ROZDZIAŁ V

MAREK PIECHOWIAK

# Arthur Kaufmann — hermeneutyka prawnicza

Arthur Kaufmann urodził się dnia 10 maja 1923 r. w Singen (Hohentwiel, Badenia-Wirtenbergia), zmarł w dniu 11 kwietnia 2001 r. w Monachium. Ma za sobą zarówno studia prawnicze (Heidelberg, 1945–1949), jak i filozoficzne (Heidelberg, 1957–1960). W latach 1952–1957 był sędzią Sądu Krajowego w Karlsruhe. Doktoryzował się w roku 1949 u Gustava Radbrucha, habilitację uzyskał w 1960 roku w zakresie prawa karnego, prawa procesowego i filozofii prawa. W następnych latach wykładał te przedmioty na Uniwersytecie Saarlandu w Saarbrücken. Od roku 1969 aż do przejścia na emeryturę, tj. do 1988 roku wykładał na Uniwersytecie Monachijskim, kierując Instytutem Filozofii Prawa i Informatyki Prawniczej. Jest honorowym doktorem Uniwersytetu w Tokio i w Atenach, członkiem Bawarskiej Akademii Nauk oraz wielu zagranicznych akademii i towarzystw naukowych. Bibliografia jego publikacji obejmuje około 350 pozycji, z których wiele doczekało się licznych wznowień i przekładów na języki obce (na amerykański, angielski, chiński, francuski, grecki, hiszpański, japoński, koreański, polski, portugalski, serbski, węgierski, włoski).

Chcąc wskazać kilka najważniejszych publikacji dotyczących podstawowych zagadnień filozofii prawa, przy świadomości nieuniknionego

elementu arbitralności, zwróciłbym uwagę na: *Naturrecht und Geschichtlichkeit* (1957)[1]; *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich — rechtsphilosophische Untersuchung* (1961)[2]; *Gesetz und Recht* (1962)[3]; *Analogie und „Natur der Sache". Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus* (1965)[4]; *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie* (1985)[5]; *Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft. Ansätze zu einer Konvergenztheorie der Wahrheit* (1986)[6]; *Vorüberlegungen zu einer juristischen Logik und Ontologie der Relationen. Grundlegung einer personalen Rechtstheorie* (1986)[7]; *Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit* (1989)[8]; oraz na swego rodzaju summę Arthura Kaufmanna

---

1 Mohr Verlag, Tübingen; także w: *Rechtsphilosophie im Wandel*, Athenäum Verlag, Frankfurt a. Main 1972, s. 1 nn., wyd. 2 zmienione, C. Heymanns Verlag, Köln 1984, s. 1 nn.

2 Winters Verlag, Heidelberg 1961. W 1976 roku ukazało się wyd. 2, przejrzane i uzupełnione dodatkiem (Winters, Heidelberg); część tej książki, w nieznacznie zmienionej formie, została opublikowana w 1972 roku pt. *Rechtspositivismus und Naturrecht in erkenntnistheoretischer Sicht*, w: *Rechtsphilosophie im Wandel*, *op. cit.*, (przyp. 1), 1972, s. 71 nn., 1984, s. 69 nn.

3 W: (red.) *Existenz und Ordnung. Festschrift für Erik Wolf zum 60. Geburtstag*, T. Würtenberger, W. Maihofer i A. Hollerbach, V. Klostermann Verlag Uniwersität Saarbrücken, Frankfurt a. Main 1962, s. 357 nn., także samodzielnie, Saarbrücken 1966 (Saarbrücker Universitätsreden, z. 4); oraz w: *Rechtsphilosophie im Wandel*, *op. cit.*, (przyp. 1), 1972, s. 135 nn.; 1984, s. 131 nn.

4 Müller Jur. Verlag, Karlsruhe; także w: *Rechtsphilosophie im Wandel*, *op. cit.*, (przyp. 1), 1972, s. 272 nn.; wyd. 2, poprawione i uzupełnione posłowiem, Decker & Müller Verlag, Heidelberg 1982.

5 W: (red.) A. Kaufmann, W. Hassemer (red.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, wyd. 5, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 1989, (wyd. 4, 1985); część opublikowana samodzielnie jako *Theorie der Gerechtigkeit. Problemgeschichtliche Betrachtungen*, Metzner Verlag, Frankfurt a. Main 1984.

6 Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 1986, s. 425 i nn.; z nieznacznymi zmianami, pt. *Die Rechtswissenschaft in der Spannung zwischen Normativität und Wissenschaftlichkeit*, w: *Zukunft der Wissenschaften*, Ruprecht-Karls-Universität, Heidelberg 1986, s. 24 nn.; skrócona wersja w języku polskim *O naukowości nauk prawnych. Podstawy konwergencyjnej teorii prawdy*, przeł. G. Skąpska, Colloquia Communia 1988/89, nr 6/1.

7 Rechtstheorie 17 (1986), s. 257 nn.; skrócona wersja w języku polskim *Rozważania wstępne nad logiką prawniczą i ontologią relacji. Założenia personalistycznej teorii prawa*, przeł. G. Skąpska, Colloquia Communia 1988/89, nr 6/1.

8 Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, München 1989.

filozofii prawa, którą jest wydana w 1997 roku w Monachium *Rechtsphilosophie*[9].

Zasadnicze artykuły oraz mniejszej objętości prace wydane samodzielnie, zostały zawarte w zbiorach: *Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges* (Athenäum C. Verlag, Frankfurt a. Main 1972; wyd. 2, zmienione, C. Heymanns Verlag, Köln 1984); *Strafrecht zwischen Gestern und Morgen. Ausgewählte Aufsätze und Vorträge* (C. Heymanns Verlag, Köln 1983); *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik — sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen* (C. Heymanns Verlag, Köln 1984); *Über Gerechtigkeit. Dreißig Kapitel praxisorientierter Rechtsphilosophie* (C. Heymanns Verlag, Köln 1993). Dla twórczości Kaufmanna istotne z pewnością jest także to, że jest on nie tylko uczniem Gustava Radbrucha, ale także wydawcą jego dzieł wszystkich, oraz autorem licznych prac na jego temat.

Szersze omówienie literatury dotyczącej twórczości Kaufmanna wykracza poza ramy tego opracowania[10].

---

9 Beck'sche Verlagsbuchhandlung. Jest to drugie poprawione i znacznie poszerzone wydanie *Grundprobleme der Rechtsphilosophie* (München 1994).

10 Do ważniejszych prac autorów polskich podejmujących problematykę hermeneutycznej filozofii prawa można zaliczyć: Marek Zirk-Sadowski, *Hermeneutyka a problemy filozofii prawa*, Studia Prawno-Ekonomiczne 28 (1982); *idem*, *Rozumienie ocen w języku prawnym*, Uniwersytet Łódzki, Łódź 1984; Tomasz Gizbert-Studnicki, *Das hermeneutische Bewußtsein der Juristen*, Rechtstheorie 18 (1987); *idem*, *Das Vorverständnisbegriff in der juristischen Hermeneutik*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 73 (1987); *idem*, *Die hermeneutischen Kriterien einer „legitimen" Interpretation*, Archivum Iuridicum Cracoviense 22 (1989); Jerzy Stelmach, *Filozoficzne podstawy hermeneutyki prawniczej*, Studia Prawno-Ekonomiczne 44 (1990); *idem*, *Die hermeneutische Auffassung der Rechtsphilosophie*, Verlag Rolf Gremer, Ebelsbach a. Main 1991; *idem*, *Hermeneutik und Theorie der jusisteischen Argumentation im Prozeß der Rechtsinterprettation und Rechtsbegründung*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 53 (1994); Henryk Leszczyna, *Hermeneutyka prawnicza — rozumienie i interpretacja tekstu prawnego*, Oficyna Naukowa, Warszawa 1996. Wprost samemu Arthurowi Kaufmannowi, obok mojej monografii *W poszukiwaniu ontologicznych podstaw prawa. Arthura Kaufmanna teoria sprawiedliwości*, Instytut Nauk Prawnych PAN, Poznań-Warszawa 1992 oraz artykułów *Arthura Kaufmanna próba przezwyciężenia pozytywizmu prawniczego*, Studia Prawnicze 1993, z. 1. *Arthura Kaufmanna personalistyczna teoria sprawiedliwości. W poszukiwaniu antropologicznych podstaw prawa*, w: *Filozofia*

Problematykę prawną Kaufmann podejmuje w różnych aspektach — począwszy od prac z zakresu dogmatyki prawa, poprzez konkretne problemy prawne zaangażowane filozoficznie, jak np. reforma prawa karnego, prawna regulacja eutanazji i aborcji, prawo do sprzeciwu wobec władzy, zagadnienie winy, aż po zagadnienia *sensu stricto* filozoficzne: co to jest prawo, jaka jest jego ontologiczna struktura, jakie są podstawy sprawiedliwości prawa i jej kryteria.

Twórczość Kaufmanna należy do filozofii prawa uprawianej przez prawników. Przede wszystkim jest związany z prawem karnym — jego habilitacja dotyczyła zasady winy (*Das Schuldprinzip*). Z dogmatyką prawniczą Kaufmann miał kontakt nie tylko poprzez działalność akademicką, ale także jako sędzia.

Kaufmanna filozofia prawa wyrasta przede wszystkim z neokantyzmu aksjologicznego reprezentowanego przez „późnego" Gustava Radbrucha, którego Kaufmann uważał za najważniejszego ze swych nauczycieli, oraz z hermeneutyki filozoficznej Hansa-Georga Gadamera, w którego zajęciach uczestniczył. W późniejszym okresie znaczący wpływ na Kaufmanna wywarł Charles S. Peirce, którego pracami posiłkował się, opracowując problematykę analogii (wiążąc ją z opracowanym przez Pierca zagadnieniem abdukcji) oraz ontologii relacji. Niektóre wątki poglądów Kaufmanna nawiązują do egzystencjalizmu Karla Jaspersa oraz antropologii Karla Löwitha. Obecne są także inspiracje tomistyczne i arystotelesowskie.

Jest to filozofia prawa o charakterze maksymalistycznym. Kaufmann wpisuje się w sięgającą starożytności tradycję uprawiania filozofii, w której stawia się pytania o całość; filozofia pyta o to, co to jest „byt w ogóle", byt „w całości"; filozofia prawa stawia pytania o to, co

---

*prawa a tworzenie i stosowanie prawa*, red. B. Czech, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Katowice 1992, były poświęcone m.in. następujące publikacje: Grażyna Skąpska i Jerzy Stelmach, *Stare i nowe interpretacje filozofii prawa Arthura Kaufmanna*, Colloquia Communia 1988/89, nr 6/1 (41–42); Jerzy Zajadło, *Filozofia prawa Arthura Kaufmanna*, Annales UMCS 34 (1989); W 2006 roku w literaturze niemieckiej ukazała się monografia Stefana Grote, *Auf der Suche nach einem „dritten Weg". Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns* (Nomos Verlag, Baden-Baden 2006) zawierająca bogatą bibliografię.

to jest prawo „w całości", prawo „w ogóle"[11]. Podejmuje wprost, we wzajemnym powiązaniu, fundamentalne zagadnienia należące do zasadniczych dziedzin filozoficznych — epistemologiczne, ontologiczne, etyczne, nie stroniąc także od zagadnień z zakresu logiki. Uprawiana przez niego filozofia ma charakter systemowy, co sprawia, że jej zrozumienie zakłada ujęcie całości propozycji. Sam Kaufmann uważa, że systemy filozofii prawa należą już do historii, jednak ta uwaga jest o tyle jedynie trafna w odniesieniu do niego samego, że jego filozofia prawa — w zgodzie z jego deklaracjami — nie zmierza do „gotowych rozwiązań" konkretnych kwestii prawnych, ale zmierza do ukształtowania pewnego sposobu refleksji nad prawem.

