

ANDRZEJ GRABOWSKI

Uniwersytet Jagielloński

W stronę postpozytywizmu prawniczego. Szkic z metodologii prawoznawstwa

Pozytywizm prawniczy, jak się wydaje, już zakończył swój cykl historyczny. W przeciwieństwie do tego, co twierdzą tacy autorzy jak Ferrajoli, Comanducci i Prieto, tak zwany paradygmat neokonstytucjonalizmu nie może być postrzegany jako kulminacja pozytywizmu prawniczego, lecz raczej jako koniec tej formy rozumienia prawa¹.

Gdy w 1960 roku opublikowano drugie, gruntownie zmienione wydanie *Reine Rechtslehre* Hansa Kelsena, a rok później ukazało się *The Concept of Law* Herberta Harta, wydawać się mogło, że tak doskonale odnowiony pozytywizm prawniczy ma na wiele lat zapewnioną dominującą pozycję w myśleniu prawniczym.

Kelsen, rozwijający *Czystą Teorię Prawa* od lat dwudziestych XX wieku, był przekonany, że współczesny mu pozytywizm prawniczy został opanowany przez metodologiczny synkretyzm, przez co nauka prawa nie opracowała własnej, autonomicznej metody badań². Nazwał swą teorię *Reine Rechtslehre*, gdyż chciał oczyścić naukę prawa z wszelkich metod, które nie są specyficznie prawnicze: ana-

¹ M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Dejemos atrás el positivismo jurídico*, [w:] *El positivismo jurídico a examen: Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, red. J.A. Ramos Pascua, M.Á. Rodilla González, Salamanca 2006, s. 779.

² Omówienie fundamentów metodologicznych teorii Kelsena opieram na pracach: A. Calsamiglia, *For Kelsen*, „Ratio Juris” 13, 2000, nr 2, s. 196–215; U. Neumann, *Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft bei Hans Kelsen und Gustav Radbruch. Zwei „neukantianische“ Perspektiven*, [w:] *Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, red. St.L. Paulson, M. Stolleis, Tübingen 2005, s. 35–55.

liz i rozważań moralnych, politycznych, społecznych i ekonomicznych. Punktem wyjścia jego teorii był monizm metodologiczny: pragnął stworzyć autonomiczną teorię prawa pozytywnego opisującą formalną strukturę systemu prawa. Jego teoria była deskryptywna, miała jednak za przedmiot normy prawne — czyli świat powinności. Podstawowym rozróżnieniem metodologicznym, z którego Kelsen skorzystał, było odróżnienie nauk bazujących na związkach przyczynowych od nauk opierających się na normatywnym związku zachowania, właściwym dla świata *Sollen*. Uznając fakt istnienia nauk prawnych, postawił klasyczne pytanie kantowskie: Jak są one możliwe? Normatywne zachowanie, łączące stany rzeczy z konsekwencjami prawnymi, umożliwiło mu wyodrębnienie przedmiotu nauk prawnych, czyli norm tworzących świat *Sollen*, a kategoria logiczno-transcendentalna — hipotetyczna norma podstawowa — stanowiła bezpośrednią odpowiedź na pytanie, jak możliwe jest prawoznawstwo.

Jednakże samo kryterium zachowania nie było wystarczające do zidentyfikowania przedmiotu *Reine Rechtslehre*, gdyż w świecie *Sollen* obok norm prawnych bytują inne normy — społeczne, moralne i religijne. Stąd potrzeba dodatkowego kryterium, którym według Kelsena był charakter sankcji prawnej: immanentnej (co pozwoliło mu odróżnić normy prawne od religijnych, które charakteryzuje sankcja transcendentna), heteronomicznej (co pozwoliło mu odróżnić normy prawne od moralnych, które charakteryzuje sankcja autonomiczna) i zinstytucjonalizowanej, gwarantowanej przez przymus państwowy (co pozwoliło mu odróżnić normy prawne od społecznych).

Prawo w ujęciu Kelsena było przymusowym porządkiem ludzkich zachowań, wolnym od sprzeczności systemem norm. Dynamiczne relacje, łączące poszczególne normy w łańcuchy obowiązywania, zawieszone na *Grundnorm*, stanowiły istotę prawa. Podstawowe pojęcia prawnicze, takie jak pojęcia podmiotów i osób prawnych, normy prawnej, sankcji, odpowiedzialności prawnej, prawa obiektywnego i subiektywnego oraz prawa publicznego i prywatnego, uzyskały w *Reine Rechtslehre* czysto normatywny wymiar. Jego teoria prawa pozytywnego, zbudowana z niespotykaną dotąd konsekwencją metodologiczną, osiągnęła status paradygmatu dla wielu prawników, głównie kontynentalnych, opowiadających się za pozytywistyczną wizją prawa i prawoznawstwa.

Wyrafinowany pozytywizm prawniczy Harta wyrastał z krytyki dotychczasowych ujęć prawa w anglosaskiej jurysprudencji analitycznej, w szczególności teorii jednego z twórców pozytywizmu prawniczego — Johna Austina. Chociaż filozoficzna baza teorii Harta była diametralnie różna od Kelsena — utylitaryzm brytyjski w połączeniu z oksfordzką filozofią języka potocznego — cel Harta był zbieżny: stworzenie deskryptywnej teorii prawa, wolnej od wartościowań i uzasadnień moralnych³. Hart charakteryzował istotę swej koncepcji pozytywistycz-

³ Omówienie Hartowskiej metodologii oparte na pracach: P.M.S. Hacker, *Hart's philosophy of law*, [w:] *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, red. P.M.S. Hacker, J. Raz,

nej za pomocą trzech podstawowych tez dotyczących natury prawa: tezy o pojęciowej separacji prawa i moralności, tezy o społecznych źródłach prawa oraz tezy o dyskrecjonalności sędziowskiej⁴. Pierwsza z nich — teza o separacji — stanowi, że mimo istnienia wielu faktycznych związków między prawem i moralnością, są to związki przygodne, niekonieczne ani logicznie, ani pojęciowo. Zgodnie z drugą tezą — o społecznych źródłach prawa — dla egzystencji prawa konieczne jest istnienie pewnej formy praktyki społecznej, w której uczestniczą sędziowie, inni prawnicy i „zwykli” obywatele, wyznaczającej ostateczne źródła prawa lub ostateczne kryteria jego obowiązywania. Trzecia teza wyrafinowanego pozytywizmu prawniczego głosi, że w każdym systemie prawnym istnieją przypadki — najczęściej określane mianem *hard cases* — dla których prawo pozytywne nie przepisuje żadnego rozstrzygnięcia. Toteż każdy system prawa jest częściowo niedookreślony i niepełny, a sędzia, gdy rozstrzyga „trudną sprawę”, korzysta z władzy dyskrecjonalnej i jest faktycznym twórcą prawa.

