

dr MACIEJ PICHLAK  
Uniwersytet Wrocławski

## PRAWA CZŁOWIEKA A DIALEKTYKA PRAWA

### 1. Wprowadzenie: dialektyka praw człowieka

Jedną z podstawowych trudności, jakie pojęcie praw człowieka sprawia w myśleniu prawniczemu, bierze się z faktu, że kategoria ta nie ma charakteru czysto prawnego; idea praw człowieka zawiera w sobie immanentną treść pozaprawną. Należy podzielić pogląd Wiktora Osiatyńskiego, gdy stwierdza, że „idea praw człowieka jest bardziej moralnej niż prawnej natury. Chociaż coraz więcej tych praw zyskuje ochronę formalnoprawną, to jednak przede wszystkim odzwierciedlają one ludzkie aspiracje”<sup>1</sup>. Słowa te zdają się nawiązywać przede wszystkim do głośnej tezy Amartyi Sen o prawach człowieka jako „żądaniach etycznych”<sup>2</sup>. Znana jest również krytyka, z jaką ta sama autorka występuje przeciwko tendencjom do zawłaszczaniu pojęcia praw człowieka przez myślenie jurydyczne<sup>3</sup>; jakkolwiek próba redukcji tego pojęcia do języka czysto prawnego skazana jest na niepowodzenie<sup>4</sup>.

Jednocześnie, czego Sen zdaje się nie doceniać, równie błędne byłoby uznanie rozważanego pojęcia za pozbawione waloru prawnego. Prawa człowieka są ideą moralną, jednak nie wyłącza ona tak – stanowią one pełnoprawny element współczesnego porządku prawnego. Prawa człowieka nie tylko ustanawiają standard oceny zachowań prawnie doniosłych, ale w niektórych przypadkach – jako lokujące się w hierarchicznie wyższych normach – wzorzec dla oceny obowiązywania norm niższego rzędu.

Otrzymujemy tym samym paradoksalną sytuację – w obręb porządku prawnego włączony zostaje element o pozaprawnym charakterze. Ten dwoisty status praw człowieka w porządku prawnym nie może pozostawać bez wpływu na sposób ich rozumienia i praktycznego funkcjonowania; wydaje się jednak, że oddziałuje równocześnie na pojmowanie samego tego porządku. Niniejszy tekst podejmuje się prześledzenia tego drugiego wątku, wychodzącego od pytania, w jaki sposób jury-

---

1 W. Osiatyński, *Prawa człowieka i ich granice*, Społeczny Instytut Wydawniczy Znak, Kraków 2011, s. 23.

2 A. Sen, *Elements of a Theory of Human Rights*, „Philosophy and Public Affairs” (32) 2004, s. 319.

3 *Ibidem*, *passim*.

4 Por. na ten temat m.in.: M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska, *Prawa człowieka i systemy ich ochrony. Zarys wykładu*, Wyd. Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2004, s. 19–39; *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, red. M. Chmaj, „Zakamycze”, Kraków 2006, s. 14–33, gdzie przyjmuje się podobne nastawienie.

dyzacja praw człowieka wpływa na postrzeganie prawa. A może bardziej nawet: jaki obraz prawa stanowi konieczną presupozycję wskazanego powyżej, dwoistego sposobu rozumienia praw człowieka. Innymi słowy, chciałbym pokusić się o ustalenie pewnych przynajmniej założeń co do koniecznego sposobu pojmowania prawa, jeśli chcemy – pierwotnie pozaprawną – kategorię praw człowieka z całą powagą traktować jako prawnie doniosłą.

Jak sądzę, ten zakładany sposób postrzegania prawa określić można najtrafniej jako perspektywę dialektyki inności. Używam tu określenia dialektyki w klasycznym rozumieniu, jako przeciwstawienia dwóch elementów, z których żaden nie może być właściwie zrozumiany bez drugiego, jednocześnie jednak żaden z nich nie doprowadza do zniesienia czy unieważnienia drugiego. Oba elementy dialektycznej pary są od siebie wzajemnie zależne, nie mogą być jednak do siebie nawzajem zredukowane. Opozycja „prawne–pozaprawne” może być uznana za typowy przykład takiej dialektycznej relacji. W taki też sposób we współczesnym porządku prawnym te czynniki, które odpowiadają za formalną tożsamość i jedność systemu, przeciwstawione i powiązane zostają z tymi, które tę jedność rozszczepiają.

Ta dialektyka porządku prawnego ma swój wymiar metodyczny, przejawiający się w jej wpływie na stosowanie prawa i rozumowania prawnicze – tj. na mniej lub bardziej rutynową pracę myślową prawników; posiada także wymiar ontologiczny, wpływa bowiem na sposób rozumienia prawa, utrudniając w szczególności jego opis w kategoriach systemowości; ma wreszcie wymiar aksjologiczny, bowiem oddziałuje na sposób rozumienia wymogów praworządności i państwa prawa, posiadających przecież wyraźny sens etyczny.

Samo pojęcie dialektyki inności (czy też dialektyki tego samego i innego) zapożyczone zostaje z filozofii Paula Ricoeura<sup>5</sup>. U francuskiego filozofa pojęcie to należy do płaszczyzny rozważań ontologicznych, precyzyjniej: do „ontologii siebie samego”. Obszar egzystencjalnych dociekań, po którym porusza się Ricoeur, jest dość odległy od przyjętego tutaj pola rozważań nad porządkiem prawnym; powstaje więc pytanie, czy uwagi tego autora mogą być odniesione do podejmowanych tu problemów. Skłonny jestem przyjąć hipotezę, że odpowiedź będzie twierdząca; nie to jednak stanowi przedmiot niniejszego eseju. O ile sądzę, że inspiracja Ricoeurowska mogłaby być owocna także w refleksji nad ontologią prawa, która uwzględniałaby we właściwy sposób odkrytą strukturę dialektyczną tego ostatniego, o tyle w dalszej części tekstu nie czynię do niej bezpośrednich odwołań. Od przywołanego filozofa czerpię raczej inną myśl: ideę „okrężnej”, pośredniej drogi, jako jedyne go możliwego sposobu poświadczenia dialektyki inności<sup>6</sup>. Poświadczenia tego autor *O sobie samym jako innym* poszukuje szczególnie w praktykach językowych, w teorii działania, w warstwie narracyjnej i w refleksji etycznej; tylko taka droga, zdaniem Ricoeura, daje podstawy dla rozstrzygnięć o ontologicznym już charakterze.