Zrozumienie propozycji Kaufmanna jest też o tyle trudne, że szereg terminów czy formuł używanych powszechnie w filozofii prawa i języku prawniczym nabiera w jego koncepcji bardzo specyficznego znaczenia; dotyczy to kategorii fundamentalnych, jak „natura rzeczy" czy „osoba". Jest to także koncepcja niepoddająca się prostym określeniom; niemal każda próba ogólniejszej charakterystyki musi być opatrzona komentarzem: „ale...", „przy czym...".

W swojej rozprawie habilitacyjnej — *Das Schuldprinzip* określał on filozofię prawa jako „ontologię regionalną" w sensie Martina Heideggera, odpowiadającą na pytanie: czym ze swej istoty jest prawo? Akcent jest położony na zidentyfikowanie struktury bytu, którym jest prawo, a nie na wskazanie innego bytu, od którego prawo pochodzi. Polemizował w tym punkcie z Wernerem Maihoferem, dla którego podstawowe pytanie filozofii prawa brzmiało: dlaczego prawo w ogóle istnieje, a nie raczej nic, i który wyjaśniając prawo wskazywał na człowieka, jako na jego podstawę[12]. Jednak w późniejszych pracach Kaufmann sam wykracza poza ontologię regionalną

11 *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik*, w: A. Kaufmann i W. Hassemer (red.), *Einführung...*, *op. cit.*, (przyp. 5), s. 1–6. Por. M. Heidegger, *Kant a problem metafizyki*, przeł. B. Baran, PWN, Warszawa 1989, s. 13 nn. Warto w kontekście filozofii współczesnej, niekiedy z założenia rezygnującej z całościowości ujęcia, przypomnieć Platona który całościowość uznawał za istotną cechę filozofii, Platon, *Państwo*, ks. VI, 486a.

12 A. Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, *op. cit.*, (przyp. 2), s. 97 n.

i wskazuje na osobę, jako na byt, w którym jest ugruntowane prawo. Pytanie o istotę prawa jest w gruncie rzeczy pytaniem o to, co „niedyspozycyjne", a to, co „niedyspozycyjne" wskazuje na jakiś byt. Kaufmann o tyle pozostaje wierny pierwotnej perspektywie podejmowania tematu, że chce rozwiązać problemy filozofii prawa jedynie na podstawie danych otrzymanych z analizy samego prawa. Osoba jest przez niego pojmowana bardzo specyficznie i zdaje się nie być niczym więcej, jak korelatem zidentyfikowanej struktury prawa.

Swoją teorię Kaufmann zarysowuje w kontekście sporu między klasycznym, skrajnym pozytywizmem prawniczym (Karl Bergbohm, Hans Kelsen) opierającym prawo na akcie stanowienia i bezsilnym wobec ustawowego bezprawia a racjonalistyczną szkołą prawa naturalnego (pojmującą prawo naturalne na sposób kodeksu), której zasadniczą wadą jest statyczność i niemożność uwzględnienia historyczności prawa. Jednemu i drugiemu kierunkowi będzie zarzucać utożsamianie normy z prawem. Wypracowując proceduralną koncepcję sprawiedliwości stara się także zdystansować wobec teorii redukujących sprawiedliwość do li tylko użyteczności lub traktujących sam proces urzeczywistniania prawa jako źródło jego słuszności (chodzi tu przede wszystkim o funkcjonalistyczno-systemową interpretację prawa N. Luhmanna i, częściowo, o koncepcje nawiązujące do teorii racjonalnego dyskursu).

Filozoficznoprawną propozycję Kaufmanna można najkrócej określić — jego własnymi słowami — jako osobowo ugruntowaną proceduralną teorię sprawiedliwości (*personal fundierte prozedurale Theorie der Gerechtigket*)[13]. W swych wcześniejszych pracach umiejscawiał on samego siebie w nurcie hermeneutyki filozoficznej[14], jed-

13 A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie, op. cit.* (przyp. 9), s. 293; wcześniej Kaufmann używał także określenia *„sachlich (personal) fundierte prozedurale Gerechtigkeitstheorie"*, zob. *idem, Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, op. cit.*, (przyp. 5), s. 139.

14 Np. A. Kaufmann, *Recht und Gerechtigkeit in schematischer Darstellung*, w: A. Kaufmann, W. Hassemer (red.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, op. cit.*, (przyp. 5), wyd. 1, 1977, s. 283. Praca ta nie znalazła się w czwartym, znacznie zmienionym, wydaniu *Einführung...* z 1985 roku ani wydaniach kolejnych; piąte wydanie z 1989 roku zostało poprawione i zaktualizo-

nak później przy określaniu swojej propozycji rezygnował z terminu „hermeneutyczna". Znamienne też, że w piątym wydaniu redagowanego wraz z Winfriedem Hassemerem podręcznika *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* (1989), w tytule jednej części opracowanych przez siebie rozdziałów zrezygnował z typowego dla gadamerowskiej hermeneutyki filozoficznej terminu „*Wirkungsgeschichte*", zastępując go określeniem „*Historischer Diskurs*"[15]. Kaufmann, jak sądzę, chciał w swoim projekcie dać wyraz pewnej fundamentalnej intuicji, która każe postawić człowieka jako osobę w centrum filozoficznej koncepcji prawa[16], co na gruncie hermeneutyki filozoficznej zdaje się być nieosiągalne. Wnioski niżej przedstawionych analiz każą wątpić, czy przedsięwzięcie Kaufmanna w tym punkcie się powiodło.

Odchodzenie od hermeneutyki filozoficznej typu gadamerowskiego zdaje się być także związane z sięgnięciem do filozofii Charlesa Pierce'a i próbą budowy logiki relacji. Hermeneutykę gadamerowską cechuje brak stałych zasad interpretacji, nieprzezwyciężalna wieloznaczność, niemożliwość formalizacji wnioskowań; natomiast Kaufmann dążył do tego, aby — zachowując trafne intuicje hermeneutyki dotyczące przede wszystkim transcendentalnych warunków procesów rozumienia i chcąc teoretycznie ugruntować przekonanie o niemożliwości sformalizowania i zautomatyzowania rozstrzygania w prawie — możliwie ściśle i precyzyjnie ujmować strukturę procesu dochodzenia do rozstrzygnięcia prawnego (czemu ma dopomóc logika relacji), co miało zapewnić intersubiektywną komunikowalność i sprawdzalność. Jako karnista i były sędzia musiał dostrzegać dylemat między opowiedzeniem się za radykalną historycznością

---

wane, w 2004 roku w nowym opracowaniu ukazało się siódme wydanie. Najważniejsza polska monografia dotycząca hermeneutyki filozoficznej Gadamera, zob. A. Bronk, *Rozumienie, dzieje, język. Filozoficzna hermeneutyka H.-G. Gadamera*, RW KUL, Lublin 1988.

15 A. Kaufmann, W. Hassemer (red.), *Einführung...*, *op. cit.*, (przyp. 5), 1989, s. 25.

16 „*Das Recht kann im letzten Grund nur dadurch legitimiert werden, dass es einem jeden das ihm als Person Zustehende gewährt: suum cuique trubuere*", *Rechtsphilosophie*, *op. cit.*, (przyp. 9), s. 205.

hermeneutyki filozoficznej, w której nie ma nigdy dwóch takich samych aktów rozumienia, także w odniesieniu do tego samego „faktu" a przekonaniem, że w danym systemie prawnym sprawiedliwe rozstrzygnięcie danego przypadku jest jedno i różne podmioty, o ile postąpią zgodnie z zasadami sztuki, potwierdzą trafność tego rozstrzygnięcia. To ostatnie przekonanie jasno daje o sobie znać w przyjmowanej przez Kaufmanna konwergencyjnej koncepcji prawdy, zgodnie z którą zbieżność rezultatów szeregu aktów poznawczych wskazuje na poznawaną rzeczywistość[17]. Uznanie możliwości owej zbieżności jest przekonaniem wyraźnie „niehermeneutycznym" w sensie gadamerowskim.

Za podstawowy fenomen domagający się wyjaśnienia uważa Kaufmann ustawowe bezprawie *Gesetzliches Unrecht*, na które zwracał uwagę Gustav Radbruch. Ustawowe bezprawie będące udziałem żyjących w dwudziestowiecznych państwach totalitarnych pokazało „wręcz z dokładnością, jaką daje eksperyment przyrodniczy"[18], że do rzeczywistości prawa należy coś więcej niż tylko zgodność z ustanowionymi normami[19]. Ustawowe bezprawie wskazuje na obecność w prawie czegoś „niedyspozycyjnego"[20], co domaga się uznania zarówno przez prawodawcę, jak i sędziego, jeśli prawo nie ma się przerodzić w bezprawie. Za zasadnicze zadanie, któremu powinna służyć wszelka filozofia prawa, uznaje Kaufmann oddzielenie prawa (*Recht*) od bezprawia (*Unrecht*)[21]; sprawiedliwość należy do istoty prawa, a termin „prawo niesprawiedliwe" to *contradictio in adiecto*.

---

17 *Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, *op. cit.*, (przyp. 6), *passim*.

18 A. Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, *op. cit.*, (przyp. 2), s. 43.

19 Por. tamże oraz *idem*: *Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, *op. cit.*, (przyp. 6), s. 442.

20 „*Unverfügbares*", por. A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik*, *op. cit.*, (przyp. 11), s. 13, 18; uznanie „niedyspozycyjności prawa" traktuje się niekiedy jako charakterystyczny moment współczesnej myśli prawnonaturalnej, por. W. Hassemer, *Das Naturrechtsproblem. Eine systematische Orientierung*, w: A. Kaufmann, W. Hassemer (red.), *Einführung...*, *op. cit.*, (przyp. 5), 1989, s. 148 i n.

21 „*Alle Rechtsphilosophie hat — unmittelbar oder mittelbar — der Aufgabe zu dienen, das Recht vom Unrecht zu scheiden*"; A. Kaufmann, *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*, *op. cit.*, (przyp. 5), s. 25.

Jeżeli, jak głosi pozytywizm, „tylko ustawa jest prawem i (...) każda ustawa jest prawem"[22] to norma prawa stanowionego jest jedynym kryterium właściwego rozstrzygnięcia prawnego. Każda norma prawna i tylko norma prawna określa, co jest prawem. Mamy więc do czynienia z utożsamieniem prawa — *Gesetz* z prawem — *Recht*. W takim utożsamianiu ustawy z prawem upatruje też Kaufmann istotę pozytywizmu prawnego[23]. „Prawo" nie jest wówczas niczym więcej niż terminem zbiorczym na określenie całości obowiązujących norm[24]. Rozstrzyganie polega na subsumcji danego przypadku pod odpowiednią normę prawną. W takiej perspektywie rola sędziego jest w zasadzie czysto „techniczna", jest on „ustami ustawy".