Natomiast Hartowskim „kluczem do jurysprudencji”⁵ było rozróżnienie reguł pierwotnych, nakładających obowiązki na podmioty prawa, oraz reguł wtórnych, „pasożytujących” na pierwotnych, które umożliwiają eliminację wad Austinowskiego systemu prawa, złożonego wyłącznie z reguł pierwotnych. I tak, lekarstwem na nieskuteczność prawa rozumianego jako system reguł pierwotnych były reguły orzekania, na jego statyczność — reguły zmiany, natomiast antidotum na jego niepewność była najważniejsza z nich reguła uznania — ostateczna i najwyższa reguła zwyczajowa, zawierająca kryteria obowiązywania właściwe dla danego systemu prawa. Jej istnienie nie było, jak w teorii Kelsena, prawniczą hipotezą ani koniecznym założeniem transcendentально-logicznym prawniczego poznania, lecz „kwestią faktów”⁶. Prawnicy — sędziowie, adwokaci, urzędnicy, będący „uczestnikami” danego porządku prawnego i postrzegający prawo z internalnego punktu widzenia — akceptowali i stosowali tę regułę dla identyfikacji prawa obowiązującego.

Należy zauważyć, że wyrafinowany pozytywizm prawniczy Harta, mimo oczywistych różnic (np. przyjmowanie dualizmu bytu i powinności przez Kelsena i jego odrzucanie przez Harta), w wielu istotnych kwestiach był podobny do normatywizmu Kelsena.

Po pierwsze, obaj współtwórcy współczesnego pozytywizmu prawniczego traktowali prawo jako system norm, wyodrębniając w nim normę najwyższą — *Grundnorm* lub *rule of recognition*. Te najwyższe normy nie były normami prawa pozytywnego, ustanowionymi przez kompetentny, państwowy autorytet

Oxford 1977, s. 1–25; S.R. Perry, *Hart's methodological positivism*, [w:] *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law*, red. J.L. Coleman, Oxford-New York 2001, s. 311–354; Z. Pułka, *Struktura poznania filozoficznego w prawoznawstwie*, Wrocław 2004, s. 94 nn.

⁴ H.L.A. Hart, *El nuevo desafío al positivismo jurídico*, „Sistema” 36, 1980, s. 4 nn.

⁵ Por. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1961, s. 77 nn.

⁶ *Ibidem*, s. 107.

normodawczy⁷. Wypada również podkreślić to, że obaj autorzy uznawali transcendentność systemowości prawa — prawo nie jest nam dane w formie systemu, lecz to dopiero prawnicy, w szczególności nauka prawa, ujmują je w systemowe ramy pojęciowe⁸.

Po drugie, i Kelsen, i Hart współtworzyli tę wersję pozytywizmu prawniczego, którą zwiemy „pozytywizmem metodologicznym”⁹. Starali się opracować deskryptywną teorię prawa pozytywnego, pozbawioną jakichkolwiek celów uzasadniających treść prawa lub rozstrzygnięć prawnych. Uznawali, że jurysprudencja nie może formułować norm, których adresatami byłyby organy stosujące prawo. Ponadto, ich teorie były w pełni neutralne moralnie, co wynikało z akceptowanej przez nich tezy o rozdziale prawa i moralności oraz wspólnego stanowiska non-kognitywistycznego w sporze o znaczenie normatywne.

Właśnie wspomniana teza o rozdziale prawa i moralności stanowiła, zdaniem większości komentatorów i kontynuatorów, centralną tezę pozytywizmu prawniczego ostatnich pięćdziesięciu lat. Relacje prawa i moralności w kontekście pozytywistycznej *Separation Thesis*¹⁰ (dalej: ST), czyli tezy o rozdziale prawa i moralności, przedstawiają się następująco. Teza o rozdziale, przyjmowana już przez Jeremy’ego Bentham’a, klasyczne sformułowanie zawdzięcza Johnowi Austinowi, który w *The Province of Jurisprudence Determined* ujął ją tak: „The existence of law is one thing; its merit or demerit is another. Whether it be or be not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is

⁷ Szerzej R. Guastini, *Normas supremas*, przeł. J. Ferrer, „Doxa” 17–18, 1995, s. 261 nn.; U.U. Bindreiter, *Presupposing the basic norm*, „Ratio Juris” 14, 2001, nr 2, s. 143–175.

⁸ W literaturze polskiej podobne stanowisko przyjmują przede wszystkim teoretycy prawa z ośrodka wrocławskiego. A. Bator (*System prawa*, [w:] A. Bator et al., *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, Warszawa 2006, s. 166) zauważył: „Systemowość prawa jest nie tyle charakterystyką określonego przedmiotu, ale raczej pewnym sposobem podejścia badawczego do tego przedmiotu”; A. Kozak (*Kulturowy fundament decyzji interpretacyjnej*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. W poszukiwaniu podstaw prawa*, red. A. Sulikowski, Wrocław 2006, s. 47) twierdził z kolei, że: „Prawo ze swej natury nie jest systemem norm ani wypowiedzi innego typu. [...] Suma politycznych decyzji prawodawcy nie stanowi przecież jeszcze systemu. Systemem staje się ona dopiero po przefiltrowaniu przez to, co historyści niemieccy nazywali *Juristenrecht*”, a Z. Pulka (*Czy nastąpił zmierzch pozytywistycznej koncepcji prawa i prawoznawstwa?*, [w:] *Z zagadnień teorii...*, s. 173) uznał, że: „System prawa nie może być traktowany jako dany w następstwie działań prawodawcy”. M. Błachut, J. Kaczor, P. Kaczmarek, A. Sulikowski (*Systemowość w myśleniu prawniczym*, [w:] *System prawny a porządek prawny*, red. O. Bogucki, S. Czepita, Szczecin 2008, s. 97) stwierdzili: „Systemowość prawa nie tkwi w samym prawie obowiązującym ani też nie jest wnoszona z zewnątrz (przez prawodawcę), ale jest obrazem prawa tworzoną przez wspólnotę prawniczą”.

⁹ Por. S.R. Perry, *Hart’s methodological...*, *passim*; V. Rodriguez-Blanco, *The methodological problem in legal theory: Normative and descriptive jurisprudence revisited*, „Ratio Juris” 19, 2006, nr 1, s. 26–54.