Podobna idea przyświeca poniższemu badaniu. Nie jest moim zamiarem bezpośrednie podejmowanie zagadnienia dialektyki inności wraz z jej ontologicznymi

5 Por. P. Ricoeur, *O sobie samym jako innym*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2003.

6 Zob. *ibidem*, s. 30; por. także P. Ricoeur, *Egzystencja i hermeneutyka*, [w:] *Egzystencja i hermeneutyka. Rozprawy o metodzie*, „Pax”, Warszawa 1985, s. 185 i nn.; P. Ricoeur, *Hermeneutyka symboli a refleksja filozoficzna – II*, [w:] *ibidem*, s. 114 i nn.

uwikłaniami w odniesieniu do prawa. Tym, co zamierzam tu dokonać, jest jedynie przebycie pewnego fragmentu owej „okrężnej drogi”, na którym zasadność takiej dialektyki w odniesieniu do prawa zyskałaby poświadczenie. Dokładniej zamierzenie to obejmuje poszukiwanie śladów takiej dialektyki w trzech praktycznie doniosłych miejscach: w treści obowiązującego prawa stanowionego (na poziomie jego normatywnych podstaw, tj. w regulacji konstytucyjnej), w doktrynalnej interpretacji tejże regulacji oraz w teoretycznej refleksji nad prawem. W ramach tej ostatniej wybór pada na tradycję pozytywizmu prawniczego – nie dlatego jakoby przedstawiała ona poszukiwaną tu dialektykę prawa w najbardziej adekwatny sposób, ale raczej przez wzgląd na dwa inne powody. Pierwszy z nich wiąże się – czemu w przeszłości wielokrotnie dawałem wyraz – z praktycznym znaczeniem pozytywizmu jako wciąż dominującego sposobu rozumienia prawa; drugim powodem jest właśnie nieoczywistość występowania pozytywizmu w interesującej nas tu roli adwokata dialektycznej natury prawa.

O ile obecność pewnego dualizmu jest oczywista choćby w prawnonaturalnym myśleniu o prawie, o tyle w przypadku tradycji pozytywizmu jest to zdecydowanie bardziej problematyczne. Szczególnie w kwestii praw człowieka stanowisko pozytywistyczne do dziś wydaje się naznaczone postawą, której dobitnie dał wyraz już w 1792 r. Jeremy Bentham, określając rozważane tu pojęcie mianem „nonsensu na szczytach”<sup>7</sup>. Odnalezienie w obrębie tej tradycji elementów takiego dualizmu tym silniej świadczyć będzie zatem o jego nieodzowności.

## 2. Prawo obowiązujące i jego doktrynalne interpretacje

Wspomnianą na wstępie paradoksalność prawnego statusu praw człowieka w poczynający sposób oddaje polska ustawa zasadnicza, uznając w swoim art. 30 „przyrodzoną i niezbywalną” godność człowieka za „źródło wolności i praw człowieka i obywatela”<sup>8</sup>. Zestawiwszy te słowa z postanowieniami art. 8, wskazującego na samą Konstytucję jako „najwyższe prawo Rzeczypospolitej Polskiej”, oraz art. 89, wyliczającego formalne źródła obowiązywania prawa, łatwo o wrażenie swoistej „dwujęzyczności” charakteryzującej ustawę zasadniczą. Przy pozytywistycznie, formalnie rozumianym pojęciu źródeł prawa w Konstytucji treść art. 30 tkwi w niej niczym ościąg, wywołując kłopoty interpretacyjne<sup>9</sup>. Teoretyczne propozycje rozwikłania tych trudności (o których za chwilę), jako wtórne wobec oczywistego problemu interpretacyjnego, raczej eksponują ten ostatni, niż go znoszą. Doświadczenie tego problemu, jakie staje się udziałem uważnego czytelnika postanowień Konstytucji, trafnie poświadcza wskazany wyżej, problematyczny status samego pojęcia praw człowieka.

W przedmiocie wysiłków interpretacyjnych, jakie nad art. 30 ustawy zasadniczej podejmuje nauka prawa konstytucyjnego, wskazać warto na trzy wzorcowe niejako

7 Dosl. „nonsense upon stilts”, co w mniej dokładnym tłumaczeniu oddać by można jako „bzdure do potęgi”. Zob. J. Bentham, *Anarchical Fallacies; Being an Examination of the Declarations of Rights Issued During the French Revolution*, [w:] *The Works of Jeremy Bentham*, t. 2, red. J. Bowring, William Tait, Edinburgh 1843, s. 501.

8 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. Nr 78, poz. 483.

9 O trudnościach tych wspomina np. K. Działocha, [w:] *Wolności i prawa jednostki w Konstytucji RP*, t. 1, red. M. Jabłoński, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 16–18.

propozycje teoretyczne, z których pierwsza dąży do usunięcia powstałej dialektyki, druga zaś do jej pełnej ekspozycji; stanowisko trzecie uznać można za próbę znalezienia wyjścia pośredniego.

Reprezentantem pierwszego stanowiska jest Piotr Winczorek, skłonny uznawać cytowany przepis jedynie za „minipreambułę do rozdziału II ustawy zasadniczej”<sup>10</sup>. Oczywiście konsekwencją takiej propozycji staje się zanegowanie samodzielnego normatywnego charakteru art. 30. Ostrze dialektyki zostaje z organizmu prawa sprawnie usunięte, pytanie jednak, za jaką cenę? Interpretacja Konstytucji autorstwa Winczorka ma jednoznacznie twórczy charakter, jednak w pejoratywnym znaczeniu tego terminu. Mamy tu bowiem do czynienia z niebezpiecznym woluntaryzmem interpretacyjnym; przyznanie nauce prawa kompetencji do arbitralnego uznawania poszczególnych postanowień Konstytucji za pozbawione samoistnego normatywnego znaczenia (czy choćby za „słabiej” wiążące) z pewnością nie służy ani prestiżowi, ani faktycznej roli ustawy zasadniczej. Wątpliwe, aby taka była intencja autora, nie zmienia to jednak rzeczywistych skutków, jakie rodziłaby akceptacja jego propozycji.

W zgoła odwrotnym kierunku zmierza Leszek Garlicki, przyjmując mocną, prawnonaturalną interpretację postanowień Konstytucji w tym zakresie. Zdaniem autora, „art. 30 wskazuje najpierw [...] rangę zasady godności jako – z jednej strony – łącznika pomiędzy prawem naturalnym a prawem stanowionym, a z drugiej – jako aksjologicznej podstawy i przesłanki całego porządku konstytucyjnego”<sup>11</sup>. Dalej autor podkreśla jeszcze silniej ten szczególny, dwoisty charakter postanowień art. 30, który zawierać ma zarówno elementy czysto formalne (wyznaczenie systemu i zakresu szczegółowych praw i wolności jednostki, sformułowanie podmiotowego prawa jednostki o odrębnej treści prawnej), jak i „otwarcie konstytucji, jako aktu prawa pozytywnego, na zewnętrzny (i nadrzędny) porządek prawnonaturalny”<sup>12</sup>. W ten sposób potwierdzeniu podlega dialektyczna natura samego tekstu Konstytucji. Zarazem jednak to bezpośrednie nawiązanie do tradycji prawa natury stanowi najbardziej problematyczny punkt proponowanego przez Garlickiego odczytania Konstytucji. Interpretacja ta jest mocna w tym sensie, że wymaga dla jej przyjęcia uprzedniej akceptacji jej iusnaturalistycznych założeń; w obliczu sporów wokół idei prawa natury jej wpływ pozostawać będzie zatem dość ograniczony.