Słabość tak pojętego pozytywizmu ukazuje się zwłaszcza w kontekście ustawowego bezprawia: „Pozytywista, który widzi jedynie ustawy i zamyka się wobec wszelkich pozaustawowych momentów prawa jest z tego powodu (...) w zasadzie bezsilny wobec każdego spaczenia prawa przez siłę polityczną"[25].

Zdaniem Kaufmanna problem utożsamienia prawa — *Gesetz* z prawem — *Recht* nie jest specyficzny tylko dla pozytywizmu prawniczego, jest również obecny w takich koncepcjach prawnonaturalnych, które prawo naturalne utożsamiają z zespołem norm, ze swego rodzaju kodeksem moralnym. Z tego punktu widzenia zasadniczy problem filozofii prawa nie może być ujęty w postaci pytania: pozytywizm czy prawo naturalne. Zasadniczy problem dotyczy właściwego ujęcia relacji między ogólnymi normami lub zasadami wyrażanymi w prawie — *Gesetz* a konkretnym rozstrzygnięciem, które jest prawem — *Recht*; dokładnie: dotyczy funkcji, którą prawo —

---

22 „*Jedes Gesetz ist Recht — und (...) nur das Gesetz ist Recht*"; tenże, *Gesetz und Recht*, *op. cit.*, (przyp. 3), s. 5.

23 „*Was man Rechts- oder Gesetzespositivismus bezeichnet, ist nichts anderes als dieses Dogma der völligen Identität von Gesetz und Recht im Sinne der Alleinmaßgeblichkeit des Gesetzes und der absoluten Wesenslosichkeit des Rechts*"; *ibidem*.

24 *Ibidem*, s. 10.

25 A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik*, *op. cit.*, (przyp. 11), s. 17; polski przekład autorstwa J. Stelmacha wcześniejszej wersji tego artykułu z 1977 roku, ukazał się w: T. Gizbert-Studnicki (red.) i in., *Współczesna teoria i filozofia prawa na zachodzie Europy*, Uniwersytet Jagielloński, Kraków 1985, s. 7 i n.

*Gesetz* odgrywa w prawie — *Recht*[26]. Z tego też punktu widzenia można także powiedzieć, że Kaufmann poszukuje „trzeciej drogi" pomiędzy pozytywizmem a prawem naturalnym. Jednak sposób postawienia problemu przesądza już w dużej mierze o tym, że rozwiązania będą koncentrować się na strukturze prawa, co jest także zbieżne z perspektywą wyznaczoną pytaniami stawianymi w ramach ontologii regionalnej.

Ze względu na zasadnicze zadanie filozofii prawa, którym jest oddzielenie prawa od bezprawia, pojawiają się dwa podstawowe problemy filozofii prawa: co jest słusznym prawem, i jak słuszne prawo jest poznawane względnie „urzeczywistniane"[27]. Oba postawione pytania prowadzą do problemu sprawiedliwości, jako kryterium oceny prawa pozytywnego, a tym samym do zagadnienia podstaw obowiązywalności prawa[28]. Aby uzyskać poprawne odpowiedzi trzeba postawione pytania rozpatrywać łącznie, co — zdaniem Kaufmanna — nie było jak dotąd w sposób wystarczający brane pod uwagę[29]. Łączne rozpatrywanie tych pytań ma fundamentalne znaczenie z tego powodu, że prawo nie istnieje poza procesem jego poznawania, znajdowania (*Rechtsfindung*) czy „urzeczywistniania" (*Rechtsverwirklichung*), który jest procesem interpretacji. Interpretacja jest konieczna w zasadzie w każdym przypadku, nigdy nie jest tak, że dla jakiegoś przypadku jest „gotowe" prawo. Luki w prawie nie tylko są czymś, na co niekiedy się natrafia, nie są czymś wyjątkowym, ale jest to sytuacja „normalna" — prawo dla każdego konkretnego przypadku jest znajdowane w pewnym procesie interpretacji[30].

Nawiązując do analiz św. Tomasza z Akwinu dotyczących „*ius*", za prawo w zasadniczym tego słowa znaczeniu, za prawo w pełni

---

26 A. Kaufmann, W. Hassemer, *Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie. Ein Leitfaden*, Athenäum Verlag, Frankfurt a. Main 1971, s. 6.

27 *Idem*, *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*, *op. cit.*, (przyp. 5), s. 25. Przez „urzeczywistnianie prawa" (*Rechtsverwirklichung*) rozumie Kaufmann dochodzenie do konkretnego rozstrzygnięcia, a nie implementację prawa czy egzekwowanie rozstrzygnięć.

28 *Ibidem*.

29 *Ibidem*.

30 *Ibidem*, s. 16; por. *ibidem*, s. 4 n.

realne, Kaufmann uznał „samą rzecz sprawiedliwą" („*ipsa res iusta*"[31]), tzn. to, co jest sprawiedliwe w konkretnym przypadku. Z punktu widzenia prawa stanowionego, prawo w pełni realne to konkretne rozstrzygnięcie, do którego prowadzi proces znajdowania czy „urzeczywistniania" prawa.

W procesie „urzeczywistniania" prawa Kaufmann wyróżnia trzy zasadnicze płaszczyzny: ogólne zasady prawa, normy prawne i konkretne rozstrzygnięcie. Każda z tych płaszczyzn odgrywa istotną rolę, nieredukowalną do roli innej płaszczyzny. Najogólniej rzecz ujmując, ustalanie norm prawnych, co jest w gestii prawodawcy, polega na sprowadzaniu do odpowiedniości ogólnych zasad i możliwych warunków życia, natomiast znajdowanie rozstrzygnięcia konkretnego przypadku, czyli urzeczywistnianie prawa w pełnym tego słowa znaczeniu, polega na sprowadzaniu do odpowiedniości normy prawnej i konkretnych warunków życia: „Dopiero gdzie w stosunek wzajemnej odpowiedniości wejdą norma i konkretne warunki życia, powinność i byt, tam powstaje realne prawo. (...) *Prawo to wzajemna odpowiedniość powinności i bytu*"[32]. Normy prawne lub zasady prawa są jedynie prawem w możności (potencjalnym prawem). Kaufmann uważa, że już w tym punkcie przezwycięża fundamentalny dogmat pozytywizmu prawniczego głoszący, że „tylko prawo — *Gesetz* jest prawem i każde prawo — *Gesetz* jest prawem". Niedocenianie roli interpretacji w określaniu prawa, traktowanie prawa jako czegoś gotowego, opartego na czymś jednoznacznym, jest wadą zarówno klasycznego pozytywizmu, jak i racjonalistycznej koncepcji prawa naturalnego. Obie koncepcje przyjmują, że prawo jest gotowe w systemie abstrakcyjnych norm lub podstawowych zasad; a nie wyjaśniają dostosowywania ogólnych zasad i norm do zmiennych warunków[33].

---

31 *Summa theologiae*, 2–2, q. 57, a. 1, ad 1. Zob. A. Kaufmann, *Die „ipsa res iusta"* (1973), w: *idem*, *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik*, *op. cit.*, (s. 135), s. 53 i n.; por. *idem*, *Analogie und „Natur der Sache"*, *op. cit.*, (przyp. 4), 1982, s. 10 i n.

32 A. Kaufmann, *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*, *op. cit.*, (przyp. 5), s. 18.

33 A. Kaufmann, *Analogie und „Natur der Sache"*, *op. cit.*, (przyp. 4), s. 15 i n..; *idem*, *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik*, *op. cit.*, (przyp. 11), 1982, s. 17.

W konsekwencji Kaufmann odrzuca subsumcję jako podstawowy sposób znajdowania konkretnego rozstrzygnięcia prawnego. Stan rzeczy określony ogólnie w normie (w hipotezie normy prawnej) musi zostać odniesiony do rzeczywistych, konkretnych warunków życia[34]; musi zostać ustalone podobieństwo między nimi, muszą zostać zrównane ze względu na *ratio legis*[35]. W niektórych przypadkach podobieństwo to jest tak uderzające, że prawnik łatwo dostrzega „stosowalność" normy do danego przypadku. Jednak także w prostych przypadkach, zdaniem Kaufmanna, nie mamy do czynienia z prostym stosowaniem normy opartym jedynie na subsumcji[36]. Proces sprowadzania do wzajemnej odpowiedniości normy i konkretnych warunków życia jest złożony i ma dwa zasadnicze aspekty. Konkretne warunki życia uzyskują kwalifikację normatywną, zostają odniesione do normy poprzez ich analizę w perspektywie określonych w normach stanów faktycznych. W procesie tym są wydobywane okoliczności istotne ze względu na normy i w ten sposób jest konstruowany z konkretnych warunków życia pewien „stan rzeczy" („*Sachverhalt*")[37]. Z drugiej strony, normy zostają odniesione do konkretnych warunków życia. Konieczna jest konkretyzacja ogólnie sformułowanej normy ze względu na przypadek dany do rozstrzygnięcia, konieczne jest wyinterpretowanie „stanu faktycznego" („*Tatbestand*")[38]. Konstrukcja „stanu rzeczy" i interpretacja

---

34 „*Erst muß der im gesetzlichen «Tatbestand» begrifflich formulierte Normsachverhalt mit dem wirklichen konkreten Lebenssachverhalt in eine Relation gebracht werden*", *ibidem*.

35 W pewnym sensie można tę procedurę określić jako teleologiczną, gdyż owo zrównanie jest dokonywane ze względu na cel prawa, na wartości, którym ma służyć. Trzeba jednak tak pojętą metodę celowościową odróżnić od wykładni celowościowej, jako jednej z tradycyjnych metod wykładni. Kaufmann dla podkreślenia specyficznego rozumienia określenia „metoda teleologiczna", słowo „teleologiczna" umieszcza w cudzysłowie, np. Kaufmann, *Analogie und „Natur der Sache"*, *op. cit.*, (przyp. 4), 1982, s. 37.

36 Por. *ibidem*, s. 40.

37 *Ibidem*, s. 38, por. *idem*, *Vorüberlegungen...*, *op. cit.*, (przyp. 7), s. 264.

38 Opisując proces interpretacji Kaufmann umieszcza terminy „stan rzeczy" („*Sachverhalt*") i „stan faktyczny" („*Tatbestand*") w cydzysłowie, aby zaznaczyć specyficzny ich sens w jego teorii.

norm prowadząca do utworzenia „stanu faktycznego" nie są odrębnymi aktami następującymi jeden po drugim. Są raczej dwoma aspektami jednego procesu, który jest niezbędny do przyporządkowania do siebie normy i przypadku[39]. „Subsumować" można jedynie „stany rzeczy" pod „stany faktyczne"[40]. Konkretne prawo jest zatem w swej istocie relacją między normą a konkretnym przypadkiem[41]. Relacja ta ma charakter „wewnętrzny", tzn. współokreśla to, co dana relacja łączy (relata)[42]: „Kiedy norma prawna i konkretny przypadek zostaną do siebie przyporządkowane (...), wówczas owo przyporządkowanie powoduje, że obydwa elementy ulegają zmianie: powstaje ważny dla tego przypadku jeden i tylko jeden «stan faktyczny» i jeden dający się podeń subsumować «stan rzeczy» (niezależnie od tego odniesienia żadne nie jest tym, czym jest)"[43].