¹⁰ Nazwą tą posługiwał się Hart. W nowszej literaturze przedmiotu częściej używa się terminu *Separability Thesis*, aby uwypuklić „miękki” charakter rozdziału prawa i moralności, właściwy dla współczesnego pozytywizmu inkluzyjnego.

a different enquiry”¹¹. Istnieje wiele możliwych interpretacji ST, ale najważniejsze wydają się cztery¹².

Pierwsza to interpretacja realna (nazwa *per analogiam* do „definicji realnej”). W myśl tej interpretacji ST jest uznawana za tezę dotyczącą natury prawa (*the law*) i głosi, że nie zachodzi żaden konieczny związek między prawem a moralnością. Jej klasyczne sformułowanie znajdujemy u Harta: „It is in no sense necessary truth that laws reproduce or satisfy certain demands of morality, though in fact they have often done so”¹³.

Druga to interpretacja nominalna (nazwa *per analogiam* do „definicji nominalnej”). W tej interpretacji ST rozumiana jest jako teza dotycząca pojęcia-definicji prawa („*the law*”) i stanowi, że nie istnieje żaden konieczny związek pojęciowy prawa i moralności, a więc definicja prawa nie musi zawierać elementów moralnych. Ponownie najładniej ujmują ją Hart: „No reference to justice or other moral values enters into the definition of law”¹⁴.

Trzecia to interpretacja walidacyjna. Zgodnie z nią ST jest tezą określającą zakres kryteriów obowiązywania prawa i głosi, że reguła uznania nie zawiera odwołań do wymogów (zasad, standardów) moralnych.

Ostatnia to interpretacja metodologiczna. W tym wypadku ST jest pojmowana jako teza dotycząca sposobu uprawiania nauki prawa, w szczególności teorii lub filozofii prawa. Rozdział prawa i moralności oznacza tu, że prawoznawstwo powinno być wolne od jakichkolwiek rozważań moralnych (centralna teza wspomnianego wcześniej „pozytywizmu metodologicznego”).

Warto przypomnieć, że Hart akceptował ST we wszystkich interpretacjach. Kelsen prawdopodobnie także, chociaż samym pojęciem tezy o rozdziale posługiwał się bardzo rzadko. Podstawowym, klasycznym elementem jego teorii było twierdzenie: „Prawo może mieć dowolną treść”¹⁵. Uznawał, że jeśli przyjmujemy związek prawa z moralnością, to musimy zakładać, iż istnieje tylko jedna, „ważna” moralność, mająca charakter absolutny¹⁶. Będąc relatywistą, nie uznawał jej istnienia — gdyż wszystkie wartości są, jego zdaniem, relatywne. Ponadto, pod-

¹¹ J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*, London 1954, s. 184.

¹² Należy odnotować, że dwie pierwsze interpretacje występują już w literaturze przedmiotu, wszakże pod innymi nazwami: *Fallibility Thesis* i *Neutrality Thesis*. Zob. K. Füller, *Farewell to 'Legal Positivism': The Separation Thesis unravelling*, [w:] *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, red. R.P. George, Oxford 1996, s. 121 nn. Dwie pozostałe są naturalnie od dawna znane i analizowane.

¹³ H.L.A. Hart, *The Concept...*, s. 181–182.

¹⁴ H.L.A. Hart, *Legal positivism*, [w:] *The Encyclopedia of Philosophy*, t. 4, red. P. Edwards, New York 1972, s. 419.

¹⁵ Por. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig-Wien 1934, s. 63, oraz *idem*, *Reine Rechtslehre*, wyd. 2 zm., Wien 1960, s. 201.

¹⁶ H. Kelsen, *Law and morality*, [w:] *Essays in Legal and Moral Philosophy*, red. O. Weinberger, Dordrecht-Boston 1973, s. 87.

nosił dwa klasyczne argumenty pozytywistyczne¹⁷. Po pierwsze, jeśli założylibyśmy, że prawo z istoty swej jest moralne, to nie ma sensu postulować, iż prawo powinno być moralne. Po drugie, *Reine Rechtslehre* odrzucała tezę głoszącą, że prawo jest ze swej istoty moralne, gdyż prowadzi to do „bezkrytycznej legitymizacji porządku prawnego”, czego nauka prawa zaakceptować nie może — jej zadaniem jest bowiem badanie i opis prawa, a nie jego legitymizowanie.

Wreszcie, zarówno Hart, jak i Kelsen, starali się wyjaśnić kwestię normatywności prawa w sposób antyredukcyjny. Nie godzili się na redukcję normatywności prawa ani do czystej faktualności, ani do normatywności moralnej¹⁸. Zgodnie odrzucali także wytłumaczenie normatywności prawa za pomocą groźby kary. Hart skupił się w swych badaniach na problemie wyjaśnienia normatywności zdań o prawie wypowiedzianych przez dogmatyków prawa lub sędziów, korzystając w swym wyjaśnieniu z pojęć internalnego punktu widzenia i reguły uznania. Jego zdaniem, to właśnie przyjęcie przez prawników internalnego punktu widzenia uczestnika i ich akceptacja reguły uznania oraz konsekwencji jej zastosowania pozwala na formułowanie normatywnych wypowiedzi o prawie. Natomiast zadanie Kelsena było bardziej ambitne — chciał odnaleźć źródło normatywności prawa, a jego rozwiązanie opierało się na pojęciach normy podstawowej i związku zachowania. Norma podstawowa była przez niego traktowana jako konieczna i wystarczająca presupozycja, umożliwiająca normatywną interpretację systemu prawa. Co zaś najsilniej łączyło obu filozofów, to przekonanie, że pytanie o ostateczne źródła normatywności prawa lub wypowiedzi o prawie jest niewłaściwie postawione — uzasadnienie wychodzące poza regułę uznania lub normę podstawową jest pozbawione sensu. Jak pisał Hart, pytanie o poprawność lub obowiązywanie reguły uznania jest równie bezprzedmiotowe, jak pytanie o poprawność wzorca metra zdeponowanego w podparyskim Sèvres¹⁹. Kelsen zaś przyjmował bez dowodu założenie, że norma podstawowa obowiązuje.

Omówione najważniejsze dwudziestowieczne teorie pozytywistyczne stały się wkrótce przedmiotem krytyki. W historii pozytywizmu prawniczego nastąpił okres szybkich przeobrażeń, które zaowocowały powstaniem kilku konkurencyjnych wersji. Wydaje się, że można wymienić cztery podstawowe powody szybkiej transformacji doktryny pozytywistycznej²⁰.

