

Marek Piechowiak

W POSZUKIWANIU ONTOLOGICZNYCH PODSTAW PRAWA

Arthura Kaufmanna teoria sprawiedliwości



Arthur Kaufmann urodził się w 1923 roku. Ma za sobą zarówno studia prawnicze, jak i filozoficzne. W latach 1952-56 był sędzią Sądu Krajowego w Karlsruhe. Habilitował się w 1960 roku u Gustava Radbrucha 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). W twórczości Kaufmanna, obok publikacji przeznaczonych dla specjalistów, znaleźć można również prace o charakterze publicystycznym. Problematykę prawną podejmuje Kaufmann w różnych aspektach — począwszy od spraw z zakresu dogmatyki prawa, poprzez konkretne problemy prawne zaangażowane filozoficz-

W POSZUKIWANIU
ONTOLOGICZNYCH
PODSTAW PRAWA

Marek Piechowiak

**IN SEARCH
FOR ONTOLOGICAL
FOUNDATIONS OF LAW**

Arthur Kaufmann's
Theory of Justice

Marek Piechowiak

**W POSZUKIWANIU
ONTOLOGICZNYCH
PODSTAW PRAWA**

Arthura Kaufmanna
teoria sprawiedliwości

Redaktor:
Lidia Dondajewska

Projekt okładki:
Teresa Labuda

© Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk 1992

Na okładce wykorzystano
siedemnastowieczny emblemat według *Typotiusa*

Książka dotowana
przez Fundację „Promocja Praw Człowieka — Badania i Nauczanie”

ISBN 83-00-03621-0

DTP: POLSOFT — Usługi Informatyczne, Poznań
Druk: Drukarnia Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

SPIS TREŚCI

Wstęp	7
Część I: Wstępna determinacja metody, przedmiotu i celu	23
1. Koncepcja filozofii prawa	23
2. Filozofia prawa wobec sporów wokół prawa naturalnego	27
Część II: Schemat procesu urzeczywistniania prawa	37
1. Pozytywność prawa. Trzy płaszczyzny procesu	37
2. Podstawowe zależności między ogólną zasadą, normą i konkretnym prawem	40
3. Istota procesu. Podstawowa struktura prawa	42
Część III: Analogia narzędziem wyjaśniania prawa	47
1. Analogiczność prawa	47
2. Prawniczy argument z analogii	50
3. Wnioskowanie z analogii	55
4. Pojęcia analogiczne	62
5. Analogiczność bytu	65
Część IV: Ontologiczne podstawy prawa	69
1. „Natura rzeczy” i sposób jej istnienia	69
2. Koncepcja osoby	79
3. Prawo a moralność	83
Uwagi podsumowujące	93
Bibliografia	99
A. Prace Arthura Kaufmanna	99
1. Książki	99
2. Artykuły	102
3. Wydane pisma	114
4. Recenzje	117
5. Miscellanea	119
B. Literatura pomocnicza	123
1. Zagadnienia ogólne	123
2. Analogia	130
3. Analogia w prawie	132
Summary	135

TABLE OF CONTENTS

Introduction	7
Part I: Preliminary determination of method, subject and aim	23
1. Conception of philosophy of law	23
2. Philosophy of law and the dispute around natural law	27
Part II: Outline of the process of realisation of law	37
1. Positiveness of Law. Three levels of the process	37
2. Basic correlations between general principle, norm and concrete law	40
3. Gist of process. Fundamental structure of law	42
Part III: Analogy as a tool for explanation of law	47
1. Analogy of law	47
2. Legal argument of analogy	50
3. Inferring from analogy	55
4. Analogical concepts	62
5. Analogy of being	65
Part IV: Ontological foundations of law	69
1. „Nature of thing“ and manner of its existence	69
2. Concept of person	79
3. Law and morality	83
Concluding Remarks	93
Bibliography	99
A. Arthur Kaufmann's works	99
1. Books	99
2. Articles	102
3. Issued texts	114
4. Reviews	117
5. Miscellanea	119
B. Auxiliary Literature	123
1. General	123
2. Analogy	130
3. Analogy in law.	132
Summary	135