Na szersze uznanie może w tym kontekście liczyć ostatnie z przywoływanych tu odczytań ustawy zasadniczej, zaproponowane swego czasu przez Kazimierza Działoche, jako że nie opiera się ono na równie jednoznacznych rozstrzygnięciach światopoglądowych czy filozoficznych. Jak sugerowałem, uznać je można za swoistą formę „drogi pośredniej” pomiędzy wskazanymi wyżej, skrajnymi stanowiskami. Autor uznaje wprawdzie *sensu stricto* prawny charakter postanowień art. 30; przypisuje mu jednocześnie ograniczone znaczenie wyznaczania jedynie aksjologicznej, w przeciwieństwie do walidacyjnej podstawy praw i wolności<sup>13</sup>. Tym sposobem oca-

10 P. Winczorek, *Kilka uwag o konstytucjonalizacji „źródeł prawa” w akcie z 2 kwietnia 1997 roku*, [w:] *Zmiany społeczne a zmiany w prawie. Aksjologia, konstytucja, integracja europejska*, red. L. Leszczyński, Wyd. UMCS, Lublin 1999, s. 33.

11 L. Garlicki, *Art. 30*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2003, s. 1.

12 Zob. *ibidem*, s. 9.

13 Zob. zvl.: K. Działocha, *O znaczeniu sporu w sprawie konstytucyjnej koncepcji prawa w Komisji*

lona zostaje formalna jedność konstytucyjnego systemu źródeł prawa. Znamienne jednak, że powyższy zabieg interpretacyjny nie skutkuje zniesieniem dialektycznej struktury prawa. Dialektyka zostaje tu zachowana, ulegając przeniesieniu na inny poziom; jej czytelnymi elementami stają się przywołane dwa typy podstawy konstytucyjnych praw: walidacyjna z jednej, zaś aksjologiczna z drugiej strony. Ponieważ te dwa typy ugruntowań wykazują znaczne podobieństwo do klasycznego, dokonanego swego czasu przez Hansa Kelsena, rozróżnienia na dynamiczną i statyczną więź między normami, należy przypomnieć, że austriacki teoretyk odrzucał możliwość ich współwystępowania w systemie prawnym, obawiając się wprowadzenia w ten sposób niemożliwego do zaakceptowania dualizmu systemu.

Zabiegi interpretacyjne Działochy wydają się próbą uzgodnienia treści art. 30 Konstytucji, wraz z pełnym uznaniem jego normatywnych konsekwencji, z tradycyjnym pozytywistycznym sposobem konceptualizacji rzeczywistości prawnej. Jeśli tak jest, widać na tym przykładzie, że uznanie dialektycznej wymowy regulacji konstytucyjnej wcale niekoniecznie wiązać się musi z przyjęciem perspektywy prawnonaturalnej. W istocie jest to możliwe nawet w obrębie samego pozytywizmu. Następna część tekstu ma za zadanie bliższe zbadanie tego kierunku pod interesującym nas tu kątem. Badanie to wychodzić będzie od ustaleń przywołanego powyżej Kelsena, zmierzając w kierunku bardziej współczesnych wersji prawniczego pozytywizmu.

### 3. Tradycja pozytywizmu: Hans Kelsen

Następujące rozważania mają za zadanie ukazać miejsce dialektyki inności w projektach teoretycznych mieszczących się w tradycji pozytywistycznej. Najpierw sygnalizuję te kwestie w odniesieniu do dwóch najważniejszych dwudziestowiecznych przedstawicieli tej tradycji – Hansa Kelsena i Herberta Harta, by następnie omówić mniej znaną, współczesną odmianę tej teorii, autorstwa fińskiego filozofa prawa Kaarlo Tuoriego. Jak będziemy mogli przy okazji zaobserwować, relacja pomiędzy poglądami tych trzech autorów jest tego rodzaju, że każdy kolejny ujmuje eksplikacyjnie te kwestie, które w poprzednim projekcie pozostawały w cieniu, stanowiąc niestematyzowaną konsekwencję i zarazem granicę rozważań w nim zawartych.

Nic z pozoru nie jest Kelsenowi bardziej obce niż myśl, że prawo mogłoby być opisane w kategoriach dialektyki tożsamego i innego. Stąd też znaczenie tej dialektyki dla czystej teorii prawa ujawnia się najpierw na sposób negatywny – poprzez paradoksy, w które przedsięwzięcie to wikła się w swym dążeniu do usunięcia wszelkich elementów mogących do ustanowienia takiej dialektycznej relacji prowadzić. Projekt czystej teorii prawa można rozumieć bowiem właśnie jako konsekwentną próbę oczyszczania pojęcia prawa z kolejnych zewnętrznych elementów, mogących wprowadzać niepożądany dualizm do jego opisu. Wedle słów samego Kelsena:

Gdy teorię [...] określam jako „czystą” teorię prawa, to czynię to dlatego, że teoria ta zawiera rozważania skierowane tylko ku poznaniu prawa jako takiego i że z tego powodu stara

---

*Konstytucyjnej ZN, „Przegląd Prawa i Administracji” (50) 2002, s. 93 i nn.; K. Działocha, Konstytucyjna koncepcja prawa i jego źródeł w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, [w:] Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, red. M. Zubik, Biuro Trybunału Konstytucyjnego, Warszawa 2006, passim.*

się z rozpoznania tego wyłączyć wszystko, co nie należy ściśle do przedmiotu jej badań, t.j. do prawa. Założenie to oznacza zatem, że „czysta” teoria prawa dąży do zupełnego usunięcia z nauki prawa obcych tej nauce elementów<sup>14</sup>.

Widać w tych słowach to samo dążenie, które przebiega też przez tytuł o kilkadziesiąt lat wcześniejszej pracy Johna Austina *The Province of Jurisprudence Determined* (Określenie dziedziny prawoznawstwa). Dążenie, które najprościej daje się ująć tymi słowami: jeśli prawoznawstwo ma stanowić odrębną, samodzielną naukę, oznaczenia wymaga jego dziedzina przedmiotowa, jego własny obiekt badań, który byłby wolny od obcych domieszek. Tym wyodrębnionym przedmiotem miałyby być prawo, musi być ono zatem możliwe do pojęcia bez pośrednictwa kategorii myślowych spoza prawoznawstwa – socjologii, nauki o moralności, teorii polityki itd. Niektórzy, na przykład Joseph Raz, w podejściu takim, wedle którego charakterystyka przedmiotu poznania podporządkowana zostaje uprzednio zdefiniowanemu poznawczym standardom naukowości, upatrywali logicznego i metodologicznego błędu<sup>15</sup>. Faktem jest jednak, że dążenie do uczynienia prawoznawstwa nauką *par excellence* było znakiem rozpoznawczym tamtej epoki; z tego punktu widzenia zarzut Raza ma w sobie coś z anachronizmu.