To, co dotyczy relacji między płaszczyzną konkretnego prawa a norm prawnych, *mutatis mutandis* dotyczy także relacji między poziomem norm prawnych a ogólnych zasad prawa (ideą prawa). W procesie „znajdowania" norm są sprowadzane do odpowiedniości podstawowe zasady prawa i możliwe warunki życia. Zasady muszą zostać skonkretyzowane, warunki życia zaś muszą zostać ujęte „normatywno-pojęciowo". W sformułowanym w normie prawnej stanie faktycznym[44] ustawodawca zbiera pewną grupę warunków życia, które

39 *Idem*, *Analogie und „Natur der Sache"*, *op. cit.*, (przyp. 4), 1982, s. 40, por. *idem*, *Vorüberlegungen...*, *op. cit.*, (przyp. 7), s. 264.

40 *Idem*, *Vorüberlegungen...*, *op. cit.*, (przyp. 7), s. 264. W takim kontekście jak ten, terminy „stan rzeczy" („*Sachverhalt*") i „stan faktyczny" („*Tatbestand*") używa Kaufmann w cydzysłowie, aby zaznaczyć specyficzny ich sens w jego teorii, gdy oznaczają one wynik procesu konstrukcji przypadku i interpretacji normy. Terminom „*Tatbestand*" i „*Sachverhalt*" w ich tradycyjnym znaczeniu najbliżej odpowiadałyby u Kaufmanna odpowiednio terminy „*Normsachverhalt*" i „*Lebenssachverhalt*", tłumaczone przeze mnie jako „stan rzeczy określony w normie" i „konkretne warunki życia". W tradycyjnym znaczeniu termin „*Tatbestand*" używany jest przez Kaufmanna z przymiotnikiem „*gesetzlich*", np. *Analogie und „Natur der Sache"*, *op. cit.*, (przyp. 4), 1982, s. 37, 46; w takim przypadku nie stosuję cudzysłowu.

41 *Idem*, *Vorüberlegungen...*, *op. cit.*, (przyp. 7), s. 264 i n.

42 *Ibidem*, s. 266.

43 *Ibidem*, s. 267.

44 Por. przyp. 33.

okazują się „równe" z jakiegoś istotnego punktu widzenia, np. ze względu na zagrożenia jakiegoś określonego dobra, i wyznacza dla nich pewien skutek prawny[45].

Rezultat procesu prowadzącego do ustalenia „stanu rzeczy" i „stanu faktycznego" jest niedowolny, „niedyspozycyjny". Różne podmioty w podobnych okolicznościach dojdą do podobnych rezultatów, wyinterpretują pewien sens[46], w którym konkretne warunki życia i normy (odpowiednio: możliwe warunki życia i ogólne zasady prawa) spotykają się, zostają sprowadzone do odpowiedniości. Ze względu na ten wyinterpretowany sens zachodzi relatywna tożsamość między normą a warunkami życia. Sens ten jest punktem, do którego zmierza zarówno proces rozstrzygania konkretnego przypadku, jak i proces ustalania norm. Ten właśnie sens nazywa Kaufmann „naturą rzeczy": „«Natura rzeczy» jest owym *topos*, w którym spotyka się byt z powinnością, jest metodycznym miejscem powiązania rzeczywistości z wartością. (...) «Natura rzeczy» stanowi sedno wnioskowania z analogii, a tym samym jest podstawą stanowienia i znajdowania prawa. Wnioskowanie od stanu rzeczy do normy lub od normy do stanu rzeczy jest zawsze wnioskowaniem poprzez «naturę rzeczy». Jest ona właściwym nośnikiem obiektywnego sensu prawnego, o który chodzi przy wszelkim poznaniu prawa"[47]. W takim ujęciu „natura rzeczy" nie jest traktowana jako *ultima ratio* wykładni prawa, nie jest także jedynie środkiem do uzupełniania luk w prawie[48] czy też jednym ze źródeł prawa (tego rodzaju co np. norma prawna)[49], ale jest „katalizatorem" obecnym w każ-

45 A. Kaufmann, *Analogie und „Natur der Sache"*, *op. cit.*, (przyp. 4), s. 42.

46 W hermeneutyce filozoficznej termin „sens" jest niedefiniowalnym terminem pierwotnym. Ogólnie można powiedzieć, że sens to zespół treści tworzący pewną całość, będący zarówno materiałem interpretacji, jak i jej rezultatem.

47 A. Kaufmann, *Analogie und „Natur der Sache"*, *op. cit.*, (przyp. 4), 1982, s. 44.

48 Por. G. Radbruch, *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, Darmstadt 1960 (1948), s. 15.

49 Por. W. Maihofer, *Die Natur der Sache*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 44 (1958), s. 172; por. T. Gizbert-Studnicki, *Koncepcje „natury rzeczy" w zachodnioniemieckiej filozofii prawa*, Etyka 19 (1981), s. 142 in.

dym akcie stanowienia prawa i rozstrzygania konkretnego przypadku, umożliwiającym sprowadzenie do wzajemnej odpowiedniości tego, co normatywne, i tego, co faktyczne, zasad prawa i możliwych warunków życia, oraz norm prawnych i warunków życia[50].

Zdaniem Kaufmanna proces urzeczywistniania prawa i będący jego podstawą proces sprowadzania do odpowiedniości norm i konkretnych warunków życia jest procesem hermeneutycznym[51]. Ustalenie relacji odpowiedniości między tym, co faktyczne i tym, co normatywne (przyporządkowanie konkretnym warunkom życia odpowiedniej jakości normatywnej), odbywa się na podstawie podobnych, analogicznych relacji warunków życia do ich kwalifikacji normatywnej. Wcześniejsze relacje stanowią „przed-sądy" („przesądy", *Voruteile*, w sensie hermeneutyki filozoficznej), stanowią historyczny horyzont rozumienia współokreślający sytuację interpretującego, stanowią „przed–rozumienie" (*Vorverständnis*) niezbędne do dokonania rozstrzygnięcia. Relacje te wskazują na okoliczności istotne z normatywnego punktu widzenia, a postulowana spójność systemu wymaga, aby to, co w jednym przypadku uznano za powiązane z określoną jakością normatywną, było za takie uznane w podobnej sytuacji. Proces interpretacji ma strukturę wnioskowania przez analogię, które jest oparte na proporcji[52]: stosunek warunków życia do kwalifikacji normatywnej musi być proporcjonalny do innych, wcześniejszych lub możliwych (pomyślanych) przyporządkowań tego typu; za cięższe przestępstwo winna być przewidziana surowsza kara niż za lżejsze[53].

---

50 A. Kaufmann, *Analogie und „Natur der Sache", op. cit.*, (przyp. 4), 1982, s. 57.

51 Kaufmann korzysta tu z hermeneutyki filozoficznej, por. *idem, Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik,* w: N. Horn (red.), *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart,* C.H. Beck Verlag, München 1982, t. I, s. 537 i n.; por. J. Stelmach, *Die hermeneutische Auffassung der Rechtsphilosophie, op. cit.*, (przyp. 10), zwł. s. 130 i n.

52 A. Kaufmann, *Analogie und „Natur der Sache", op. cit.* (przyp. 4), 1982, s. 18. Zagadnienie analogii w teorii Kaufmanna szeroko analizuję w trzeciej części mojej książki *W poszukiwaniu ontologicznych podstaw prawa, op. cit.*, (przyp. 10), s. 47 i n.

53 Schematycznie można to przedstawić jako proporcję: „morderca: złodziej = dożywotnie więzienie: rok więzienia", A. Kaufmann, *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, op. cit.*, (przyp. 5), s. 36.

Proces hermeneutyczny prowadzący do sprowadzenia do odpowiedniości norm i warunków życia jest ze swej istoty procesem, w którym przemianie, „obróbce" podlegają sensy. Sens jest nierozdzielnie związany z rozumiejącym podmiotem i tworzonym przez niego światem kultury; sama w sobie rzeczywistość nie zawiera żadnego sensu. O konkretnych warunkach życia wchodzących w ten proces można mówić tylko jako o pewnym sensie, określonym układzie treści, który jest pewnym projektem rozumienia danego przypadku. Podobnie norma może wejść w proces „urzeczywistniania" prawa jako projekt rozumienia tekstu prawnego. Projekty rozumienia norm i warunków życia podlegają interpretacji, której celem jest wypracowanie jednego „wspólnego" sensu, skonstruowanie tożsamych ze sobą „stanu rzeczy" i „stanu faktycznego". Konstrukcja „stanu rzeczy" i „stanu faktycznego" odbywa się w perspektywie rozumienia innych rozstrzygnięć w ramach danego porządku prawnego. Zastosowanie jednej normy jest w zasadzie zastosowaniem całego systemu obejmującego wszystkie normy[54]. Właściwa jest taka interpretacja, która pozwala na spójne rozumienie całości prawa — podobne traktowanie podobnego, z zachowaniem proporcjonalności przyporządkowania jakości normatywnej warunkom życia. „Prawo jest układem stosunków, które wszystkie od siebie nawzajem zależą i wzajemnie się warunkują"[55]; w procesie interpretacji prowadzącym do podjęcia rozstrzygnięcia, reinterpretacji ulegają wszystkie relacje tworzące prawo, sposób rozumienia nowej sytuacji rzutuje na rozumienie wszystkich innych przyporządkowań tego, co faktyczne, temu co normatywne[56]. Sprowadzenie do odpowiedniości bytu i powinności tego co faktyczne, z tym co normatywne,

---

54 „*Wenn man eine Gesetzesnorm anwendet, wendet man das Gesamtgefüge aller Gesetzesnormen an*", *idem*, *Vorüberlegungen...*, *op. cit*, (przyp. 7), s. 266.

55 *Ibidem*.

56 Mówiąc językiem hermeneutyki Gadamera zadaniem znajdującego prawo jest dokonanie stopienia historycznego horyzontu rozumienia wchodzących w grę norm z aktualnym horyzontem rozumienia wyznaczonym aktualną sytuacją hermeneutyczną; por. H.-G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Verlag,Tübingen 1975, s. 286 i n.

jest dziełem osobowego podmiotu. Poza tym procesem realne prawo nie istnieje. Kontekst, w którym podmiot interpretuje normy, jest jego własny i niepowtarzalny, stąd można też mówić o akcie twórczym[57]. Jednak normy i kontekst wyznaczający sens są czymś zastanym, choć zmieniającym się z każdym aktem podmiotu.