Wstęp

Co to jest prawo? Skąd się ono bierze? Jakie są podstawy jego obowiązywania? Czy jego treść jest oparta tylko na pewnej konwencji, czy też raczej ma swoje podstawy w czymś, co niezależne od ludzkiego stanowienia? Gdzie znaleźć podstawę odróżniania sprawiedliwości od krzywdy wyrządzanej w majestacie „prawa”? W Europie refleksja teoretyczna nad podstawami prawa narodziła się wraz z refleksją teoretyczną nad otaczającą człowieka rzeczywistością. Wraz z odmitologizowywaniem obrazu świata, procesowi temu podlegał również i sposób patrzenia na prawo. Dociekania nad tym, co jest podstawą zasad, które obowiązują niezależnie od zawieranych przez ludzi umów, niezależnie od postanowień ludzkiej woli, określane były zwykle jako badania nad prawem naturalnym¹. Pierwsza ze znanych nam teoretyczna koncepcja prawa natury² powstała już w VII w. przed Ch., a jej twórcą był grecki filozof Anaksymander z Miletu. Refleksja nad prawem nie jest oczywiście jedynie domeną filozofii, prowadzona bywa w ramach różnych dyscyplin naukowych. Jednak pytania o to, co jest lub było uważane za sprawiedliwe, jakie są zależności między procesami społecznymi lub psychicznymi a prawem, jaka jest struktura systemu prawnego itp., zakładają już pewne rozumienie prawa, przyjmują prawo jako coś za-

¹ To, co zwykle się określać mianem „prawo naturalne” wraz z dziejami kultury przechodziło zmienne koleje losu. Szeroką panoramę sposobów rozumienia tego terminu daje Wolf: *Naturrecht*, szp. 560 nn., tenże: *Das Problem der Naturrechtslehre*, passim. Pełne dane bibliograficzne podaję w bibliografii. Wskazując w przypisach prace Arthura Kaufmanna podaję tytuł oraz rok pierwszego wydania; jeśli nie odwołuję się do wydania pierwszego, podaję dodatkowo datę publikacji wydania, z którego korzystam; k wskazuje, iż pozycja wydana była w postaci książki.

² Na temat różnej konotacji określeń „prawo natury” i „prawo naturalne” por. Szyszkowska: *Teorie prawa natury XX wieku w Polsce*, s. 53. Rozróżnienia tego nie uznałem w niniejszej pracy za istotne i terminy „prawo natury”, „prawo naturalne” używam w zasadzie zamiennie.

stanego. Filozofia stawia pod adresem prawa bardziej podstawowe pytania: czym jest prawo, dlaczego jest sprawiedliwe, jaka jest ostateczna podstawa słuszności lub niesłuszności osądów dokonywanych przez ludzi? Zmierza do wskazania rzeczywistości, która jest fundamentem prawa, podstawą jego istnienia i treści³. Innymi słowy filozofia poszukuje ontologicznych podstaw prawa⁴. Sposób pojmowania prawa i jego podstaw jest każdorazowo wyznaczony kontekstem systemowym, w jakim problematyka ta jest podejmowana⁵. Pośród wielości teorii uznających inne podstawy prawa niż ludzkie stanowienie były takie, które źródła treści prawa upatrywały w powszechnym prawie kosmicznym, w Bogu czy wreszcie w ludzkim rozumie⁶.

Filozoficzna refleksja nad podstawami prawa podejmowana bywa w ramach różnych dyscyplin filozoficznych, najczęściej w ramach antropologii filozoficznej, etyki i filozofii prawa. Podejmowana przeze mnie problematyka należy zasadniczo do filozofii prawa, rozumianej jako dyscyplina filozoficzna wyrastająca z refleksji nad prawem pozytywnym⁷. W próbach teoretycznego ujęcia podstaw prawa stanowionego w sposób szczególnie wyraźny zarysowała się alternatywna propozycja wobec tych wszystkich koncepcji, które poszukiwały fundamentów

³ Por. **Szyszkowska**: *Filozofia prawa*, s. 20 nn., **Wolf**: *Naturrecht*, szp. 560.