¹⁷ *Ibidem*, s. 92–93.

¹⁸ Szerzej D. Beyleveld, R. Brownsword, *Normative positivism: The mirage of the middle-way*, „Oxford Journal of Legal Studies” 9, 1989, nr 4, s. 463–512.

¹⁹ H.L.A. Hart, *The Concept...*, s. 106.

²⁰ Szerzej J.D. Goldsworthy, *The self-destruction of legal positivism*, „Oxford Journal of Legal Studies” 10, 1990, nr 4, s. 449–486; P.E. Navarro, *Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico*, „Doxa” 24, 2001, s. 133–163; L. Morawski, *Pozytywizm „twardy”, pozytywizm „miękki” i pozytywizm martwy*, „Ius et Lex” 2, 2003, nr 1, s. 319–345; K. Dybowski, *Fikcyjność pozytywistycznego paradygmatu*, [w:] *Wykłady prawa i inne problemy filozofii prawa*, red. L. Morawski, Toruń 2005, s. 161–170; Z. Pulka, *op. cit.*, s. 160 nn.

Pierwszym była zewnętrzna krytyka pozytywistycznej koncepcji prawa. Najważniejszą rolę odegrał twórca antypozytywistycznej, integralnej teorii prawa, Ronald Dworkin. Jego najistotniejszym argumentem, obok zarzutu niekompletności Hartowskiego systemu prawa, jakoby pomijającego zasady prawne, oraz zarzutu „semantycznego ukąszenia”, był argument wskazujący na brak pozytywistycznej teorii orzekania i interpretacji prawniczej²¹.

Drugim powodem była wewnętrzna krytyka, prowadzona w gronie samych pozytywistów, którzy analizując relacje między podstawowymi tezami pozytywizmu, doprowadzili do jego dekonstrukcji. Warto zauważyć, że również Hart i Kelsen przyczynili się do zmian doktryny pozytywistycznej. Już w latach siedemdziesiątych Hart dopuścił, że reguła uznania może zawierać także Dworkinowską „procedurę Herkulesa”²², tym samym opowiadając się za silniejszą wersją pozytywizmu inkluzyjnego (o czym szerzej dalej). A później przyznał, że jego praktycystyczna teoria obowiązków prawnych była wadliwa²³. Natomiast Kelsen po 1962 roku, w którym rozpoczęła się końcowa, sceptyczna faza jego twórczości, traktował *Grundnorm* jako fikcję właściwą i odszedł od logiczno-sytemowego ujęcia prawa w tym sensie, że zrewidował swoją wcześniejszą tezę o paralelizmie norm prawnych i zdań o normach, realistycznie dopuszczając istnienie w systemie prawa norm sprzecznych²⁴.

Wreszcie do zmiany doktryny pozytywistycznej przyczyniła się także zmiana klimatu międzynarodowej dyskusji filozoficznoprawnej, dotyczącej fundamentalnego zagadnienia istoty (natury) prawa. Powodem tej zmiany było opracowanie wielu ważnych, zazwyczaj krytycznych wobec pozytywistycznego myślenia, teorii, wśród których, oprócz wymienionej już integralnej teorii prawa Dworkina, wypada wymienić teorię sprawiedliwości Johna Rawlsa, stanowiącą podstawę proceduralnego liberalizmu przeciwstawiającego się pozytywistycznemu anglosaskiemu utylitaryzmowi, nową teorię rozumowego prawa natury Johna Finnis, niepozytywistyczną koncepcję prawa Ralfa Dreiera i Roberta Alexy’ego, wraz z zakładającą niepozytywistyczne ujęcie prawa teorią argumentacji prawniczej tego drugiego, czy wreszcie „międko” pozytywistyczną, retoryczną teorię rozumowań prawniczych Neila MacCormicka. Dodać do tego jeszcze można rozwój bardzo popularnej, zwłaszcza w latach osiemdziesiątych, hermeneutyki prawni-

²¹ Szerzej R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass. 1977, s. 17 nn., oraz *Law's Empire*, London 1986, s. 33 nn.

²² H.L.A. Hart, *El nuevo desafío...*, s. 14.

²³ J.R. de Páramo, *Entrevista a H.L.A. Hart*, „Doxa” 5, 1988, s. 343 nn.

²⁴ Por. St.L. Paulson, *Four phases in Hans Kelsen's legal theory? Reflections on a periodization*, „Oxford Journal of Legal Studies” 18, 1998, nr 1, s. 156 nn.; M. Zalewska, *Zapomniana monografia „Ogólna teoria norm” Hansa Kelsena*, referat wygłoszony na XIX Zjeździe Katedr Teorii i Filozofii Prawa, Jastrzębia Góra, 19–22 września 2010 roku, s. 2 nn., <http://www.prawo.univ.gda.pl/teoria/uploads/zjazd/Zalewska.pdf> (dostęp: 1 lipca 2011).

czej oraz zainicjowanie nurtu postmodernistycznego w filozofii prawa, z istoty swej „dekonstruującego” wszystko, co możliwe.

Przejdźmy do omówienia aktualnego stanu pozytywizmu prawniczego. Przydatne dla rozróżnienia poszczególnych wersji pozytywistycznej teorii prawa, ukształtowanych w ostatnich dekadach, wydaje się analityczne kryterium zawartości reguły uznania²⁵. Punktem wyjścia jest następujące sformułowanie ST w wersji walidacyjnej: „Ustalenie tego, co jest prawem, nie zależy od kryteriów i argumentów moralnych”. W zależności od sposobu rozumienia zwrotu „nie zależy” identyfikujemy trzy odmiany współczesnego pozytywizmu.

1. „Nie zależy” oznacza „nie może zależeć”, a więc *rule of recognition* nie zawiera żadnych kryteriów, wymogów czy standardów moralnych. To rozumienie charakteryzuje stanowisko pozytywizmu wykluczającego (*exclusive legal positivism*)²⁶, reprezentowanego m.in. przez Josepha Raza, Eugenia Bulygina, Andreia Marmora, Scotta Shapira.

2. „Nie zależy” oznacza „nie musi zależeć”, a więc reguła uznania może zawierać kryteria, wymogi lub standardy moralne. Jest to stanowisko pozytywizmu inkluzyjnego, po raz pierwszy naszkicowanego przez ulubionego ucznia Harta, argentyńskiego filozofa prawa Genara Carrió²⁷ i zaakceptowanego przez samego Harta, posługującego się wszakże nazwą „miękki” pozytywizm (*soft positivism*)²⁸.