Poza pojęcie prawa zostają więc wyłączone przez Kelsena kolejno m.in. kategorie słuszności czy sprawiedliwości (CTP par. 8–9), zachowania ludzkie jako materialny substrat norm prawnych (CTP par. 2–5), czy też związki przyczynowo-skutkowe, jakich można by się dopatrywać pomiędzy spełnieniem hipotezy a dyspozycji normy (CTP par. 11). Wiedeński teoretyk w swoich próbach oczyszczenia nauki prawa z wszelkiej dwoistości jest na tyle radykalny, że odrzuca nawet takie podziały, jak państwo–prawo (CTP par. 47–50), prawo publiczne–prawo prywatne (CTP par. 45–46), prawo przedmiotowe–prawo podmiotowe oraz podmiot prawny–prawo (CTP par. 18–21).

Już to wystarczyłoby, aby ukazać paradoksalność oryginalnego zamiaru czystej teorii prawa, skutkującego ustanowieniem systemu prawa doskonale spójnym, ale i idealnie wyjałowionym z wszelkich treści umożliwiających jego operacjonalizację<sup>16</sup>. Jałowość systemu prawa w ujęciu Kelsena uwidacznia się jednak chyba najwyraźniej

---

14 H. Kelsen, *Czysta teoria prawa*, „Gazeta Administracji i Policji Państwowej” (7–11) 1934, par. 1 (dalej: CTP). Korzystam tu głównie z polskiego tłumaczenia pierwszego wydania *Reine Rechtslehre* z tego samego roku (1934), jako że zawiera ono wystarczająco dla potrzeb niniejszego opracowania wyłożone podstawowe założenia metodologiczne teorii Kelsena. Jak stwierdzają Paulson i Litschewski-Paulson w przedmowie do jego angielskiej edycji, jest to najważniejszy tekst tego okresu w twórczości Kelsena, w którym rozwija on czystą teorię prawa w jej najbardziej charakterystycznej postaci (B. Litschewski-Paulson, S.L. Paulson, *Translators' Preface*, [w:] H. Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford–New York 1992, s. v). Drugie, znacznie poszerzone wydanie przywołanego dzieła z 1960 r. uznać należy z tego punktu widzenia za bardziej eklektyczne. Korzystam jednak również z angielskiego przekładu tego drugiego wydania – por. H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, Clark, Lawbook Exchange, New York 2009.

15 J. Raz, *The Purity of the Pure Theory*, [w:] *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, red. S.L. Paulson, B. Litschewski-Paulson, Oxford University Press, Oxford–New York 1998, s. 241.

16 Niektóre z trudności wynikających z tej metodologicznej strategii, przy zachowaniu generalnie przychylnego względem niej stosunku, omawiają m.in. H. Hart i J. Raz. Zob.: *ibidem*; H. Hart, *Wizyta u Kelsena*, [w:] *Eseje z filozofii prawa*, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2001, s. 303–306.

w kolejnej, sygnalizowanej już w poprzedniej części niniejszego artykułu, próbie odrzucenia dualizmu prawa, wyrażającego się w dwojakich możliwych relacjach pomiędzy normami: statycznych (treściowych) oraz dynamicznych (formalnych)<sup>17</sup>. Rozstrzygnięcie austriackiego teoretyka, sprowadzające system prawa do czysto dynamicznego, skutkuje bowiem pojęciem systemu, który – przynajmniej według niektórych interpretacji – nie może zawierać ani jednej abstrakcyjnej i generalnej normy prawnej o charakterze merytorycznym<sup>18</sup>. W ten sposób czysta teoria prawa po raz kolejny i szczególnie jaskrawo potwierdza, iż próba jej doskonałego oczyszczenia z wszelkich struktur dualnych czyni prawo niemożliwym. To negatywna droga poświadczenia dialektyki prawa.

Dialektyka ta znajduje jednak w czystej teorii prawa swoje bardziej bezpośrednie, pozytywne świadectwo. Jak bowiem wiadomo, także samemu Kelsenowi nie udaje się całkowicie zrezygnować z odrzucanego w warstwie deklaratywnej dualizmu. Ujawnia się on w pojęciu normy podstawowej (*Grundnorm*). Po pierwsze dlatego, że norma ta, dając podstawy obowiązywania wszelkich pozostałych norm prawnych, sama pozostaje w pewnym sensie poza systemem (zagadnienie, które wyraźnie podejmie dopiero Hart omawiając własny odpowiednik *Grundnorm*, regułę uznania); po drugie z tego powodu, że pojęcie to okazuje się logicznie zależne od pojęcia skuteczności (CTP par. 31). Ten najbardziej znany paradoks Kelsenowskiej czystej teorii<sup>19</sup> stanowi skądinąd pochodną wcześniejszego rozstrzygnięcia, na który rzadziej zwracano uwagę, a w którym pojęcie normy prawnej powiązane zostaje z kategorią przymusu, przynależną wszak wprost do domeny faktyczności. Pojęcie przymusu okazuje się jednak konieczne dla przeprowadzenia odróżnienia norm prawnych od innych typów norm, na przykład moralnych (CTP par. 12)<sup>20</sup>.

#### 4. Tradycja pozytywizmu: Herbert Hart

To, co u Kelsena jest obecne pośrednio i w ukryciu, u Harta staje się jawne. Całe jego dzieło *Pojęcie prawa* oparte jest na „wielkich” związkach dialektycznych: pomiędzy regułami pierwotnymi a wtórnymi, pomiędzy normatywnością a faktami spo-

17 Zob. H. Kelsen, *Czysta teoria prawa*, „Gazeta Administracji i Policji Państwowej” (7–11) 1934, par. 28–29. Por. także H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, Clark, Lawbook Exchange, New York 2009, s. 195 i nn., gdzie kwestie te ulegają rozwinięciu.

18 Por. K. Opalek, *Studia z teorii i filozofii prawa*, wyd. 1, Uniwersytet Jagielloński, Kraków 1997, s. 85.

19 Zob. np. A. Marmor, *The Pure Theory of Law*, [w:] *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. (Summer 2013 Edition), red. E.N. Zalta, <http://plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/lawphil-theory/>.