⁴ Termin „ontologiczne” używam zamiennie z terminem „bytowe”, w znaczeniu: należące do kategorii bytu. Nie wydają się być stosowne terminy: „ontyczne”, „metafizyczne”. Kaufmann, którego teoria będzie przedmiotem analiz, ogranicza obszar stosowania pierwszego z nich do tego, co „faktyczne” (przeciwstawione „normatywnemu”), por. **Kaufmann**: *Das Schuldprinzip* (1976/1961k), s. 32 nn. Autor ten, akceptując zbliżone do tradycyjnego rozumienie metafizyki (tamże, s. 39), na określenie nauki o bytowych podstawach prawa zdecydowanie preferuje jednak termin „ontologia prawa”, uważając termin „metafizyka” za nazbyt się kojarzący ze statyczną koncepcją bytu. Por. *Mały słownik terminów i pojęć filozoficznych*, szp. 211 n., 255 n.

⁵ Por. **Tokarczyk**: *Prawa wierne naturze*, s. 20, z licznymi wskazówkami bibliograficznymi; por. także **Szyszkowska**: *Teorie prawa natury XX wieku...*, s. 27 n., 39 n.

⁶ Por. **Liompart**: *Die geschichtliche und ubergeschichtliche Unbelibigkeit im Naturrechtsdenken der Gegenwart*, s. 102; ze względu na to, co określa treść prawa naturalnego Liompart wyróżnia trzy wielkie koncepcje: grecką (prawo kosmiczne, przyroda), scholastyczną (porządek Boski i wola Boża), „świecką” — nowożytną (rozum i racjonalność); por. **Krapiec**: *Człowiek i prawo naturalne*, s. 55 nn. Systematyzację koncepcji prawa naturalnego z marksistowskiego punktu widzenia proponuje **Tokarczyk**: *Filozoficzna systematyzacja doktryn prawa natury*. Inne próby klasyfikacji w polskiej filozofii prawa por. **Szyszkowska**: *Teorie prawa natury o zmiennej treści a dynamiczne teorie prawa natury*, s. 183; też: *Teorie prawa natury XX wieku...*, s. 55, 65. Syntetyczne ujęcie historii prawa naturalnego: **Strauss**: *Prawo naturalne w świetle historii*, **Welzel**: *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*.

⁷ Podejmowaną w takim aspekcie problematykę prawa naturalnego określa się niekiedy mianem „prawniczej nauki o prawie naturalnym” („juristische Naturrechtslehre”); **Liompart**: *Die geschichtliche...*, s. 102 n.; autor ten wyróżnia jeszcze trzy inne sposoby podejmowania problematyki prawa naturalnego — etyczny, teologiczny i metafizyczny, tamże. Por. **Szyszkowska**: *Filozofia prawa i filozofia człowieka*, s. 16 nn. Por. także hasło „filozofia prawa” w: *Mały słownik...*, szp. 112.

prawa w rzeczywistości niezależnej od woli człowieka. Podstawowy w całych dziejach europejskiej filozofii prawa problem hasłowo można zawrzeć w pytaniu: „afirmacja prawa naturalnego czy pozytywizm prawniczy?”. Z jednej strony wskazywano na rozmaicie pojmowane prawo naturalne jako podstawę obowiązywania i kryterium sprawiedliwości prawa stanowionego, z drugiej zaś strony, akcentowano fakt formalnego jego stanowienia. Tak jak nie można podać jednego określenia prawa naturalnego, a co za tym idzie — jednego określenia koncepcji afirmujących prawo naturalne, tak też nie można podać jednego uniwersalnego określenia, czym jest pozytywizm prawny⁸. Pierwsze świadectwo postawienia problemu prawa stanowionego przez człowieka, w kontekście prawa niezależnego od takiego stanowienia, znajdujemy w tekstach Heraklita⁹. Do XVII wieku prawo natury harmonijnie łączono z prawem pozytywnym i zasadniczo jednakowo obydwu ceniono. W XVII i XVIII wieku, w epoce bezgranicznego zaufania do rozumu, prawo naturalne wyraźnie dominowało nad prawem pozytywnym¹⁰. Do XIX wieku teorie prawa naturalnego stanowią istotną część europejskiej filozofii państwa i prawa. W XIX wieku po raz pierwszy w historii europejskiej myśli filozoficznoprawnej dominującą koncepcją staje się pozytywizm prawniczy, uznający fakt formalnego stanowienia za decydujący dla obowiązywalności prawa. Była to głównie reakcja na dominację skrajnie racjonalistycznych systemów prawa natury, których owocem, ale i jednocześnie zamknięciem, były wielkie