Ustalenie owego sensu „wspólnego" dla norm i warunków życia jest niedowolne — inne podmioty dojdą do podobnego rezultatu. Zgodnie z przyjmowaną przez Kaufmanna konwergencyjną koncepcją prawdy, powtarzalnemu zespołowi treści odpowiada jakiś „przedmiot" poznania[58]. Ten „przedmiot" nie ma innej treści, niż sens ukonstytuowany w hermeneutycznym procesie rozumienia. Można zatem powiedzieć, że „natura rzeczy" jest owym sensem lub że jest „przedmiotowym" jego korelatem. Jest ona *uniwersalne in re*, czymś powinnym w bycie[59]. „Natura rzeczy" nie istnieje jednak sama w sobie; jest „zachodzącą w rzeczywistości relacją między bytem a powinnością, między warunkami życia a jakością normatywną"[60]. Uprzedzając uwagi krytyczne warto już tu podkreślić, że z systemowego punktu widzenia „natura rzeczy" jest jedynie korelatem skonstruowanego sensu, jest rezultatem procesu konstruowania, którego zasadą jest spójność systemu wzajemnych przyporządkowań treści opisowych do normatywnych. W żadnym wypadku „natura rzeczy" w ujęciu Kaufmanna nie może być traktowana jako rzeczywistość transcendentna wobec układów sensów, co sam Kaufmann daje wyraźnie do zrozumienia także przez to, że używając tego terminu w znaczeniu wyznaczonym jego koncepcją, zawsze umieszcza go w cudzysłowie.

„Natura rzeczy" nie stanowi dla Kaufmanna ontycznej podstawy prawa. W tym punkcie zdaje się on opuszczać ontologię regio-

---

57 A. Kaufmann, *Analogie und „Natur der Sache"*, *op. cit.*, (przyp. 4), 1982, s. 57.

58 W tych kontekstach sam Kaufmann ujmuje słowo *Gegenstand* w cudzysłów, *Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft. Ansätze zu einer Konvergenztheorie der Wahrheit*, *op. cit.*, (przyp. 6), *passim*.

59 *Ibidem*, s. 44.

60 *Ibidem*, s. 56 i n.

nalną i, wraz z Maihoferem, pyta o racje, dlaczego prawo raczej jest, niż nie jest. Ponieważ „natura rzeczy" jest dopiero konstruowana w procesie „urzeczywistniania" prawa, zatem można, a skoro można, to — w filozofii — trzeba pytać o to, co w tym procesie jest pierwotne, o to, co jest materiałem w nim „obrabianym" i o to, co determinuje jego przebieg. Trzeba zatem pytać o ontyczną podstawę tego procesu, o rzeczywistość leżącą u podstaw procesu „urzeczywistniania" prawa. Rozstrzygającym pytaniem jest pytanie o „przedmiot", o „temat" dyskursu sprawiedliwościowego[61]: „Jeżeli ten cały układ stosunków, jakim jest prawo, nie ma się rozsypać — a to znaczy: jeśli nie ma być możliwe dowolne nazywanie tego (układu stosunków) «prawem», wówczas musi istnieć jakiś bytowy fenomen, dowolnie nie dający się manipulować, konstytuujący tożsamość, który jest równocześnie obecny zarówno wewnątrz, jak i poza procesem urzeczywistniania prawa i który go zabezpiecza jako proces *prawa;* fenomen, który musi mieć charakter procesualny i historyczny. Jest to pytanie o *bytowy charakter relacji* (...). Ostatecznie jest to pytanie o rzeczywistość"[62]. To „coś", mówiąc językiem Kaufmanna — ten fenomen — nie może być całkowicie poza procesem, gdyż wówczas należałoby uznać za podstawę prawa „ontologię substancjalną" (treść prawa byłaby determinowana poza procesem) ani całkowicie wewnątrz procesu, gdyż wówczas mielibyśmy rozwiązania czysto funkcjonalne (treść prawa byłaby determinowana tylko procesem); musi być jednocześnie „bytowe" (*seinshaft*), jak i procesualne (*prozeßhaft*)[63].

Odpowiedź Kaufmanna jest następująca: „Tym czymś poszukiwanym może być tylko człowiek, ale nie człowiek czysto empiryczny, oczywiście także nie czysto noumenalny, ale człowiek jako *osoba* (w sensie relacyjno-ontologicznym, nie moralnym ani antropologicznym), tzn. jako zespół relacji, w których człowiek znajduje się do innych ludzi lub do rzeczy"[64].

---

61 *Idem*, *Rechtsphilosophie*, *op. cit.*, (przyp. 9), s. 292.

62 *Idem*, *Vorüberlegungen...*, *op. cit.*, (przyp. 7), s. 270.

63 *Idem*, *Rechtsphilosophie*, *op. cit.*, (przyp. 9), s. 292.

64 *„Dieses Gesuchte kann nur der Mensch sein, aber nicht der rein empirische Mensch, freilich auch nicht der rein noumenale Mensch, sondern der Mensch als*

Osoba jest elementem pośrednim, w którym to, co istotnie różne — norma i stan rzeczy, są sprowadzane do odpowiedniości. Jest „miejscem", w którym dokonują się procesy urzeczywistniania prawa: osoba jest tym, co Kaufmann określa jako „«jak» (...) dyskursu normatywnego"[65], jest tym, co „poza" procesem określa procedurę[66]. Ten aspekt osoby ontologicznie ugruntowuje moment formalny prawa. Z drugiej strony, osoba determinuje treść prawa[67], jest „przedmiotem" prawa, jest treściami, które w procesie są „obrabiane". Kaufmann określa ten aspekt jako „co" procesu „urzeczywistniania" prawa.

Osoba będąc jednocześnie „jak" i „co" procesu urzeczywistniania prawa jest, mówiąc innymi słowami, strukturalną jednością relacji i tego, między czym ta relacja zachodzi[68]. Osoba nie jest ani przedmiotem, ani podmiotem. Nie jest substancją. Prawo jest relacją bytu i powinności. Relacje konstytuujące prawo (także to, co należy do sfery powinności, norm lub zasad), są z natury ogólne. Kaufmann podkreśla, że tego co ogólne nie uważa za realne. W konsekwencji nie uznaje realności relacji[69] i stwierdza: „Idę nawet tak daleko, że «osoby jako takiej» nie uznaję za realną"[70].

Ponieważ „Prawo nie obowiązuje nigdy dla pojedynczego człowieka, ale zawsze tylko dla «stosunku», w jakim ludzie znajdują się

---

*Person (im relationalontologischen, nicht im moralischen oder anthropologischen Sinne), d. h. als das Ensemble der Beziehungen, in denen der Mensch zu anderen Menschen oder zu Sachen steht.", idem, Rechtsphilosophie, op. cit.*, (przyp. 9), s. 292. Kaufmann często w swych kolejnych pracach korzystał z formuł wypracowanych w swych wcześniejszych pracach. W tej kluczowej formule, w porównaniu ze sformułowaniem z *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, op. cit.*, (przyp. 5), s. 140, dookreślając „człowieka" podkreślił, że nie chodzi o „czysto" empirycznego człowieka, dodał także, że nie chodzi o człowieka „czysto noumenalnego".

65 *Idem, Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, op. cit.*, (przyp. 5), s. 140.

66 Por. tenże, *Vorüberlegungen..., op. cit.*, (przyp. 7), s. 275.

67 Por. *ibidem.*

68 *„Struktureinheit von Relatio und Relata", ibidem.*

69 Por. *ibidem*, s. 272.

70 *„Ich gehe sogar soweit, daß ich «die Person als solche» nicht als real ansehe", ibidem.*

między sobą i wobec rzeczy"[71]; zatem osoba pojęta jako ontologiczny fundament prawa istnieje także tylko „pomiędzy". Będąc ontycznym korelatem tego, co decyduje o kształcie i treści procesu „urzeczywistniania" prawa, osoba musi posiadać cechy właściwe owemu procesowi: „Osoba jest *relacjonalna, dynamiczna, historyczna*. Osoba nie jest stanem, ale *wydarzeniem*, osoba jest aktem"[72].

Tak scharakteryzowana osoba jest — zdaniem Kaufmanna — podstawą do przezwyciężenia trudności racjonalistycznych koncepcji prawa naturalnego, które — przede wszystkim — w niedostatecznym stopniu uwzględniały historyczność prawa. Z drugiej zaś strony, osoba jest tym, co dane, co nie stoi do dowolnej dyspozycji i gwarantuje moment „niedyspozycyjności" prawa, a tym samym jej uznanie pozwala uniknąć trudności klasycznego pozytywizmu. Wskazanie na osobę, jako bytową podstawę prawa kończy poszukiwanie ontycznej podstawy prawa. Kaufmann sam określa swoją teorię jako „ugruntowaną w osobie proceduralną teorię sprawiedliwości"[73]; „Idea prawa jest ideą osobowego człowieka — albo jest niczym"[74].

Osoba uznana za ontyczną podstawę prawa jest rzeczywistością postulowaną w analizach procesu „urzeczywistniania" prawa ze względu na ten proces, jest warunkiem jego możliwości. Jest tym, co zapewnia jego jedność i gwarantuje momenty niedowolności stwierdzone w tym procesie. Osoba jest w omawianej teorii tożsama z prawem pojętym jako to wszystko, co decyduje o rozstrzygnięciu. Nie może być ona niczym ponad to, co dane w procesie

---

71 *Ibidem*, s. 273.

72 *Ibidem*, s. 274.

73 „*Eine personal fundierte Theorie der Gerechtigkeit*", *idem*, *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*, *op. cit.*, (przyp. 5), s. 141.

74 *Idem*, *Vorüberlegungen...*, *op. cit.*, (przyp. 7), s. 276; *idem*, *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*, *op. cit.*, (przyp. 5), s. 141; por. *idem*, *Kann die Natur Norm menschlichen Verhaltens sein? Zum Naturbegriff in Recht und Philosophie*, w: W. Böhme (red.), *Was ist das: die Natur? Über einen schwierigen Begriff*, Karlsruhe 1987 (Herrenalber Texte, t. 77), s. 51: „*Wenn es so etwas gibt, wie eine «Idee», eine «Natur» des Rechts, dann ist sie die Idee, die Natur des personalen Menschen. Oder sie ist gar nichts*".

„urzeczywistniania" prawa, czego prawo dotyczy, o czym traktuje, gdyż z punktu widzenia przyjętej przez Kaufmanna metody jest swego rodzaju ontologicznym korelatem tego procesu.

Z punktu widzenia tradycji klasycznej, w której osobę pojmuje się jako — mówiąc za Boecjuszem — jednostkową substancję natury rozumnej[75] lub jako — mówiąc za Tomaszem z Akwinu — coś szczególnie i doskonalej indywidualnego i jednostkowego[76], nadanie zespołowi relacji miana osoby trzeba uznać za zabieg arbitralny. Kaufmann odrzuca zarówno substancjalność, jak i indywidualność.

Jeśli osoba jako zespół relacji jest podstawą prawa, to pojawić się muszą trudności wynikające z pierwszeństwa tego, co ponadjednostkowe, ponadindywidualne, przed konkretnym człowiekiem[77]. Ustalenie tego, co dobre dla konkretnego człowieka, co sprawiedliwe, co się mu należy, może być oparte jedynie na zastanym systemie norm lub zasad i ich aplikacji do konkretnych lub możliwych sytuacji.

Jeśli bycie osobą uzna się za najistotniejszy aspekt życia konkretnego człowieka i za fundament podstawowych praw człowieka, to konsekwentnie trzeba by uznać, że prawo określa istotę bytu ludzkiego, gdyż określa właściwe człowiekowi cele, dobra. Cele, które określa prawo, nie są determinowane bytem konkretnego człowieka — podmiotu, lecz są determinowane czymś „zewnętrznym" — zastanymi, zmieniającymi się w każdym akcie interpretacji, relacjami.