20 Obok tej najbardziej znanej dialektyki normatywności i skuteczności można jednak w twórczości Kelsena dopatrzeć się innej jeszcze, mroczniejszej dialektyki pomiędzy prawem a przestępstwem. Znamienne, że dopuszczenie jej do głosu jest bezpośrednią konsekwencją dążenia do usunięcia innych, wspomnianych wyżej struktur dualnych. Według słów twórcy czystej teorii prawa teoria ta „wykazuje, że przez przestępstwo prawo nie może zostać ani „złamane”, ani „naruszone”, o ile, że dopiero przez zaistnienie przestępstwa prawo wchodzi w swoją właściwą funkcję. Przestępstwo prawa nie oznacza [...] przerwy w istnieniu prawa, lecz przeciwnie stwierdza istnienie prawa, polegające w jego mocy obowiązującej, w powinności aktu przymusu, jako skutku przestępstwa prawa” (CTP par. 13).

łecznymi, pomiędzy prawem rzeczywiście istniejącym a jego pojęciowym ideałem. Właśnie te trzy wątki z rozważań oksfordzkiego filozofa prawa chciałbym wydobyć<sup>21</sup>.

Zgodnie ze znanym stwierdzeniem Harta, system prawa stanowi związek reguł pierwotnych i wtórnych<sup>22</sup>. Pierwsze z nich, ustanawiając obowiązki, w sposób bezpośredni kształtować mają zachowania adresatów prawa. Ustanawiają one nakazy określonych zachowań, zakazując innych; wzorcową ich egzemplifikacją będą normy prawa materialnego. Reguły wtórne mają wedle słów autora charakter „pasożytniczy” względem reguł pierwotnych w tym sensie, że odpowiedzialne są za obsługę tych ostatnich – „określają sposoby, za pomocą których reguły pierwotne mogą być konkluzywnie stwierdzone, wprowadzane, eliminowane, różnicowane, a fakty ich naruszenia wystarczająco ustalone”<sup>23</sup>. Wyróżnikiem reguł wtórnych jest zatem m.in. ustanawianie i transfer kompetencji do – odpowiednio do trzech ich rodzajów – zmieniania reguł pierwotnych, uznawania ich w systemie i orzekania o przypadkach ich naruszenia. Jak deklaruje autor, jego teza o związku dwóch rodzajów reguł posiada nie tylko ambicje ontologiczne, odsłaniając „serce systemu prawa”, ale ustanawia również instrumentarium metodologiczne, „potężne narzędzie do analizy większości kwestii, które kłopotowały teoretyków prawa i polityki”<sup>24</sup>.

Chociaż sam Hart nie odwołuje się do angażowanej tu pojęciowości, wydaje się bezsporne, że stosunek dwóch wyróżnionych przezeń rodzajów reguł jest *sensu stricto* dialektyczny w przyjętym tu znaczeniu. Jest to z pewnością przypadek reguł wtórnych, które, jako się rzekło, nie mogą być opisane w abstrakcji od reguł pierwotnych. Wydaje się jednak, że także i reguły pierwotne nie są w stanie wyzwolić się spod tej dialektyki. Wskazuje na to już sama terminologia – mówienie o nich jako „pierwotnych” ma sens tylko o tyle, o ile oprócz nich są jakieś reguły „wtórne”, od których można by je odróżnić. Jedynie też na tle tych ostatnich mogą być uwypuklone specyficzne cechy reguł pierwotnych; ich naturę i wyjątkowość czytelnik rozumie w pełni dopiero po wprowadzeniu przez Harta całości swojej pojęciowej konstrukcji.

Jeszcze wyraźniej ze strukturą o dialektycznej naturze mamy do czynienia w drugim podejmowanym tu wątku, w którym autor mierzy się z pytaniem o źródła normatywności prawa. Zagadnienie normatywności – czyli, ujmując rzecz najprościej, zdolności prawa do kreowania obowiązków – jest jednym z podstawowych we współczesnej analitycznej jurejurisprudencji, a wkład Harta do tych dyskusji uznawany jest za jedną z najważniejszych kontrybucji. Nic dziwnego, że wokół jego propozycji narosła ogromna liczba komentarzy, których nie sposób streszczać w tym opracowaniu. Ograniczę się zatem jedynie do uwyrażnienia interesującej mnie tu dialektyki normatywności i faktyczności, jaka widoczna jest w Hartowskiej propozycji rozwikłania tej zagadki.

---

21 Pomijam tu natomiast rozważania autora nad kwestią „minimum prawa natury”. Także i ona pozwala wprowadzić na ustanowienie kolejnych relacji dialektycznych; jednak sama kwestia ma raczej charakter drugorzędny w zestawieniu ze wskazanymi wyżej, które w rekonstruowaniu pojęcia prawa pełnią dla Harta rolę zasadniczą. Por. H. Hart, *Pojęcie prawa*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998.

22 Zob. *ibidem*, zwł. s. 130–139.

23 *Ibidem*, s. 134.

24 *Ibidem*, s. 138.



Na tym przykładzie widać też jasno, dlaczego Hart przypisuje taką wagę do własnego rozróżnienia reguł pierwotnych i wtórnych. To właśnie te ostatnie, a dokładniej jedna z ich odmian, jaką jest reguła uznania, stanowi bowiem w oczach autora klucz do zrozumienia kwestii normatywności.

Najdogodniej będzie zacząć od rozpatrzenia kwestii obowiązywania reguł, które to zresztą często jest z normatywnością pojęciowo mieszane<sup>25</sup>. Autor *Pojęcia prawa* zasadniczo akceptuje koncepcję obowiązywania, którą w polskiej literaturze określa się zwyczajowo mianem koncepcji systemowej. Zgodnie z nią, kategoria obowiązywania oznacza przynależność danej reguły do określonego systemu. Można zatem powiedzieć, że normatywna moc reguł prawnych – ich zdolność kreowania obowiązków – stanowi pochodną ich obowiązywania.

Kryteria przynależności reguły do systemu – kryteria obowiązywania – wyznacza właśnie reguła uznania, stojąca u podstaw danego systemu. Czy jednak sama ta reguła obowiązuje w przyjętym tu sensie? Uznanie takiej możliwości prowadziłoby do błędu koła logicznego – reguła uznania nie może przecież obowiązywać na podstawie kryteriów, które sama ustanawia. Jeśli jednak funduje ona podstawy całego systemu prawa, z pewnością musi posiadać walor normatywny. Gdzie jednak poszukiwać źródeł owej normatywności, niezakorzenionej już w obowiązywaniu? Jak pamiętamy, Kelsen próbował rozwikłać tę trudność, wprowadzając *Grundnorm* jako czysty postulat myślowy. Hart, w jawnej opozycji do austriackiego teoretyka, uznaje, że jedyną dostępną drogą jest odwołanie do społecznej praktyki akceptowania określonej reguły uznania. Zgodnie z jego własnymi słowami: „Reguła ta nie może ani obowiązywać, ani też nie obowiązywać, ale jest po prostu akceptowana jako właściwa do stosowania w tym celu”. I dalej: „Reguła uznania istnieje jedynie jako złożona, chociaż zwykle zgodna, praktyka sądów, urzędników i osób prywatnych, polegająca na identyfikacji prawa poprzez odniesienie do pewnych kryteriów. Jej istnienie jest sprawą faktów”<sup>26</sup>. Tak jak system prawny, zamiast obowiązywać, może jedynie istnieć, tzn. w sposób skuteczny być przestrzegany i egzekwowany, to samo dotyczy – leżącej u jego podstaw – ostatecznej reguły uznania.