Wyodrębnianie dyscyplin filozoficznych zależy od przyjmowanej koncepcji filozofii i jest sprawą dyskusyjną. Niekiedy w ogóle neguje się istnienie problematyki filozoficznej w teoretycznej refleksji nad prawem. Podejście takie dominowało w polskiej myśli proweniencji marksistowskiej przynajmniej do lat siedemdziesiątych (za przełomowe uznawane są prace H. Jankowskiego).

⁸ Por. **Opafek**: *Zagadnienia teorii prawa i teorii polityki*, s. 65 nn. Przegląd różnych koncepcji pozytywizmu prawnego daje **Ott**: *Der Rechtspositivismus*, por. tenże: *Was heißt „Rechtspositivismus“?*, **Koller**: *Zur Vertraglichkeit von Rechtspositivismus und Naturrecht*, s. 337 nn., **Llompart**: *Die geschichtliche...*, **Broekman**: *Minimalna zawartość pozytywizmu. Pozytywizm w prawie i w teorii prawa*.

⁹ „Żywią się bowiem wszystkie prawa ludzkie jednym boskim”, **Diels**: *Fragmente der Vorsokratiker*, fragm. 114; por. fragm. 102. Termin „prawo pozytywne” pochodzi pierwotnie od łac. „*ius positivum*”. Pojęcie prawa pozytywnego rozwinięte zostało dopiero w średniowieczu, najprawdopodobniej za sprawą pochodzącego z początku V w. komentarza do Timajosa Platona, autorstwa Calcidiusa, który odróżnił „*iustitia naturalis*” od „*iustitia positiva*” jako tej, *qua homines utuntur*. Pojęcie prawa pozytywnego obejmowało nie tylko prawo stanowione („*ius positum*”, od „*legem ponere*”), ale i prawo oparte na zwyczaju i na autorytecie ksiąg prawniczych, prawo mające swe źródło w jakiejś ludzkiej działalności (zgodnie z późnoklasycznym rozumieniem terminu „*positivus*”, określającego to, co istnieje nie na mocy samej natury, lecz co konstytuowane jest przez ustanowienie lub sztukę); **Blüdnorn/Jamme**: *Positiv, Positivität*, szp. 1106 n., 1109 n., por. **Opafek**: *Zagadnienia...*, s. 218.

¹⁰ **Tokarczyk**: *Prawa wierne naturze*, s. 16.

kodyfikacje prawa (*Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* — 1756, *Preußisches Allgemeines Landrecht* — 1794, *Code Civil* czyli tzw. *Code Napoleon* — 1804, czy *Österreichisches Allgemeines Gesetzbuch* — 1811). W drugiej połowie XIX w. pozytywizm przyjmuje swą klasyczną postać: jedynie prawo pozytywne (stanowione) jest prawem i każde prawo pozytywne jest prawem. Jego przedstawiciele nie wahają się uznać i tej konsekwencji, iż „najpodlejsze prawo musi zostać uznane za wiążące, o ile tylko powstało w sposób formalnie poprawny”¹¹. Jednak dominacja pozytywizmu nie trwała długo, bowiem już w końcu XIX wieku można zaobserwować przybierające na sile ponowne dochodzenie do głosu koncepcji afirmujących istnienie prawa naturalnego. Obok tradycyjnych koncepcji prawnonaturalnych powstają nowe, przede wszystkim kantowskiej proveniencji¹². Ten okres zwykło się nazywać „pierwszym odrodzeniem prawa naturalnego”¹³. Do drugiej wojny światowej pozytywizm prawny pozostaje jeszcze nurtem dominującym. W okresie międzywojennym posiada tak wybitnych przedstawicieli jak Hans Kelsen, czy Gustav Radbruch. Jednak reakcja ze strony kierunków afirmujących istnienie prawa naturalnego przybiera wciąż na sile, również jako reakcja na powstawanie państw totalitarnych¹⁴. Druga wojna światowa spowodowała radykalną zmianę sytuacji na korzyść prawa naturalnego, dając impuls do tzw. „drugiego odrodzenia” prawa naturalnego¹⁵. Rozpoczęło się ono w Stanach Zjednoczonych, głównie z inicjatywy naukowców europejskich przebywających tam w czasie wojny. Po zakończeniu działań wojennych,