Proces dochodzenia do „prawdy" polega u Kaufmanna na eliminowaniu z projektu rozumienia tych treści, które są z sobą sprzeczne, na takim przeinterpretowywaniu, które pozwala na spójne rozumienie, na sprowadzenie do odpowiedniości (w hermeneutyce

---

75 *„Persona est rationabilis naturae individua substantia"*, *De persona et duabus naturis in Christo*, c. 3 (PL 64, 1345 CD).

76 Tomasz z Akwinu o definicji osoby (*De definitione personae*), *Summa theologiae*, 1, q. 29, a. 1 co.

77 Konkretny człowiek nie jest bytową podstawą dla uznania podstawowych cech uznawanych tradycyjnie za decydujące o jego transcendencji wobec społeczeństwa: godności, zupełności i podmiotowości prawa, w tradycyjnym rozumieniu tych słów, por. M.A. Krąpiec, *Człowiek i prawo naturalne*, TN KUL Lublin 1986, s. 151 i n.

filozoficznej mówi się o „stapianiu horyzontów rozumienia"). Podstawą jedności jest realizacja postulatu niesprzecznej, spójnej interpretacji treści będących produktem procesu rozumienia. Również stwierdzenie indywidualności i samoistności podmiotu może być oparte tylko na konfiguracji określonych sensów. Kaufmann jest konsekwentny, uznając tradycyjne przeciwstawienie podmiot — przedmiot za nietrafne[78]. Ostateczne bowiem podstawy rozumienia bytu i człowieka jako podmiotu nie znajdują się w realnie istniejącej rzeczywistości (istniejącej niezależnie od procesów poznawczych), ale w strukturze procesu przekształcania sensów i w języku wyznaczającym zmienne sensy. Spójność okazuje się ostatecznym kryterium istnienia i zasadą konstytucji bytu. Skoro byt ugruntowany jest w spójności procesów poznawczych, to trudno oczekiwać w danej teorii, aby wskazała inne, poza spójnością, podstawowe czynniki ugruntowujące „niedyspozycyjność" prawa, sprawiedliwość.

Konsekwentnie do przyjętych rozwiązań ogólnoteoretycznych, w koncepcji Kaufmanna nie są wskazane „niedyspozycyjne", w sensie — nienaruszalne, ontyczne podstawy tego, aby każdego człowieka uznać za osobę. Bycie osobą nie jest ontologicznie osadzone ani w „empirycznym człowieku", ani w „człowieku noumenalnym", w sensie kantowskim. Jest osadzone w relacjach, które są częściowo niedyspozycyjne — ich treść zmienia się wraz z prawidłową interpretacją. Kaufmann stwierdza wprost: „Człowiek nie jest «z natury» osobą. Osobami stają się ludzie przez to, że uznają się nawzajem za osoby (przez co równocześnie uznają prawo)"[79]. O tym, kim jest osoba decydują w gruncie rzeczy relacje prawne, których treść nie stoi do dyspozycji człowieka[80]. Ludzie wchodzą w te relacje poprzez wzajemne uznanie się jako osoby, co jest równoznaczne z uznaniem prawa[81]. A ponieważ prawo, które trzeba uznać, aby być osobą, i które konstytuuje osobę, ulega ciągłym przemianom, to nie ma systemowych podstaw zabezpiecza-

78 Por. A. Kaufmann, *Gedanken...*, *op. cit.*, (przyp. 51), *passim*, zwł. s. 545.

79 *Idem*, *Vorüberlegungen...*, *op. cit.*, (przyp. 7), s. 274 i n.

80 Por. *ibidem*, s. 273.

81 Por. *ibidem*, s. 275.

jących przed tym, że pewni ludzie nie zostaną uznani za osoby, i nie będą posiadali podstawowych praw, gdyż człowiekowi przysługują realnie prawa dopiero wtedy, gdy zostanie on uznany za osobę i sam uzna innych za osoby[82]. Człowiek jako osoba jest podmiotem prawa o tyle, o ile urzeczywistniając prawo „obrabia" zastane sensy, zależnie od ich aktualnej konfiguracji. Z tego punktu widzenia koncepcja Kaufmanna może okazać się bezbronna wobec pewnych przejawów ustawowego bezprawia wymierzonych nawet w całe grupy ludzi, którym — ze względu na konfigurację interpretowanych sensów lub ze względu na brak odpowiedniego uznania — odmówi się statusu osoby i podstawowych praw.

Koncepcja Kaufmanna, jako propozycja należąca do filozofii maksymalistycznej, domyślana „do końca" prowadzi do klasycznej, można powiedzieć „wielkiej" problematyki metafizycznej, do problematyki monizmu i pluralizmu bytowego. Ponieważ „osoba" ma być fenomenem jednoczącym całość prawa („Prawo jest układem stosunków, które wszystkie od siebie na wzajem zależą i wzajemnie się warunkują"[83]; wskazując na osobę w kontekście poszukiwania warunku tego, co należy przyjąć Kaufmann pisał: „jeśli ten cały układ stosunków, jakim jest prawo, nie ma się rozsypać"[84]); i ponadto, „osoba" jako układ relacji będący ontyczną podstawą prawa musi zawierać w sobie całość, wszystkie relacje; a będąc fundamentem „jak" procesu urzeczywistniania prawa musi gwarantować spójność, zatem i jedność tego procesu, musi być wspólnym źródłem wszystkich procedur; zatem ontyczną podstawą prawa musi być **jedna** „osoba". Prawo, tworząc „osobę" jako przedmiot i podmiot prawa, bytowo się usamodzielnia. Bytowo usamodzielniają się relacje i one determinują rozumienie konkretnego człowieka „z krwi i kości" stojącego wobec prawa. Owa „jedna osoba" może być postrzegana przez konkretnego człowieka jako Lewiatan roszczący sobie

82 Godzi to wprost w ideę przyrodzonej i niezbywalnej godności jako źródła praw człowieka.

83 *Ibidem*, s. 266.

84 *Ibidem*, s. 270.

prawo do władzy absolutnej. Pojawia się pytanie, dlaczego cele, które wyznacza prawo, cele owej jednej „osoby" mają być celami konkretnego człowieka? Dlaczego konkretny człowiek ma być karany w imię tak pojętej „osoby"?

Z perspektywy konkretnego człowieka trudno uznać wskazanie na wszechogarniającą „osobę" za zadowalającą odpowiedź na pytanie, skąd się bierze normatywny, zobowiązujący charakter sensów, wobec których staje i które „obrabia" konkretny człowiek.

Propozycja Kaufmanna rozsadza tradycyjne ujęcie, w którym konkretnego człowieka uznaje się za osobę, także i z tego powodu, że gdyby człowiek był „osobą" w sensie Kaufmanna, to trzeba by uznać, że konkretny człowiek jest zespołem relacji, że — konsekwentnie — nie jest w pełni realny. Bycie „osobą" jest w tej teorii jedynie relacyjną właściwością bytu ludzkiego. Można także powiedzieć, że konkretni ludzie uczestniczą w byciu „osobą", podobnie jak uczestniczą w tradycji. Jak się zdaje, „osobę" w sensie Kaufmanna można, nie narażając się na duży błąd, pojmować jako korelat tradycji w sensie gadamerowskim.

Kaufmann utożsamiając osobę z relacjami fundującymi prawo unika odpowiedzi na pytanie o ontologiczny fundament powinności, normatywności jako takiej, o ontologiczny fundament tego, co jako powinne wchodzi do procesu „urzeczywistniania" prawa. Rekonstruując stanowisko Kaufmanna w kwestii ontologicznego ugruntowania elementu powinnościowego, należy skonstatować uznanie przez niego rozdziału między bytem a elementem normatywnym. Za Gadamerem należy, jak się zdaje, uznać, że to, co powinne jest zawarte w tradycji, w kulturze, i co — mówiąc językiem Kaufmanna — współkonstytuuje osobę.

Z tego punktu widzenia można zauważyć, że Kaufmann nie wskazuje niezależnego od kultury ontologicznego fundamentu elementu powinnościowego. Nie ma zewnętrzego wobec kultury punktu odniesienia, który pozwoliłby na zakwestionowanie kultury „dryfującej" w kierunku kultury ugruntowującej ustawowe bezprawie. W ujęciu Kaufmanna zabezpieczeniem miałaby być całościowość spojrzenia na prawo. Spójna interpretacja zasadniczo eliminuje

dewiacje prawa; z jej punktu widzenia pewne systemy prawne czy konkretne rozstrzygnięcia mogą być uznane za „bezprawne". Jednak bez odpowiedzi pozostają pewne fundamentalne pytania.

W nieco innym kontekście powraca tu pytanie, które zadaje konkretny człowiek postawiony wobec prawa: dlaczego właściwie konkretny człowiek ma uznać, że prawo jest oparte na całościowej spójnej interpretacji zastanych sensów? Dlaczego konkretny człowiek ma się poświęcać w imię spójnej interpretacji?

Pojawia się także ważny problem z ujęciem pewnych aspektów fenomenu ustawowego bezprawia. Co zrobić w sytuacji, gdy równolegle pojawiają się istotnie różne systemy interpretacyjne? Przyjmując perspektywę hermeneutyki należy uznać, że w miarę postępujących procesów interpretacji któryś z tych systemów zdobędzie pozycję dominującą i przy radykalnych niespójnościach z innym systemem doprowadzi do zniszczenia tego systemu. Takie spojrzenie dobrze wyjaśnia stosunek Kaufmanna do obywatelskiego nieposłuszeństwa. Charakteryzując swoją koncepcję przytacza on słowa Ericha Kästnera wygłoszone przez niego na posiedzeniu PEN Klubu w 1953 roku w 25. rocznicę publicznego spalenia książek przez faszystów: „Zdarzeniom lat 1933–1945 można było zapobiec najpóźniej do roku 1928. Potem było za późno. Nie wolno czekać, aż walka o wolność zostanie nazwana zdradą państwa. Nie wolno czekać aż kulka śniegu zmieni się w lawinę. (...) Lawiny nikt już nie zatrzyma. Ustaje ona dopiero wówczas, gdy wszystko pod sobą pogrzebie"[85]. Jednak do czego można się odwołać zanim któryś z konkurujących ze sobą systemów nie ulegnie zniszczeniu? Kaufmann sam zdaje się uznawać bezsilność swojej koncepcji w takiej sytuacji: „Konflikt między ustawą i sumieniem nie może być rozwiązywany w ten sposób, że sędziemu wolno by było zlekceważyć ustawę, aby urzeczywistnić prawo. (...) To właśnie myśl przewodnia prawa zobowiązuje sędziego

85 Cyt. za A. Kaufmann, *Das Widerstandsrecht der Kleinen Münze* (1981), w: W. Krawietz, T. Mayer-Maly i O. Weinberger (red.), *Objektivierung des Rechtsdenkens. Gedächtnisschrift für Ilmar Tammelo*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin 1984, s. 93.

w jego sumieniu, pójść za obowiązującym prawem również tam, gdzie w pojedynczym przypadku nie jest to sprawiedliwe. Chodzi więc tu w rzeczywistości o konflikt sumienia z sobą samym. Dlatego konflikt ten jest ostatecznie nierozwiązywalny"[86]. W gruncie rzeczy jest to przyznanie się do bezsilności wobec ustawowego bezprawia, bezsilności wynikającej z rozwiązań ogólnoteoretycznych.