Takie ujęcie problemu nadaje dialektyczny charakter, po pierwsze, systemowi prawa jako całości. Reguła uznania mimo swego szczególnego charakteru nie zostaje przecież wyłączona poza system. W jego obręb włączone zostają zatem zarówno reguły obowiązujące, jak i te, o których nie można orzec ich obowiązywania, a które dają się sprowadzić do praktyki akceptowania pewnych kryteriów. W analogiczny sposób można przypisać dialektyczną strukturę, po drugie, samej regule uznania. Sam Hart zauważa, że w pewnym języku (jakkolwiek nieco zdaniem autora mylącym) regułę tę należy traktować jednocześnie jako „fakt”, jak i „prawo”<sup>27</sup> – co zostało odane powyżej poprzez wskazanie faktycznych źródeł jej normatywności.

Dochodzimy wreszcie do trzeciego miejsca, najmniej przez samego Harta wyeksponowanego, gdzie dopatrzyć się można immanentnej prawu dialektyki. Jest nim relacja pomiędzy rzeczywistym porządkiem prawnym, istniejącym w danym miejscu i czasie, a założonym pojęciowym ideałem prawa. Istnienie tej pełnej napięcia relacji

25 Por. do tego, co niżej, *ibidem*, s. 140–162.

26 *Ibidem*, s. 151 i 153.

27 *Ibidem*, s. 155.

wyinterpretować można, jak się wydaje, głównie z dwóch podejmowanych przez oksfordzkiego filozofa prawa wątków. Pierwszym z nich jest podsuwane przezeń uzasadnienie potrzeby istnienia reguł wtórnych; drugim – rozważania poświęcone „patologiom” w akceptowaniu charakterystycznej dla danego systemu reguły uznania. W pierwszym z nich Hart stwierdza, że reguły określane jako wtórne są niezbędne, aby przewyciężyć „wady” hipotetycznego systemu, złożonego wyłącznie z reguł pierwotnych<sup>28</sup>. Chodzi tu o mankamenty takie, jak statyczność, niepewność oraz nieskuteczność. W drugim ze wskazanych wątków autor rozważa sytuację, w której dochodzi do „załamania złożonej harmonijnej praktyki”<sup>29</sup> akceptowania reguły uznania zarówno przez oficjalne autorytety, jak i obywateli. Jeśli jednak zadać pytanie, dlaczego właściwie sytuacje tego pokroju miałyby być traktowane jako „wadliwe” bądź „patologiczne”, znajdujemy jedną wspólną odpowiedź, jaką jest zakładana przez autora podstawowa funkcja prawa: kierowania ludzkim postępowaniem. W ten zawołowany i pośredni sposób Hart podsuwa nam do akceptacji własny ideał prawa; jest nim taki system, który w sposób skuteczny potrafi kierować postępowaniem poszczególnych jednostek.

Powstaje pytanie o charakter tego ideału. Hart jest skłonny traktować go jako w gruncie rzeczy neutralny i techniczny – na kształt reguł dobrego rzemiosła<sup>30</sup>. Są i tacy, którzy dopatrują się tu ukrytych inklinacji etyczno-politycznych. Co więcej, wedle tej ostatniej interpretacji, ojciec „wyrafinowanego pozytywizmu”<sup>31</sup> proponuje także określony ideał politycznej wspólnoty – ideał z gruntu liberalny, w którym wolne i niezależne jednostki dobrowolnie akceptują wiążące je wzajemnie „reguły gry”<sup>32</sup>. Stąd właśnie miałyby wynikać konieczność akceptacji reguły uznania, czyli przyjęcia względem niej tego, co sam Hart nazywa „wewnętrznym punktem widzenia”. Jakkolwiek by jednak tego ideału nie rozumieć, pozostaje faktem, iż wraz z aktualnie istniejącym prawem tworzy on, kolejną już w projekcie Harta, strukturę o dialektycznej charakterystyce.

Wszystkie te wskazane wątki w pracy Harta przygotowują jednocześnie grunt pod pytanie o krytyczny potencjał takiego sposobu pojmowania prawa. Rzeczywiście, choć autor *Pojęcia prawa* nie rozważa szerzej tej kwestii, jest dostatecznie wyraźne, że poszczególne elementy wyróżnionych tu dialektycznych par mogą być podstawą dla wzajemnej krytyki. Najmocniej dotyczy to zapewne ostatniej ze wskazanych relacji; nie przypadkiem przecież dostęp do niej uzyskiwany jest na drodze negatywnej, poprzez wskazanie niedostatków możliwych praktyk czy porządków prawnych. W ten sposób założony ideał prawa wyposażony zostaje w krytyczne ostrze względem rzeczywistości prawa obowiązującego tu i teraz. Z podobną jednak sytuacją mamy

28 *Ibidem*, s. 130–139.

29 *Ibidem*, s. 163 i n.

30 Zob. H. Hart, *Lon L. Fuller: Moralność prawa*, [w:] *Eseje z filozofii prawa*, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2001, s. 357–360.

31 Określenie zaproponowane swego czasu przez Marka Zirk-Sadowskiego. Zob. M. Zirk-Sadowski, *Prawo a uczestniczenie w kulturze*, Wyd. Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 1998, s. 21 i nn.

32 Por. zvl. S. Perry, *Interpretation and Methodology in Legal Theory*, [w:] *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, red. A. Marmor, Clarendon Press, Oxford 1997. W polskiej literaturze do zbliżonych wniosków dochodzi niezależnie Z. Pulka, *Legitymizacja państwa w prawoznawstwie*, Wyd. Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1996, s. 124 i nn.

do czynienia także i w relacji reguł pierwotnych i wtórnych, spośród tych ostatnich zaś – ostatecznej regule uznania. Wyznaczając kryteria obowiązywania reguł pierwotnych, może przecież stać się ona podstawą krytyki konkretnych reguł jako niedostających do owych kryteriów. W rzeczy samej, z sugestią krytycznego charakteru każdej reguły wychodzi sam Hart<sup>33</sup>. Wprowadzając przywoływane już tutaj pojęcie wewnętrznego aspektu reguł (punktu widzenia), określa je jako możliwość posłużenia przez regułę za podstawę „refleksyjno-krytycznego nastawienia”. Oznacza to tyle, że każda reguła normatywna stanowić może samoistną podstawę krytyki konkretnego zachowania. W ten sposób moment krytyczny wpisany zostaje w subtelny sposób w samo pojęcie normy.