Warto odnotować, że *inclusive legal positivism* występuje w dwóch wersjach: słabej i mocnej²⁹. Jeśli przyjmujemy, że *rule of recognition* może zawierać kryteria, wymogi i standardy moralne, które pełnią wyłącznie negatywną (derogacyjną)

²⁵ Por. M.H. Kramer, *Dogmas and distortions: Legal positivism defended. A reply to David Dyzenhaus*, „Oxford Journal of Legal Studies” 21, 2000, nr 4, s. 679 nn.; J.J. Moreso, *In defense of inclusive legal positivism*, „Diritto & questioni pubbliche” 2001, nr 1, s. 100 nn.

²⁶ Szerzej A. Marmor, *Exclusive legal positivism*, [w:] *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, red. J. Coleman, S. Shapiro, Oxford 2002, s. 104–124.

²⁷ Informację o tym, że to właśnie G.R. Carrió (zazwyczaj pomijany w anglojęzycznej literaturze przedmiotu) był prekursorem inkluzyjnego pozytywizmu prawniczego, podają: J.J. Moreso, *op. cit.*, s. 101, przypis 11, oraz M. Atienza, *Is legal positivism a sustainable legal theory?*, [w:] *Law and Legal Cultures in the 21st Century: Diversity and Unity*, red. T. Gizbert-Studnicki, J. Stelmach, Warszawa 2007, s. 239.

²⁸ H.L.A. Hart, *Postscript*, [w:] *The Concept of Law*, wyd. 2, red. P.A. Bulloch, J. Raz, Oxford 1994, s. 250 nn. Por. A. Grabowski, *Zawartość reguły uznania w koncepcji H.L.A. Harta*, [w:] *Prawo — władza — społeczeństwo — polityka. Księga jubileuszowa profesora Krzysztofa Paleckiego*, red. M. Borucka-Arctowa *et al.*, Toruń 2006, s. 127–135.

²⁹ Szerzej J.L. Coleman, *Inclusive legal positivism*, [w:] *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford-New York 2001, s. 103–119; K.E. Himma, *Inclusive legal positivism*, [w:] *The Oxford Handbook...*, s. 125–165. W polskiej literaturze przedmiotu zagadnienie inkluzyjnego pozytywizmu prawniczego bardzo rzadko bywa przedmiotem refleksji, więc tym bardziej warto odnotować poświęconą mu niedawno polemikę — zob. T. Barankiewicz, *Inkluzywny pozytywizm prawniczy (geneza, rozwój, główne idee)*, „Państwo i Prawo” 2010, nr 1, s. 10–24; P. Kamela, M. Smolak, *W sprawie inkluzywnego pozytywizmu prawniczego*, „Państwo

funkcję względem prawa (to znaczy delegalizują niegodziwe, niesprawiedliwe, haniebne normy prawne), to mamy do czynienia ze słabszą wersją pozytywizmu inkluzyjnego, reprezentowaną m.in. przez Wila Waluchowa i Matthew Kramera. Natomiast gdy przyjmujemy, że reguła uznania może zawierać kryteria, wymogi i standardy moralne, które spełniają nie tylko funkcję negatywną (derogacyjną), lecz także funkcję pozytywną (prawotwórczą) — a więc sama zgodność z moralnością może powodować włączenie danej normy zachowania do systemu prawa, to akceptujemy wersję mocną pozytywizmu inkluzyjnego, reprezentowaną m.in. przez Herberta Harta i Julesa Colemana.

3. „Nie zależy” oznacza „nie powinna zależeć”, a więc reguła uznania nie powinna zawierać żadnych kryteriów, wymogów, standardów moralnych. To centralna teza pozytywizmu etycznego (normatywnego), propagowanego m.in. przez Uberta Scarpelliego, Toma Campbella i Jeremy’ego Waldrona. Podstawowym argumentem pozytywistów etycznych jest twierdzenie, że powinniśmy być pozytywistami, dzięki temu bowiem możliwa jest moralna krytyka prawa, ponoc niemożliwa w niepozytywizmie i teoriach prawa natury (*nota bene* jest to teza częściowo dyskusyjna, zważywszy na przyjęcie przez Alexy’ego *schwache Verbindungenstheze*, umożliwiającej moralną krytykę prawa poza sferą ekstremalnej niesprawiedliwości).

Jeszcze kilka lat temu przedstawiona klasyfikacja podstawowych prądów doktryny pozytywistycznej, opierająca się na interpretacji walidacyjnej tezy o rozdziale prawa i moralności, była niewątpliwie trafna. Obecnie można jednak jej adekwatność kwestionować, gdyż jesteśmy właśnie świadkami istotnych, jakościowych przeobrażeń pozytywizmu prawniczego. W ostatnich latach bowiem czołowi przedstawiciele pozytywizmu prawniczego (np. Raz i Coleman)³⁰ porzucają podstawową tezę pozytywistyczną o rozdziale prawa i moralności. Jednocześnie coraz częściej formułowane są twierdzenia o różnorodnych, zazwyczaj koniecznych, związkach prawa i moralności³¹ oraz postulaty „moralnej semantyki” dla dyrektywnej interpretacji treści prawa³². Już Hart, pozostający pod wpływem polemiki z Lonem Fullerem w *Pojęciu prawa* pisał o „naturalnej ko-

i Prawo” 2010, nr 8, s. 106–110; T. Barankiewicz, *W sprawie inkluzywnego pozytywizmu prawniczego raz jeszcze*, „Państwo i Prawo” 2011, nr 1, s. 100–104.

³⁰ Zob. J. Raz, *Authority, law, and morality*, [w:] *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford 1994, s. 210 nn.; J.L. Coleman, *Beyond the Separability Thesis: Moral semantics and the methodology of jurisprudence*, „Oxford Journal of Legal Studies” 27, 2007, nr 4, s. 582 nn., oraz *Beyond inclusive legal positivism*, „Ratio Juris” 22, 2009, nr 3, s. 383 nn.

³¹ Zob. L. Green, *Positivism and the inseparability of law and morals*, „New York University Law Review” 83, 2008, nr 4, s. 1035–1058.