Warto jeszcze spojrzeć na koncepcję Kaufmanna w perspektywie klasycznej refleksji nad prawem w ogóle i prawem naturalnym, opartej na filozofii Arystotelesa i Tomasza z Akwinu; tradycji, do której Kaufmann także sięga, o czym świadczą choćby stosunkowo liczne odwołania do prac tych autorów[87]. Podkreślić przy tym trzeba, że w rozpatrywanym przez Kaufmana sporze pozytywizmu z koncepcjami prawa naturalnego, adwersarzem pozytywizmu są racjonalistyczne koncepcje prawa naturalnego, a nie koncepcja Akwinaty. Poniższe uwagi mają na celu umieszczenie poszukiwanej przez Kaufmanna „trzeciej drogi" w perspektywie tej właśnie tradycji refleksji nad prawem naturalnym.

Kaufmann ze swoistym przejęciem zauważa, że nawet Tomasz z Akwinu, którego on uważa za typowego zwolennika ugruntowania prawa w ontologii substancjalnej, a nie relacyjnej, uznaje, że „*ordo non est substantia, sed relatio*" — „porządek nie jest substancją, ale relacją"[88]. Znamienne jest dopowiedzenie na ten temat w *Rechtsphilosohie*, w którym Kaufmann — w odpowiedzi na krytykę — podkreśla, że nigdy nie przeceniał Tomasza z Akwinu, a w przywołanym tu kontekście przywoływał jego formułę, aby pokazać, że „**nawet**" taki zwolennik ontologii substancjalnej musiał przyznać, że relacje są osnową prawa. Oceniając stosunek Kaufmanna

---

86 *Idem, Gesetz und Recht, op. cit.*, (przyp. 3), 1966, s. 20 i n.; por. *idem, Recht und Sittlichkeit aus rechtsphilosophischer Sicht,* w: J. Gründel (red.), Recht und Sittlichkeit, Herder Verlag, Freiburg (Schweiz) 1982, s. 60.

87 Znamienne, że w dodatku do *Theorie der Gerechtigkeit, op. cit.*, (przyp. 5), znalazło się pięć krótkich fragmentów, z których dwa pochodziły z prac Radbrucha, po jednym z Kanta, Tomasza z Akwinu i Arystotelesa.

88 Np. A. Kaufmann, *Vorüberlegungen..., op. cit.*, (przyp. 7), s. 270; *idem, Rechtsphilosophie, op. cit.* (przyp. 9), s. 292.

do filozofii Tomasza z Akwinu należałoby zauważyć, że Kaufmann nie doceniał obecności problematyki relacji w filozofii Akwinaty. W filozofii Tomasza z Akwinu, jak i już u Arystotelesa, uznanie relacji za fundament prawa nie jest żadnym „nawet", ale jest całkowicie oczywiste w systemie, w którym kategoria dobra, kluczowa dla całej filozofii praktycznej, ma charakter relacyjny. Uwagi, które Kaufmann czyni w *Rechtsphilosophie* w odpowiedzi na krytykę zarzucającą mu przecenianie Tomasza, odsłaniają zasadniczy powód, dla którego określa Akwinatę zwolennikiem ontologii substancjalnej. Mianowicie Kaufmann dystansuje się wobec uznawanego przez Akwinatę poglądu, że „substancja, a nie relacja jest fundamentem i podstawą *omnium aliorum entium*"[89]. Kontekst wskazuje, że — zdaniem Kaufmanna — uznanie tej tezy jest charakterystyczne dla ontologii substancjalnej. Odrzucając tę tezę Kaufmann uznaje pierwszeństwo relacji, a przez to wtórność konkretnego człowieka względem systemów relacji, w tym prawa.

W ujęciu tradycyjnym u podstaw rozumienia prawa leży relacja konkretnego człowieka do konkretnego dobra, które jest „rzeczą sprawiedliwą"; przy czym relacja ta jest ontologicznie osadzona w odpowiedniości zachodzącej między czymś a kimś[90]. To jest bodaj najistotniejszy punkt decydujący o tym, że mamy do czynienia z koncepcją prawnonaturalną, a nie pozytywistyczną. Z tej perspektywy typowa dla pozytywizmu ogólna teza o rozdziale między prawem a moralnością (a innymi standardami normatywnymi) musi być uzupełniona o element ontologiczny. Charakterystyczna dla pozytywizmu jako oponenta koncepcji prawnonaturalnej będzie ontologiczna teza

89 *Idem*, *Rechtsphilosophie*, *op. cit.*, (przyp. 9), s. 292. Wagę analizowanych tu stwierdzeń podnosi fakt, że Kaufmann stosunkowo rzadko odnosił się wprost do dotyczących go polemik; w tym przypadku odniósł się do uwag Hermanna Klennera (F. Haft i in. (red.), *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Heidelberg 1993, s. 177).

90 Zarys personalistycznej koncepcji prawa naturalnego opartej na tradycji arystotelesowsko-tomistycznej, zob. M. Piechowiak, *Filozofia praw człowieka. Prawa człowieka w świetle ich międzynarodowej ochrony*, TN KUL, Lublin 1999, s. 226 i n.

o rozdziale, mianowicie teza o rozdziale między prawem a obiektywnym porządkiem dóbr człowieka[91]. Taka ontologiczna teza o rozdziale pośrednio wyznacza sposoby pojmowania moralności. Tradycja prawnonaturalna, o której tu mowa, nie zadowoli się uznaniem tezy o koniecznym powiązaniu prawa i moralności, dopóki nie dookreśli się ontologicznych fundamentów moralności; w przeciwnym razie grozi, że pozytywizm prawniczy zostaje zamieniony np. na równie nieakceptowalny „pozytywizm potocznych wartościowań".

W tradycji klasycznej fundamentalna relacja jest relacją zastaną, a nie konstytuowaną. Generalnie rzecz ujmując, przede wszystkim w sferze tego, czego nie wolno[92], powinność jest czymś wtórnym względem tej relacji — np. nie ma relacji odpowiedniości (jest relacja braku odpowiedniości) między człowiekiem a torturami. Normatywność jest elementem realnych, konkretnych relacji. Ogólne normy są jedynie uogólnieniem dostrzeżonych prawidłowości w zakresie zachodzenia lub niezachodzenia pewnego typu relacji. Mówiąc jeszcze innymi słowy — w prawnonaturalnej refleksji opartej na tradycji arystotelesowskiej uznaje się, że sama rzeczywistość jest uporządkowana w sposób znaczący dla ludzkiego działania. Takie postawienie sprawy nie przeszkadza w uznaniu, że z pewnością są wielkie obszary określania „rzeczy sprawiedliwej", prawa — *Recht*, w których nie można się obejść bez ludzkiego stanowienia (u Akwinaty jest to co najmniej sfera *ius positivum*). Wystarczy także sięgnąć do Arystotelesa, aby dostrzec,

---

91 O sposobach pojmowania pozytywizmu prawniczego, zwłaszcza w kontekście ontologicznej tezy o rozdziale, zob. M. Piechowiak, *Pozytywizm prawniczy*, hasło w: *Powszechna encyklopedia filozofii*, red. A. Maryniarczyk, t. 8, Polskie Towarzystwo Tomasza z Akwinu, Lublin 2007.

92 Z punktu widzenia badania ontologicznych podstaw prawa aspekt negatywny (czego nie wolno, co jest niesprawiedliwe, co jest niesłuszne), jest uprzywilejowany i tam przede wszystkim należy szukać tego, „co zastane", „niedyspozycyjne"; i dokonywanie porównań różnych tradycji właśnie w tym punkcie zdaje się być szczególnie obiecujące. Por. wypowiedź Kaufmanna: „*Wir können nicht sagen, was schlechthin «richtiges Recht» ist oder was die «guten Sitten» sind, wir können nur sagen, was schlechthin ungerecht und schlechthin unsittlich ist.*" *Rechtsphilosophie*, *op. cit.*, (przyp. 9), s. 290.

że w refleksji nad prawem opartej choćby na samych fundamentach jego filozofii praktycznej, nie można zaakceptować prostej subsumcji jako sposobu dochodzenia do rozstrzygnięcia, gdyż uznaje on, że „w rozważaniach (...) dotyczących postępowania twierdzenia ogólne uboższe są w treść, te zaś, które dotyczą jednostkowych przypadków, więcej zawierają prawdy"[93]. Przesądza to o niemożliwości wyłącznego oparcia się na prawie stanowionym, które ze swej natury jest ogólnie sformułowane. Na dowartościowanie interpretacji i rozmaitych, w tym kulturowych, uwarunkowań poznania, tradycyjna koncepcja prawa naturalnego jest z pewnością otwarta. Istota sporu dotyczy ontologicznej tezy o rozdziale, i z tej perspektywy tradycyjni prawnonaturaliści uznają za dopuszczalne opatrywanie etykietką „pozytywizm" wszelkich koncepcji przyjmujących ontologiczną tezę o rozdziale. W tej perspektywie fundamentalny spór będzie nadal przebiegał między koncepcjami prawa naturalnego a pozytywizmem. Z tego punktu widzenia, postulowane coraz częściej w literaturze, zastąpienie tradycyjnego podziału koncepcji filozoficznoprawnych na pozytywistyczne i prawnonaturalne, podziałem na koncepcje pozytywistyczne i niepozytywistyczne, będzie postrzegane jako odejście od istotnej problematyki; a mając na uwadze ogłaszaną już wprost śmierć pozytywizmu związaną z niedoborem skrajnych pozytywistów i trudnościami z podaniem akceptowalnej charakterystyki tego nurtu[94], można oczekiwać, że ta lansowana nowa linia podziału okaże się intelektualnie jałowa i nieprzydatna, związana raczej z problematyką teorii niż filozofii prawa.

Jak z tej perspektywy prezentuje się koncepcja Kaufmanna? Fundamentalna relacja zachodzi nie między kimś a odpowiadającym mu czymś, ale między bytem (tym, co faktyczne) a powinnością (tym, co normatywne). Dopiero ukonstytuowanie tej relacji pozwala

93 *Etyka nikomachejska*, 1107 a; przeł. D. Gromska, *Arystoteles, Dzieła wszystkie*, t. 5, Warszawa 1996, s. 114.

94 L. Morawski, *Pozytywizm „twardy", pozytywizm „miękki" i pozytywizm „martwy"*, Ius et Lex 2 (2003), s. 319–345.

na ukonstytuowanie relacji między kimś a czymś. Co więcej, nie ma żadnych (nawet dotyczących nieodpowiedniości między kimś a czymś) zastanych relacji tego typu, które nie byłyby rezultatem hermeneutycznego procesu sprowadzania do odpowiedniości tego, co normatywne, z tym, co powinne. W ujęciu Kaufmanna relacja odpowiedniości między kimś a czymś, między realnymi, konkretnymi bytami, konkretnym człowiekiem a konkretnym bytem (w tym także działaniem), jest wtórna wobec relacji odpowiedniości między tym, co normatywne, a tym, co faktyczne.

