym, gdy myślimy o normach prawnych, do których odwołują się sędziowie. Z teoretycznego punktu widzenia można mówić o dwóch poziomach określoności (pozytywności) prawa: określoności tekstu prawa i określoności treści prawa. Ponieważ są one osiąmane różnymi środkami, odpowiadającymi dwóm sferom działania państwa, to są oceniane z punktu widzenia właściwości tych działań. Sposób uzgodnienia relacji pomiędzy tymi poziomami pozytywności prawa nie jest już sprawą wyłącznie prawniczej refleksji – jest bowiem kwestią praktycznego, a także politycznego wyboru.

7. Trzeba zauważyć, że w teoretycznym czy filozoficznym myśleniu o prawie obecne są dwa aspekty: poznawczy i praktyczny. Pomińmy bardziej wnikliwe rozważania na temat tego, czym różni się przedmiot filozofii prawa i teorii prawa. Wystarczy przyjąć ogólne rozróżnienie polegające na tym, iż teoria prawa jest częścią doktryny prawniczej, która wyznacza standardy praktycznej poprawności prawniczych działań, jak również stara się zapewnić spójność tym działaniom, określając ich sens nie tylko w pojęciach dotyczących prawa pozytywnego, lecz także w jakiejś ogólniejszej wizji prawa. Stąd granica pomiędzy nią a filozofią prawa staje się niewyraźna. Jednak jej wytyczenie jest bardzo ważne praktycznie, aby móc stwierdzić, czy dany pogląd filozoficzno-prawny może funkcjonować w praktycznym dyskursie prawniczym jako argument za określonymi ustaleniami co do treści prawa i jego zastosowania. Argument filozoficzny nie powinien tego testu przechodzić, ponieważ wówczas należałoby uznać, że treść prawa jest zależna od przyjęcia określonej postawy filozoficznej, do czego strony sporu sądowego nie mogą być zobowiązane (Zirk-Sadowski 2000, 150–151). Doskonale wiemy jednak, iż wiele prawniczych twierdzeń odnoszących się do prawa może mieć ugruntowanie jedynie przy przyjęciu określonych założeń, których natura nie jest prawnicza. Stąd teoretyczny wysiłek, aby rozstrzygnięcia fundamentalne dla legitymizacji porządku prawnego były problematyzowane jako filozoficzne w bardzo ograniczonym zakresie, a najlepiej w ogóle nie były w ten sposób przedstawiane.

Nastawienia poznawcze i praktyczne ogólnej refleksji nad prawem skierowane są więc w jakiejś istotnej części w przeciwnych kierunkach. Poglądy filozoficzne przedostają się do doktryny prawniczej przez teorię prawa – inaczej mają szansę zaistnieć w praktycznym dyskursie prawniczym jako filozoficzne przekonania ekscentrycznych prawników, ale tą drogą raczej się w nim nie mogą zadomowić. Pozytywizm prawniczy jest przypadkiem szczególnym przez to, że jego praktyczne nastawienie wyraźnie przeważa nad zainteresowaniami poznawczymi,

sprawując w ten sposób funkcję legitymizacyjną dla porządku prawnego. Dlatego postawa pozytywistyczna wydaje się w pewien sposób „naturalna” dla prawnika działającego w ramach tego porządku, na który składają się „realne” elementy, a nie filozoficzne abstrakcje; nie tylko prawo pozytywne, lecz także cały układ władzy i organów państwa.

Uzasadnienia prawa pozytywnego w pozytywizmie prawniczym pochodzą jakby wprost z filozofii politycznej, co powoduje, że badanie pojęcia prawa pozytywnego nie może abstrahować od władzy politycznej, suwerenności etc. (Beckrycht 2015, 131). Co więcej, formalne pojęcie prawa jako ustawy może być uznawane za z istoty polityczne (Schmitt 2015, 29). Podawanie racji politycznych na pozór doznaje podobnych ograniczeń, co te dotyczące argumentów filozoficznych. Racje takie na ogół nie są podawane przed sądami z powodu deklaratywnego oddzielenia prawa i polityki. Jednak konsekwencje płynące z uznania prawa pozytywnego za prawo w ogólności prowadzą do wniosku, iż wysunięcie argumentu z prawa pozytywnego przeciwko roszczeniom odwołującym się do prawa rozumianego abstrakcyjnie powinno być uznane za rację polityczną.

8. Mając na uwadze odróżnienie pozytywności przepisów prawnych i norm prawnych, można sądzić, że każde państwo jest w jakimś stopniu państwem prawodawczym i państwem jurysdykcyjnym w sensie, jaki tym określeniom przypisuje Schmitt. Autor, wyróżniając wspomniane typy państw (oraz jeszcze państwo rządowe i administracyjne), wskazuje na powody polityczne sprawiające, że chociaż konkretne ustroje zawsze są mieszaniną wyróżnionych typów, to jeden z nich uzyskuje przewagę ze względu na konkretną sytuację sprawowania władzy w państwie. Z punktu widzenia jego analiz wydawałoby się możliwe zupełne podporządkowanie judykatury rządowi prawodawstwa. Historia filozoficzno-prawnego dyskursu, na którym opierają się wysunięte wyżej tezy o dwóch poziomach pozytywności prawa, zdają się przeczyć takiej możliwości. Nie oznacza to jednak stałego prymatu konstrukcji państwa jurysdykcyjnego nad prawodawczym.