³² Zob. J.L. Coleman, *Beyond the Separability Thesis...*, s. 585 nn., identycznie w: *Legalność a treść prawa. Uwagi wstępne*, „Ius et Lex” 6, 2010, nr 1, s. 488 nn.; por. S.J. Shapiro, *Legality*, Cambridge, Mass.-London 2011, s. 231–232.

nieczności” minimalnej zawartości prawa natury w prawie pozytywnym³³. Jego uczeń Raz twierdzi, że pojęcie systemu prawa jest pojęciowo związane z ideą legitymowanej władzy politycznej, a co za tym idzie prawo — i to jest dla niego prawdą pojęciowo konieczną — przyjmuje roszczenie do bycia legitymowanym autorytetem, realizującym zadania moralne³⁴. W podobny sposób kolejny „twardy” pozytywista, Shapiro, charakteryzuje system prawa jako system normatywny, którego celem jest rozwiązywanie problemów moralnych³⁵. Jeszcze inni filozofowie prawa starają się wyjść poza obszar wewnętrznych i zewnętrznych sporów pozytywistycznych, podważając ich sensowność³⁶. Tego typu przykłady można mnożyć, jedno wszakże jest pewne — proces dekompozycji klasycznej doktryny pozytywistycznej, opierającej się na koncepcjach Kelsena i Harta, a w szczególności na tezie o rozdziale prawa i moralności, zbliża się (szybko?) ku końcowi.

Postawmy pytanie: Co z pozytywizmu prawniczego pozostaje? Według Colemana, którego stanowisko jest najbardziej egzemplaryczne, współcześnie możemy rozróżnić trzy podejścia filozoficznoprawne, pomijając tezę o rozdziale i posługując się już jedynie tezą o społecznych źródłach prawa (*social facts thesis*). Zdaniem współtwórcy i czołowego przedstawiciela inkluzyjnego pozytywizmu prawniczego różnica między stanowiskami pozytywizmu prawniczego a teoriami prawa natury leży w tym, że centralna teza *exclusive legal positivism* głosi, iż z konieczności jedynie fakty społeczne determinują treść prawa, *inclusive legal positivism* polega na przyjęciu, że z konieczności jedynie fakty społeczne ustalają kryteria, które determinują treść prawa, natomiast w iusnaturalizmie treść prawa z konieczności determinują fakty społeczne i wartościowania, często moralnej natury³⁷.

Tym samym pozytywizm prawniczy okazuje się współcześnie teorią bardzo skromną i ubogą w treść — pośrednio odpowiadającą tylko na pytanie, co „liczy się” jako prawo³⁸. Na skutek krytyki i przeobrażeń doktryny pozytywistycznej, prowadzących do zmiany paradygmatu pozytywistycznego myślenia, w kontek-

³³ H.L.A. Hart, *The Concept...*, s. 195.

³⁴ Zob. J. Raz, *Authority, law...*, s. 199 nn., oraz *About morality and the nature of law*, [w:] *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford 2009, s. 177 nn.

³⁵ S.J. Shapiro, *op. cit.*, s. 171 nn., w szczególności fragment dotyczący „*Moral Aim*” Thesis, s. 213 nn.

³⁶ Zob. E. Bulygin, *¿Está (parte de) la filosofía del Derecho basada en un error?*, „Doxa” 27, 2004, s. 16 nn.; D. Priel, *Farewell to the exclusive–inclusive debate*, „Oxford Journal of Legal Studies” 25, 2005, nr 4, s. 675–696; S.R. Perry, *Beyond the distinction between positivism and non-positivism*, „Ratio Juris” 22, 2009, nr 3, s. 311–325; S.J. Shapiro, *Was inclusive legal positivism founded on a mistake?*, „Ratio Juris” 22, 2009, nr 3, s. 326–338.

³⁷ Por. J.L. Coleman, *Inclusive legal...*, s. 383 nn., oraz *Legalność...*, s. 486 nn.

³⁸ E. Bulygin, *op. cit.*, s. 23 nn.; identycznie M. Hartney, *Dyzenhaus on positivism and judicial obligation*, „Ratio Juris” 7, 1994, nr 1, s. 49: „Legal positivism is simply a theory about what counts as law and nothing else...”.

ście fundamentalnych kwestii identyfikacji prawa i jego stosunku do moralności ocalał tylko jeden pozytywistyczny pewnik: możliwe są niemoralne, haniebne, „diabelskie” systemy prawa³⁹. Jak pisał dziewiętnastowieczny filozof i historyk angielski Leslie Stephen: „Jeśli prawodawca zdecyduje, że wszystkie niebieskokokie dzieci winny zostać zgładzone, to chronienie tych dzieci od śmierci będzie działaniem nielegalnym”⁴⁰. Wydaje się zatem, że w zbiorze prawniczych kryteriów identyfikacji prawa z klasycznego pozytywizmu prawniczego pozostaje jedynie, odróżniająca stanowisko pozytywistyczne od innych, pozytywna formuła anty-Radbruchowska: „Również prawo ekstremalnie niesprawiedliwe może być prawem”.

W tym stanie rzeczy niewątpliwie powstaje miejsce dla postpozytywizmu prawniczego — teorii, która zastąpić ma „umierający” na naszych oczach klasyczny pozytywizm prawniczy, opierający się na tezie o rozdziale. Prawdopodobnie pierwszą wzmiankę o postpozytywistycznej teorii prawa, a dokładniej o postpozytywistycznej metajurisprudencji, znajdujemy w pracy Norberta Bobbia z 1970 roku. Zdaniem włoskiego filozofa pozytywistyczna preskryptywna metajurisprudencja propaguje ideę deskryptywnej jurisprudenckiej, natomiast deskryptywna metajurisprudencja „ery postpozytywistycznej” uznaje odwieczną, preskryptywną funkcję prawników w społeczeństwie⁴¹. Zatem nauka i teoria prawa nie powinna być deskryptywna, jak chcą tego pozytywiści, lecz normatywna. Ponad dwadzieścia lat później „miękki” pozytywista — Neil MacCormick — określa mianem „postpozytywistycznej” instytucjonalną teorię prawa (stworzoną wspólnie z Otą Weinbergerem)⁴²; wkrótce później Alexander Somek i Nikolaus Forgó przedstawiają rozbudowany projekt postpozytywistyczny⁴³, a Albert Calsamiglia proponuje definicję oraz określa podstawowe cele badawcze postpozytywizmu⁴⁴. I w końcu dwa lata temu Manuel Atienza i Juan Ruiz Manero publikują zbiór swoich antypozytywistycznych prac z pierwszej dekady XXI wieku pod znaczącym tytułem *Dla postpozytywistycznej teorii prawa*⁴⁵. Natomiast w polskiej teorii prawa pierwszym autorem, który ogłasza początek epoki postpozytywistycznej

³⁹ Por. E. Bulygin, *op. cit.*, s. 17, 25–26; J. Raz, *Introduction*, [w:] *Between Authority...*, s. 4; J. Coleman, *The Architecture of Jurisprudence: Part I*, niepublikowany referat wygłoszony na 1st Conference on Philosophy and Law „Neutrality and Theory of Law”, Girona, 20–22 maja 2010 roku, s. 6 nn., zvl. s. 14.