### 5. Krytyczny pozytywizm: Kaarlo Tuori

Jeśli pozytywistyczny obraz prawa oparty jest na kategoriach dialektycznych, to posiada jednocześnie – naturalny dla dialektyki – potencjał krytyczny. Tym samym prawo staje się w takim opisie porządkiem nie tylko otwartym na krytykę, ale też włączającym ową zasadę krytycyzmu do swojego wnętrza. Taka sugestia zdaje się wynikać z rozważań Harta, jej konsekwencje jednak nie są przez autora rozważane. Ujawnia się zatem potrzeba podjęcia tego zagadnienia, do którego angielski filozof prawa podprowadza, pozostawiając je niezgłębionym. Na wyzwanie to odpowiada przedstawiciel fińskiej jurysprudencji, Kaarlo Tuori, w swoim projekcie „krytycznego pozytywizmu prawniczego”<sup>34</sup>. Wedle słów autora, tak rozumiany pozytywizm prawniczy miałby czynić możliwym „immanentny normatywny krytycyzm prawa pozytywnego”<sup>35</sup>.

Zdaniem samego Tuoriego, jego koncepcja prawa jest pozytywistyczna w tym podstawowym sensie, że postrzega całość prawa jako wytwór społeczny, abstrahując od jakichkolwiek pozaspołecznych, ponadludzkich czy metafizycznych źródeł. Dotyczy to również tych elementów porządku prawnego, które stanowić mogą interesującą nas tu podstawę dla krytyki prawa obowiązującego (pozytywnego). Że jest to jednak pozytywizm dość szczególnego rodzaju, wskazuje już sam dobór myślicieli stanowiących głównych dyskutantów autora i punkt odniesienia dla prezentacji jego własnej koncepcji. Są nimi kolejno: Max Weber, François Ewald oraz Jürgen Habermas. Taki wybór nie jest jednak w żadnej mierze dziełem przypadku. Jak sądzić, może on sam w sobie wskazywać na właściwe miejsce postawy krytycznej w myśleniu prawniczym. Punktem wyjścia są tu poglądy Webera, ojca koncepcji nowoczesnej racjonalności i porządku biurokratycznego, które można potraktować jako podstawę dla legitymizacji i afirmacji modernistycznego prawa. Niejako na przeciwstawnym biegunie znajduje się punkt widzenia reprezentowany przez Ewalda; ten francuski myśliciel dokonuje aplikacji na grunt prawa filozoficznych poglądów Michela Foucaulta, co daje w rezultacie jednoznacznie krytyczną i demaskatorską postawę wobec prawa nowoczesnych państw narodowych. Tuori wydaje się szukać „drogi pośredniej” między tymi dwoma biegunami, posiłkując się perspekty-

33 H. Hart, *Pojęcie prawa*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998, s. 84–86.

34 Zob. K. Tuori, *Critical Legal Positivism*, Aldershot, Hants, Ashgate 2002.

35 *Ibidem*, s. 28.

wą proponowaną przez Habermasa, konsekwentnie próbującego w swoich kolejnych dziełach pożenić ogień z wodą, tj. połączyć generalnie legitymizujące nastawienie wobec systemów społecznych z perspektywą krytyczną. Choć odpowiedź na pytanie, jak mogłoby dojść do takiego mariażu, zmienia się z czasem, sama ambicja doprowadzenia do niego wydaje się *locus communis* całej właściwie twórczości niemieckiego myśliciela – od wczesnych prac, jak *Strukturalne przeobrażenia sfery publicznej*, poprzez najbardziej znaną *Teorię działania komunikacyjnego*, po próby bezpośredniej refleksji nad nowoczesnym porządkiem prawnym, zawarte w *Faktyczności i obowiązywaniu*. Takie ambicje pozostają bliskie także samemu Tuoriemu, który przestrzeń dla postawy krytycznej próbuje zaaranżować w obrębie rozumu prawniczego, z definicji afirmatywnego względem obowiązującego prawa<sup>36</sup>. Tym, co umożliwiać ma taką złożoną postawę ocenno-poznawczą, jest stwierdzana przez autora refleksyjność nowoczesnych systemów społecznych, w tym również i jurydycznych.

Mechanizm takiej refleksyjnej krytyki, dokonywanej z wewnętrznego, prawniczego punktu widzenia<sup>37</sup>, oparty jest na wyróżnionych przez autora „warstwach prawa”<sup>38</sup>. W ramach tej koncepcji Tuori w sposób systematyczny, choć nie pozbawiony pewnego eklektyzmu, eksplikuje dość powszechne przekonanie, że współczesny porządek prawny nie ogranicza się jedynie do prawa stanowionego, a jego nieodrodną składową stanowi m.in. kultura prawnicza. Wspomniane warstwy określane są przez autora kolejno jako poziom powierzchniowy, profesjonalna kultura prawna oraz głęboka struktura. Pierwsza z nich obejmuje prawo pozytywne jako zbiór przepisów (norm?) będących efektem aktów prawotwórczych – formalnych źródeł powstawania prawa uznawanych w danym systemie. To rzecz jasna najbardziej oczywista i widoczna część porządku prawnego; jednocześnie jednak jest ona najbardziej zmienna i wystawiona na kaprysy politycznych decyzji.

Więszą stabilnością, jak i autonomią, wykazuje się drugi poziom profesjonalnej kultury prawnej. W jego obręb Tuori zalicza tak zróżnicowane elementy, jak (a) składnik metodyczny obejmujący przede wszystkim akceptowane reguły egzegezy (reguły wykładni, wnioskowań prawniczych oraz kolizyjne); (b) składnik pojęciowy, tj. podstawowe pojęcia, którymi dla opisu i systematyzacji prawa posługują się praktyka prawnicza i nauki prawne (będą to przykładowo pojęcia winy w prawie karnym, podmiotowości prawnej w prawie cywilnym, organu w prawie administracyjnym czy normy prawnej w teorii prawa; włączyć tu można także pojęcie praw człowieka); (c) składnik normatywny obejmujący podstawowe, często niepisane, zasady obowiązujące w porządku prawnym (sam autor wskazuje tu na znane paremie prawnicze typu *pacta sunt servanda* czy *nulla poena sine lege*, nawiązując jednocześnie do koncepcji zasad prawnych autorstwa Ronalda Dworkina<sup>39</sup> i Roberta Alexy’ego<sup>40</sup>; do tej składkowej kultury prawnej włączyć można także zasady kluczowe dla uznania i ochrony praw człowieka, jak zasada poszanowania godności

36 *Ibidem*, s. 29–30.

37 Szerzej na temat takiej postawy zob. P. Jabłoński, M. Pichlak, *Miejsce refleksji krytycznej w instytucjonalnej wiedzy o prawie*, w druku.