Dostrzeżenie problemów związanych z zastosowaniem prawa pozytywnego, których rozwiązanie prowadzi do pozytywizacji treści prawa na poziomie jego zastosowania to kwestia poznawcza. Kwestią praktyczną (w sensie politycznym) jest przyznanie w dyskursie prawniczym, że zjawisko takie ma miejsce lub zaprzeczanie temu. W sferze interesu politycznego leży kształtowanie przekonań w tej kwestii, gdyż ma to znaczenie dla uzasadnienia środków podejmowanych dla zapewnienia skuteczności władzy sprawowanej poprzez tworzenie prawa pozytywnego i rozłożenie odpowiedzialności. Owo kształtowanie przekonań dokonuje się przede wszystkim w sferze języka, za pomocą którego opisywane są działania sędziów. Parafrazując znaną tezę Ludwiga Wittgensteina, można powiedzieć, iż język doktryny prawniczej określa granice prawniczego świata. Sposób ujmowania wykładni, rozumowań prawniczych, obowiązywania etc. stanowi albo afirmację prawa pozytywnego, albo podniesienie roli orzekania.

Na marginesie można zauważyć, że najdalej idącym rozwiązaniem w kierunku państwa jurysdykcyjnego byłoby prawodawstwo samoograniczające swoją moc przez uznanie władzy orzeczniczej. Postulaty takie są czasem wysuwane w Polsce w imię odzwierciedlenia w prawnym unormowaniu rzeczywistego stanu rzeczy. Są one wyrazem przekonania, iż brak takiego unormowania przeczy rzeczywistości i dlatego są szkodliwe. Nie ulga wątpliwości, że zmiana taka, wprowadzona w imię zaakceptowania poznawczych osiągnięć filozofii prawa, byłaby zmianą polityczną.

BIBLIOGRAFIA

- Ananiadis, Grigorias. 2011. „Carl Schmitt i Max Adler: przepaść między polityką a demokracją”. Tł. Maciej Kropiwnicki. W *Wyzwanie polityczności*. Red. Chantal Mouffe. Warszawa: Wydawnictwo Krytyki Politycznej.
- Avineri, Shlomo. 2009. *Hegla teoria nowoczesnego państwa*. Tł. Tomasz Rosiński, Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Bekrycht, Tomasz. 2015. *Transcendentalna filozofia prawa. O zewnętrznym obowiązywaniu i uzasadnieniu istnienia prawa*. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego.
- Dworkin, Ronald. 1998. *Biorąc prawa poważnie*. Tł. Tomasz Kowalski. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Fukuyama, Francis. 2012. *Historia ład politycznego. Od czasów przedludzkich do rewolucji francuskiej*. Tł. Norbert Radomski. Warszawa: Dom Wydawniczy Rebis.
- Hart, Herbert L. A. 1998. *Pojęcie prawa*. Tł. Jan Woleński. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Hegel, Georg W. F. 1969. *Zasady filozofii prawa*. Tł. Adam Landman. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Kostyro, Cezary. 2001. *Funkcjonalna teoria moralności Niklasa Luhmanna*. Kraków: Zakład Wydawniczy Nomos.
- Leszczyński, Jerzy. 2010. *Pozytywizacja prawa w dyskursie dogmatycznym*. Kraków: Universitas.
- Lukács, György. 2014. *Młody Hegel*. Tł. Marek J. Siemek, Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Peterson, Claes. 2005. “The Concept of Legal Dogmatics: From Fiction to Fact”. W *Epistemology and Ontology*. Ed. Zenon Bańkowski. Wiesbaden: Franz Steiner Verlag.
- Sandström, Marie. 2005. “The Concept of Legal Dogmatics Revisited”. W *Epistemology and Ontology*. Ed. Zenon Bańkowski. Wiesbaden: Franz Steiner Verlag.
- Schmitt, Carl. 2015. *Legalność i prawomocność*. Warszawa: Aletheia.
- Zirk-Sadowski, Marek. 2000. *Wprowadzenie do filozofii prawa*. Kraków: Kantor Wydawniczy Zakamycze.

Jerzy Leszczyński

TWO KINDS OF THE POSITIVITY OF LAW

Abstract. Assuming that law should be understood as the positive law exclusively leads to a theoretical problem of how to explain the phenomenon of judicature as something distinct from the positive law. The division between making and applying the law is the reason why the positivity (specificity) of law presents itself differently in those two domains. The positivity of law, as an effect of making the law, is the positivity of law text, whereas the applied law has its positivity in its content. As those two expressions of law positivity are uncomparable, at the same time it allows maintaining a relatively coherent concept of law.

Keywords: concept of law, positivity of law, positive law, judicature.