⁴⁰ L. Stephen, *The Science of Ethics*, London 1882, s. 143.

⁴¹ Zob. N. Bobbio, „Sein” and “Sollen” in legal science, „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie” 56, 1970, s. 14 nn.

⁴² N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, wyd. 2, Oxford 1994, s. xv. Podobnie w: *idem*, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford 2007, s. 278–279.

⁴³ A. Somek, N. Forgó, *Nachpositivistisches Rechtsdenken. Inhalt und Form des positiven Rechts*, Wien 1996. Por. *idem*, *Nachpositivistisches Rechtsdenken*, [w:] *Neue Theorien des Rechts*, red. S. Buckel, R. Christensen, A. Fischer-Lescano, Stuttgart 2009, s. 253–269.

⁴⁴ A. Calsamiglia, *Postpositivismo*, „Doxa” 1, 1998, nr 21, s. 209–220.

⁴⁵ M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Lima 2009.

jurysprudencji, jest Lech Morawski — ma to miejsce w opublikowanym w 2003 roku artykule pod wymownym tytułem *Pozytywizm „twardy”, pozytywizm „mięki” i pozytywizm martwy*⁴⁶. Kilka lat później opracowana zostaje postpozytywistyczna koncepcja obowiązywania (norm) prawa stanowionego⁴⁷, która stanowi inspirację dla Tomasza Pietrzykowskiego, szkicującego główne idee postpozytywistycznej teorii prawa⁴⁸.

Przedstawienie postulatów metodologicznych i koncepcji badawczych prekursorów postpozytywistycznej teorii prawa nie leży w naszych zamiarach⁴⁹. Ograniczmy się zatem do krótkiego zreferowania propozycji Alberta Calsamiglii — profesora i twórcy szkoły teorii prawa na Uniwersytecie *Pompeu Fabra* w Barcelonie. Wybór właśnie tej koncepcji podyktowany jest tym, że stanowisko Calsamiglii jest wysoce zbieżne z projektem konstrukcji postpozytywistycznej teorii prawa, który zostanie przedstawiony poniżej.

Kataloński filozof definiuje postpozytywizm jako teorię, która atakuje centralne tezy pozytywistyczne: tezę o wyłącznie społecznych źródłach prawa, tezę o pojęciowej separacji prawa i moralności oraz tezę o dyskrecjonalności sędziowskiej⁵⁰. Za podstawowe zadanie postpozytywizmu Calsamiglia uznaje opracowanie teorii wyjaśniającej związku prawa z moralnością i polityką, która jednocześnie będzie akcentowała problem niedookreśloności prawa — rozmytości jego źródeł i granic. Ponadto, postpozytywizm musi wyjaśnić prawnicze metody rozstrzygania *hard cases*, opracowując teorię orzecznictwa (stosowania prawa), której brak tyle kosztował pozytywizm prawniczy. Jednym z istotnych punktów analiz Calsamiglii jest także teza o konieczności budowy teorii postpozytywistycznej z punktu widzenia „uczestników” systemu prawa, a więc z perspektywy *bottom-up*, diametralnie różnej od umiarkowanie ekstenalnej perspektywy badawczej, właściwej dla pozytywistycznego pojmowania prawa, oferującego nam wizję prawa właściwą przede wszystkim dla prawodawcy.

W aktualnym stanie refleksji teoretycznej bardzo trudno określić metodologię, cele badawcze i zakres kierunku, który nazywamy „postpozytywizmem prawniczym”. Przedstawiona poniżej, autorska propozycja konstrukcji postpozytywistycznej teorii prawa ma charakter roboczy, a jej podstawowym celem jest zapoczątkowanie kolejnej, rzeczowej dyskusji podstawowej, dotyczącej właściwego

⁴⁶ L. Morawski, *op. cit.*, s. 344.

⁴⁷ Zob. A. Grabowski, *Prawnicy pojęcie obowiązywania prawa stanowionego. Krytyka niepozytywistycznej koncepcji prawa*, Kraków 2009.

⁴⁸ Zob. T. Pietrzykowski, *Czym jest postpozytywizm prawniczy?*, „Radca Prawny” 2009, nr 6, s. 5–11.

⁴⁹ Szerzej na temat poglądów prekursorów postpozytywizmu prawniczego zob. A. Grabowski, *Postpositivist Theory of Law — Genesis and Programme*, referat wygłoszony na XXV Światowym Kongresie *IVR (WG 32)*, Frankfurt am Main 15–20 sierpnia 2011 roku, tekst dostępny na stronie Kongresu: <http://www.ivr2011.org>.

⁵⁰ A. Calsamiglia, *Postpositivismo...*, s. 209 nn.

sposobu uprawiania teorii prawa. Dyskusji, która wydaje się niezbędna w świetle zachodzącej zmiany paradygmatu pozytywistycznego i szybkiego rozwoju alternatywnych względem pozytywizmu koncepcji prawa.

Zarys projektu postpozytywistycznego wyrażają następujące, prowizorycznie nazwane, tezy programowe.

1. Teza ontologiczna. Postpozytywistyczna teoria prawa oparta jest na umiarkowanie realistycznym podejściu do prawa. To znaczy, że traktuje prawo jako zjawisko należące do rzeczywistości społecznej, istniejące niezależnie od badaczy prawa, ale przez nich współtworzone w drodze racjonalnej rekonstrukcji systemu prawa. Postpozytywizm charakteryzuje się internalnym podejściem do ontologii prawa⁵¹, opierając się na założeniu, że istnieją obiekty, które identyfikujemy jako prawo. Jednakże postpozytywistyczna teoria prawa nie analizuje natury ontologicznej tych obiektów; tak jak matematyk rozważa związki między liczbami, ale nie stawia sobie pytania, jak liczby istnieją. Zatem postpozytywizm tylko tam, gdzie okazuje się to konieczne, stosuje podejście eksternalne i odchodzi od programowo afilozoficznej — ontologicznie agnostycznej — postawy badawczej.