Charakterystyczne, że Kaufmann w zasadzie nie podejmuje problemu ontologicznego ugruntowania samej sfery powinności tego, co normatywne. Polemizując z racjonalistycznymi koncepcjami prawa naturalnego i formułując swoją propozycję w ich kontekście, w ogóle nie porusza zatem jednego z zasadniczych aspektów sporu między pozytywizmem prawniczym a koncepcjami prawa naturalnego. Owszem, należy zauważyć, że proces znajdowania prawa jest pewnego typu procesem poznawczym, intersubiektywnie komunikowalnym i sprawdzalnym, jednak rezultatem nie jest uzgodnienie myśli z przedmiotem (prawda pojmowana w sposób klasyczny), ale poprawne skonstruowanie przedmiotu. To samo dotyczy poznawania tego, co normatywne. Problem jednak tkwi w tym, że dokonuje się to bez uwzględnienia ontycznej, pierwotnej wobec procesów rozumienia, relacji konkretnego człowieka do tego, co normatywne.

W porównaniu z tradycją klasyczną bardzo wyraźnie widać, że Kaufmann wpisuje się w nurt filozofii kantowskiej uznającej pierwotny ontologiczny rozdział między bytem a powinnością. Choć uważa, że w swej koncepcji uwzględnia jedność bytu i powinności, że niejako przywraca ją filozofii prawa, to czyni to jednak w perspektywie typowo kantowskiej, jedność jest dopiero konstytuowana. Ponadto wszystko, co normatywne, łącznie z prawem — *Recht*, należy do świata kultury. Powinność traktuje jako coś zastanego. Konkretne zastosowanie tego, co powinne, jest oparte na innych zastosowaniach, na innych relacjach odpowiedniości między tym, co powinne a tym, co faktyczne, niemniej jednak, z punktu widzenia „materiału" wyjściowego, w sferze powinności pierwotne jest

to, co ogólne, i jako takie pozostające — zdaniem samego Kaufmanna — w sferze tego, co nie jest realne[95]. Widać to bardzo dobrze w wypowiedzi Kaufmanna polemicznej wobec nurtów dopuszczających „znajdowanie" prawa na podstawie samego konkretnego przypadku: „Postulowanie znajdowania prawa bez oparcia się o ustawy nie może (...) oznaczać, że prawo mogłoby być znalezione bez ogólnej normy, jedynie z konkretnej «natury rzeczy», lecz oznacza raczej, że sędzia zamiast ustawami państwowymi kieruje się własnymi normami, normami swojego wyczucia sprawiedliwości i wyczuciem prawa."[96]

Nie podejmuje problemu obiektywnego (w sensie: niezależnego od procesów zachodzących na płaszczyźnie świadomości jednostkowej czy zbiorowej) ugruntowania tego, co powinne. Innymi słowy — nie podejmuje problemu, czy kultura, zwłaszcza obecna w niej normatywność, jest ugruntowana w istniejącym niezależnie od kultury bycie (choćby było tak, że tego bytu niezależnie od kultury ująć nie można). Klasyczny prawnonaturalista będzie twierdził, że takie ugruntowanie istnieje, choć może je pojmować w bardzo różny sposób, pozytywista będzie takie ugruntowanie odrzucał. Z tego punktu widzenia Kaufmana w ogóle nie podjął wprost sporu między pozytywizmem a prawem naturalnym. W jego koncepcji prawo naturalne zostaje utożsamione z prawem — *Recht*, gdyż zdaniem Kaufmanna istnieje tylko jedno prawo — *Recht* mające aspekt „pozytywny" i prawnonaturalny zarazem[97]. Trudno to uznać za przezwyciężenie typowej pozytywistycznej tezy o rozdziale między prawem a moralnością (prawem naturalnym). Choć w koncepcji Kaufmanna to, co prawnonaturalne, w sposób istotny decyduje o kształcie prawa, jest istotnie związane z definicją prawa; to jednak, co ważniejsze, nie ma treściowych standardów normatywnych, które

95 Zob. A. Kaufmann, *Vorüberlegungen...*, *op. cit.* (przyp. 7), s. 272.

96 *Idem*, *Gesetz und Recht*, *op. cit.*, (przyp. 3), 1966, s. 20 i n.; por. *idem*, *Recht und Sittlichkeit...*, *op. cit.*, (przyp. 86), s. 60.

97 *Idem*, *Recht als Maß der Macht* (1958), w: *Rechtsphilosophie im Wandel*, *op. cit.*, (przyp. 1), 1972, s. 48.

pozwoliłyby zakwestionować sprawiedliwość jakiegokolwiek prawa — *Recht* otrzymanego w poprawnie przeprowadzonym procesie „urzeczywistniania" prawa. Dogmat klasycznego pozytywizmu: tylko prawo — *Gesetz* jest prawem, i każde prawo — *Gesetz* jest prawem; Kaufmann przeformułował w zasadę: tylko prawo — *Recht* jest prawem i każde prawo — *Recht* jest prawem; gdzie prawo — *Recht* jest także prawem pozytywnym określonego porządku prawnego. Pozytywizm poprawnej subsumcji zamienił na pozytywizm poprawnej interpretacji. Gdy klasyczny pozytywista nie dyskutuje z aktami normatywnymi, które będą stosowane do konkretnych przypadków, i nie może im przeciwstawić kwestionującego je normatywnego kryterium, o tyle pozytywista hermeneutyczny nie dyskutuje z zastanym układem sensów, które wejdą w proces interpretacji, i także nie może im przeciwstawić kwestionującego je normatywnego kryterium. Jeden i drugi uznaje, że jest tylko jedno prawo i obok niego nie ma innych źródeł standardów normatywnych.

Kaufmann przezwycięża pozytywizm przede wszystkim na płaszczyźnie tego, co charakteryzuje skrajny pozytywizm od strony struktury procesu dochodzenia do konkretnych rozstrzygnięć.

Istotną słabością projektu Kaufmanna zdaje się być próba budowania ontologii prawa jedynie na podstawie procesu „urzeczywistniania" prawa. Odsłania strukturę procesu „urzeczywistniania" prawa stanowionego, ale nie mając „zewnętrznego" punktu odniesienia uznaje ją za powszechnie ważną także w dziedzinie tego, co stanowi kryterium sprawiedliwości prawa stanowionego. Jego projekt zawodzi, gdy dotyka relacji konkretnego człowieka do prawa. Nie tematyzuje pytania o to, dlaczego konkretny człowiek ma uznać powinność za swoją, czy to sformułowaną ogólnie, czy to skonkretyzowaną w rozstrzygnięciu. Koncepcja ta pozwala jedynie częściowo i w sposób ułomny wyjaśnić fundamentalne intuicje związane z doświadczeniem ustawowego bezprawia; a to właśnie ustawowe bezprawie zostało uznane w punkcie wyjścia za fenomen, który wymaga wyjaśnienia.

Niemniej jednak koncepcja ta jest godna uwagi m.in. ze względu na swój maksymalizm, który pozwala na uwyraźnienie i ponow-

ne rozpatrzenie wielkich problemów filozofii prawa. Stanowi też niewątpliwy wkład w rozwiązywanie problemów cząstkowych, zwłaszcza tych, które dotyczą struktury procesu dochodzenia do rozstrzygnięć prawnych. Zawodzi, moim zdaniem, gdy przechodzi do ontologicznych uogólnień, przede wszystkim przez brak uwzględnienia w swych podstawach takich punktów odniesienia, które są zewnętrzne wobec badanego procesu „urzeczywistniania" prawa.

Koncepcja Kaufmanna jest też dobrą ilustracją pewnych ogólniejszych procesów zachodzących w filozoficznej refleksji nad prawem; procesów które doprowadziły do tego, że pewne sprawy w zasadzie przestały być kwestią sporną. Jego koncepcja jest z pewnością głosem w sporze klasycznego pozytywizmu z koncepcjami niepozytywistycznymi. Za prawo w pełnym tego słowa znaczeniu uznaje konkretne rozstrzygnięcie, co niewątpliwie łączy jego podejście z amerykańskim realizmem prawnym. Rekonstruowana przez Kaufmanna struktura procesu „urzeczywistniania" prawa, dokonywana w kontekście i na użytek kultury prawnej typu kodeksowego, kontynentalnego, uwyraźnia obecność elementów typowych dla kultury prawa precedensowego, dla której typowe jest wnioskowanie od przypadku do przypadku. Jednocześnie za istotny problem każdego porządku normatywnego uznaje uogólnienie. Jest to znamienny teoretyczny wyraz narastającej świadomości współwystępowania obok siebie zasadniczych elementów każdego z tych typów kultur prawnych. Kaufmann trafnie dostrzega, że w konkretnym rozstrzygnięciu są obecne elementy normatywne wykraczające poza to, co jest zawarte w aktach normatywnych. Czy podejmujący rozstrzygnięcie tego chce, czy nie, „stosuje" szereg elementów normatywnych spoza aktów normatywnych (co musi przywodzić na myśl Ronalda Dworkina sposób przezwyciężania pozytywizmu).

WSPÓŁCZESNA
NIEMIECKA FILOZOFIA PRAWA

Tom II

Jerzy Zajadło (red.)

# PRZYSZŁOŚĆ DZIEDZICTWA

**Robert Alexy, Ralf Dreier, Jürgen Habermas, Otfried Höffe, Arthur Kaufmann, Niklas Luhmann, Ota Weinberger: portrety filozofów prawa**

Gdańsk 2008

*Korekta:*
TIRET

*Projekt okładki:*
Dorota Sokołowska

*Układ typograficzny i skład:*
Tag Grzegorz Narloch

*Wydawca:*
Arche s.c., Gdańsk 2008

Publikacja dofinansowana jako projekt badawczy przez Instytut Nauk Prawnych PAN ze środków przeznaczonych na naukę w latach 2006–2009.

ISBN 83-89356-36-8

# Spis treści

PRZEDMOWA ..... 7

WPROWADZENIE
**Jerzy Zajadło**
Charakterystyka współczesnej niemieckiej filozofii prawa ..... 9

ROZDZIAŁ I
**Maciej Dybowski**
Robert Alexy — niepozytywistyczna filozofia prawa ..... 29

ROZDZIAŁ II
**Sebastain Sykuna**
Ralf Dreier — prawo rozumowe ..... 61

ROZDZIAŁ III
**Jerzy Zajadło**
Jürgen Habermas — demokratyczny pozytywizm ..... 84

ROZDZIAŁ IV
**Paweł Łącki**
Otfried Höffe — etyka prawa i państwa ..... 106

ROZDZIAŁ V
**Marek Piechowiak**
Arthur Kaufmann — hermeneutyka prawnicza ..... 135

ROZDZIAŁ VI
**Jan Winczorek**
Niklas Luhmann — systemowa socjologia prawa ..... 168

ROZDZIAŁ VII
**Marek Smolak**
Ota Weinberger — prawo w działaniu ..... 202

PODSUMOWANIE
**Grażyna Skąpska**
Przyszłość dziedzictwa w niemieckim społeczeństwie ponowoczesnym ..... 231

BIBLIOGRAFIA ..... 260