38 Zob. K. Tuori, *op. cit.*, s. 147–196.

39 Por. R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998, s. 56–94.

40 Por.: R. Alexy, *Teoria praw podstawowych*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2010, s. 74–99; R. Alexy, *On the Structure of Legal Principles*, „Ratio Iuris” (13) (3) 2000.

człowieka, prawo do sądu itd.); wreszcie (d) ogólne doktryny, których podstawowe zadanie polega na wprowadzaniu *prima facie* porządku pomiędzy elementami trzech pozostałych składowych kultury prawnej, a więc pojęciami, zasadami i kanonami metodyki prawniczych rozumowań. Tak na przykład będą to zróżnicowane doktryny przyczynowości w obrębie prawa karnego, osoby prawnej w prawie cywilnym, doktryna hierarchicznej budowy (*Stufenbau*) systemu prawnego czy teorie wykładni w ogólnej nauce prawa. Wymienić można tu również doktryny państwa prawa czy praw człowieka, mające podstawowe znaczenie m.in. (choć nie wyłącznie!) w prawie konstytucyjnym.

Tuori podkreśla, że choć większość z wymienionych elementów doczekała się swojej dyskursywnej artykulacji (głównie za sprawą nauki prawa), to w codziennej pracy prawniczej stanowią one raczej element przedrefleksyjnej, głęboko zinternalizowanej wiedzy praktycznej, wykorzystywanej w sposób spontaniczny podczas podejmowanych decyzji<sup>41</sup>. W jeszcze większym stopniu dotyczy to ostatniej warstwy porządku prawnego, określanej przez autora mianem „głębokiej struktury”. Ta strukturalistyczna terminologia może mylić; fiński teoretyk szuka też odmiennych inspiracji, odwołując się do takich pojęć, jak *habitus* (pochodzący od Pierre’a Bourdieu<sup>42</sup>) czy też wiedza praktyczna (zaczerpnięta od Anthony’ego Giddensa<sup>43</sup>). Wszystkie one mają służyć do opisu tych najgłębszych podstaw, które pozostają wspólne dla systemów prawnych różnych państw i kultur, formując rdzeń tego, co nazwać można „nowoczesnym porządkiem prawnym”. Są to najbardziej fundamentalne komponenty naszego sposobu postrzegania prawa jako wyróżniającego się normatywnością, systemowością, obiektywnością, autonomią względem innych porządków normatywnych itd. Sam autor jako istotne elementy „głębokiej struktury” nowoczesnego prawa wymienia szczególnie ideę państwa prawa oraz praw człowieka<sup>44</sup>. Podobnie jak kultura prawna, warstwa ta *a fortiori* oddziałuje na poziomie przedrefleksyjnej wiedzy praktycznej; zgodnie jednak z ogólną logiką refleksyjności nowoczesnych porządków społecznych możliwe są dyskursywne interpretacje poszczególnych elementów każdej z warstw.

Wspomniane na początku dążenie do ustanowienia mechanizmów umożliwiających złożoną, legitymizacyjno-krytyczną postawę wobec prawa, znajduje swoje wypełnienie w roli, jaką autor *Krytycznego pozytywizmu prawniczego* przypisuje głębszym warstwom prawa – kulturze prawnej oraz „głębokiej strukturze”. Rola ta bowiem jest trojaka: *primo*, fundując szczególnie „rozum prawniczy”, stanowią *quasi*-transcendentalne warunki możliwości pojmowania prawa i działania w epistemicznym polu współczesnego porządku prawnego; dostarczając odpowiednich pojęć i narzędzi, pozwalają prawnikowi być prawnikiem. *Secundo*, wyznaczają, według określenia samego autora, „granice prawa” – bariery tego, co możliwe i dopuszczalne w powierzchniowej warstwie tekstów prawnych. *Tertio* – co nas interesuje tu najbardziej – stanowią punkt odniesienia dla krytyki tych działań (głównie politycz-

41 Zob. K. Tuori, *op. cit.*, np. s. 173.

42 Por. P. Bourdieu, *Szkic teorii praktyki. Poprzedzony trzema studiami na temat etnologii Kabyłów*, Wydawnictwo Marek Derewiecki, Kęty 2007.

43 Por. A. Giddens, *Stanowienie społeczeństwa. Zarys teorii strukturacji*, Zysk i S-ka, Poznań 2003.

44 K. Tuori, *op. cit.*, s. 190.

nego prawodawcy, ale też podmiotów stosujących prawo), które wspomniane przed chwilą granice naruszają.

## 6. Zakończenie

Po przebytej drodze warto na koniec powrócić bardziej bezpośrednio do problematyki praw człowieka, która stanowiła punkt wyjścia i inspirację dla podjętych rozważań nad dialektyką inności w prawie. O ile dialektyczna natura samego pojęcia praw człowieka znajduje, jak widzieliśmy, swoje bezpośrednie odzwierciedlenie w obowiązującym prawie, o tyle wydaje się, że musi być ona różnie potraktowana w poszczególnych projektach przynależnych do tradycji prawniczego pozytywizmu. W wizji Kelsena trudno dopatrzeć się miejsca dla praw człowieka jako kategorii choćby na poły pozaprawnej; prawa te mogą znaleźć jedynie swoje pośrednie odzwierciedlenie, jednak za cenę ich całkowitej translacji na język norm prawnych. Inaczej rzecz wydaje się wyglądać w przypadku koncepcji Harta; jego „wyrafinowany pozytywizm” dopuszcza bezpośredni wpływ, jaki na sposób rozumienia i stosowania prawa mogą wywierać kategorie o pozaprawnym pochodzeniu. Jest to widoczne już to w znaczeniu powszechnie akceptowanych praktyk dla ufundowania podstaw prawa w postaci reguły uznania, już to w roli, jaką do odegrania ma przyjmowany ideał prawa, czy też w – nierozważanej tutaj – idei „minimum prawa natury”. Możliwe jest, aby na te różne sposoby poszczególne elementy „etycznego żądania” praw człowieka przenikały do porządku prawnego.

Najwyraźniej do kwestii praw człowieka ustosunkowuje się Tuori. Jego koncepcja krytycznego pozytywizmu prawniczego dopuszcza obecność idei praw człowieka na każdym z wyróżnionych poziomów prawa. W warstwie powierzchniowej jest to oczywista pochodna obserwowanego w ostatnich kilkadziesiąt lat zjawiska „pozytywizacji” tych praw; o ich zakorzenieniu w warstwach kultury prawnej i „głębszej struktury” była już mowa powyżej. Tym samym jednak w konceptualizacji praw człowieka fiński autor idzie dalej niż jego znakomici poprzednicy: zgodnie z jego propozycją, rozumienie samego pojęcia praw człowieka zostaje „rozwarstwione” i może podlegać rozważanej w tym tekście dialektycznej dynamice inności, krytyki i dyskursywnej reinterpretacji.