2. Teza epistemologiczno-aksjologiczna. Postpozytywistyczna teoria prawa uznaje zdystansowany, bezstronny punkt widzenia, wychodzący poza tradycyjny spór o związki prawa z moralnością, za właściwe podejście badawcze do prawa⁵². Postpozytywizm twierdzi, że trudno wskazać racjonalne powody, z uwagi na które badacz prawa powinien zawsze ograniczać się do neutralnego aksjologicznie opisu i analizy argumentacji moralnych często występujących — co dzisiaj pozostaje już poza sporem — w praktyce prawniczej oraz naukach prawnych. W tym sensie, proponowane postpozytywistyczne podejście metodologiczne jedynie uzasadnia dotychczasowe postępowanie licznych filozofów i teoretyków prawa, którzy nierzadko stosują argumentację moralną w związanych z prawem dyskusjach mających charakter etyczny (kara śmierci, eutanazja, aborcja itp.). Ponadto, postpozytywizm podejmuje problematykę aksjologiczną, rezygnując z rzekomej dychotomii stanowisk relatywizmu i absolutyzmu etycznego i kierując się w stronę pluralizmu wartości oraz centralnej tezy pluralistycznej o ich niewspółmierności⁵³.

3. Teza metodologiczna. Postpozytywistyczna teoria prawa bazuje na dorobku współczesnej analitycznej teorii prawa (i w tym sensie usiłuje dokończyć

⁵¹ Por. T. Gizbert-Studnicki, *Język prawny z perspektywy socjolingwistycznej*, Kraków 1986, s. 7 nn.

⁵² Szerzej A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązkiwania...*, s. 218–223, 236 nn. Por. Z. Pulka, *Hart–Dworkin — dwa warianty „wewnętrznego” postrzegania prawa*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 42, 1999, s. 21–42; P. Kamela, *Prawo i moralność w koncepcjach H.L.A. Harta*, Toruń 2008, s. 51 nn.

⁵³ Szerzej B. Polanowska-Sygulska, *Pluralizm wartości i jego implikacje w filozofii prawa*, Kraków 2008; S. Wojtczak, *O niewspółmierności wartości i jej konsekwencjach dla stosowania prawa*, Łódź 2010. Por. R. Dworkin, *Moral pluralism*, [w:] *Justice in Robes*, Cambridge, Mass.-London 2006, s. 105–116.

program modernistyczny), konstruując pojęcia prawnicze w sposób umiarkowanie konwencjonalny za pomocą metod analitycznych, a jednocześnie postuluje argumentacyjno-dyskursywne podejście do klaryfikacji ich ekstensji. Nie budzi wątpliwości, że prawnicy są przyzwyczajeni do rozróżniania znaczenia (intensji) i zakresu (ekstensji) pojęć prawniczych (jako przykład można podać odróżnienie interpretacji od klasyfikacji prawniczej), co postpozytywizm aprobuje i z czego stara się korzystać. Należy wszakże podkreślić, że nawiązanie do analitycznej teorii prawa i modernizmu nie oznacza, że postpozytywizm jest kolejną wersją pozytywizmu prawniczego — to byłaby niedorzeczna interpretacja projektu postpozytywistycznego, który z natury swej ma charakter antypozytywistyczny.

4. Teza przedmiotowa. Głównym przedmiotem postpozytywistycznej teorii prawa jest prawo pojmowane pragmatycznie: jako zespół czynności związanych ze stanowieniem, interpretacją, stosowaniem prawa itd. Szczególne zainteresowanie postpozytywizmu dotyczy „prawa w działaniu”, co ma doprowadzić do stworzenia argumentacyjno-dyskursywnej teorii orzecznictwa, opartej na problemowym, a nie systemowo-logicznym, myśleniu o prawie. W realizacji tego zadania postpozytywizm korzysta z dorobku teorii argumentacji prawniczej, szczególnie koncepcji retoryczno-topicznych (Theodor Viehweg, Chaïm Perelman i Lucie Olbrechts-Tyteca, Neil MacCormick).

5. Teza o integracji. Postpozytywistyczna teoria prawa dba o przydatność praktyczną; o to, aby rezultaty badań były interesujące i użyteczne dla dogmatyków prawa i prawników praktyków. W związku z tym postpozytywizm postuluje integrację wewnętrzną nauk prawnych, nie chcąc pozostać kolejną, czysto akademicką teorią prawa. W tym celu postpozytywizm preferuje w swych badaniach przyjęcie perspektywy prawników praktyków oraz dogmatyków prawa. Naturalnie, realizując ten postulat, postpozytywizm stosuje strategię *bottom-up*.

6. Teza o odpowiedzialności. Postpozytywizm uwzględnia konsekwencje społeczne, wynikające z zastosowania postpozytywistycznej teorii prawa w praktyce. W szczególności bierze pod uwagę to, aby tezy i twierdzenia teoretyczne nie uzasadniały rozstrzygnięć niekorzystnych dla „zwykłych” obywateli⁵⁴. Zdrowy rozsądek przemawia za tym, że przyjęcie jakiegokolwiek prymatu teorii nad praktyką w przypadku postpozytywistycznej teorii prawa nie wchodzi w rachubę.

Przedstawione tezy stanowią podstawowe założenia postpozytywistycznej teorii prawa, w proponowanym tu autorskim ujęciu. Nie mają jednak charakteru dogmatycznego (ani zamkniętego) w tym sensie, że jest oczywiste, iż są otwarte na modyfikacje, które niewątpliwie nastąpią w momencie realizacji nakreślonego programu badawczego. Historia teorii i filozofii prawa ostatniego wieku dowodzi, że przywiązywanie się do określonej, sztywnej metodologii często szkodzi,

⁵⁴ Zob. R. Dreier, *Some remarks on the concept of law*, [w:] *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems*. Festschrift for Robert S. Summers, red. W. Krawietz, N. MacCormick, G.H. von Wright, Berlin 1994, s. 116.

a nie pomaga, w rozwoju ogólnej refleksji nad prawem. Wydaje się, że pewien synkretizm metodologiczny jest dopuszczalny, wszakże pod warunkiem, że nie doprowadzi postpozytywizmu prawniczego do anarchizmu metodologiczno-epistemologicznego (w stylu słynnego hasła Paula Feyerabenda: *Anything goes!*)⁵⁵. Wysoka jakość refleksji teoretycznoprawnej, charakteryzująca zwłaszcza analitycznych pozytywistów prawniczych (czy szerzej: analitycznych filozofów prawa) jest bowiem wartością samą w sobie i źle by się stało, gdyby uległa obniżeniu. W przeciwnym razie, w istocie, pytanie o możliwy, bliski „koniec teorii prawa”, stałoby się niebezpiecznie aktualne.

⁵⁵ Zob. P.K. Feyerabend, *Przeciw metodzie*, przeł. S. Wiertlewski, Wrocław 1996, s. 26 nn.