¹¹ **Bergbohm**: *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, t. I, s. 144 (jeśli nie wskazują autora przekładu, cytowany tekst przytaczam w przekładzie własnym); inne określenia pozytywizmu: „Unter juristischem Positivismus versteht man jene Rechtstheorie, die nur positives Recht als »Recht« begreift und jede soziale Ordnung, auch wenn sie im Sprachgebrauch als »Recht« bezeichnet wird, wie insbesondere das »Naturrecht«, nicht als »Recht« gelten läßt”, **Kelsen**: *Was ist juristischer Positivismus*, s. 465; „Unter Gesetzespositivismus versteht man die Auffassung, daß jedes ordnungsgemäß zustandegekommene Gesetz ohne Rücksicht auf seinen Inhalt verbindlich ist”, **Elscheid**: *Das Naturrechtsproblem*, s. 143. Por. hasło „Pozytywizm prawny” w: *Małym słowniku...*, szp. 285.

¹² **Waśkiewicz**: „Drugie odrodzenie” prawa naturalnego, s. 116.

¹³ „La renaissance du droit naturel” to tytuł pracy J. Charmonta ogłoszonej w 1910 r.

¹⁴ Rola, jaką odegrał pozytywizm prawny w powstaniu zbrodniczych systemów prawnych w państwach totalitarnych jest przedmiotem dyskusji; wskazuje się na obecność w III Rzeszy niektórych momentów charakterystycznych dla argumentacji prawnonaturalnej, np. uznawanie interesu narodu niemieckiego za podstawowe kryterium słuszności prawa, por. **Elscheid**: *Das Naturrechtsproblem*, s. 147 n.; **Tokarczyk**: *Prawa wierne naturze*, s. 39 nn.; **Szyszkowska**: *Teorie prawa natury XX wieku...*, s. 41 n.

¹⁵ Por. **Waśkiewicz**: „Drugie odrodzenie”..., passim. **Tokarczyk**: *Prawa wierne naturze*, s. 39 nn., dzieli przyczyny „odrodzenia” na praktyczne i teoretyczne.

obok Stanów Zjednoczonych¹⁶, największy wkład w badania nad problematyką prawa naturalnego wniosły kraje, które uwolniły się spod reżimu faszystowskiego — Niemcy, Austria i Włochy¹⁷. Koncepcje uznające istnienie prawa naturalnego stają się powszechnie akceptowanymi, a samo prawo naturalne wchodzi do ogólnej świadomości społecznej¹⁸. W 1941 roku zostaje wydana *Karta Atlantycka*, a w 1948 ONZ ogłasza *Powszechną Deklarację Praw Człowieka*. Najwyższe sądy Republiki Federalnej Niemiec (m. in. Bundesgerichtshof¹⁹) w uzasadnianiu swych rozstrzygnięć powoływały się bezpośrednio na prawo naturalne. Już niedaleka przyszłość pokazała, że nowe idee wprowadzone pod hasłem uznania ponadpozytywnych podstaw prawa nie przyniosły oczekiwanej odnowy myślenia ani w teorii prawa, ani w praktyce prawniczej. Odwoływanie się w orzecznictwie sądowym wprost do prawa naturalnego wywołało sprzeciw tak prawników, jako uzasadnianie na podstawie czegoś spoza systemu prawa, jak i teoretyków prawa wskazujących na liczne trudności stosowania takiej argumentacji w praktyce prawniczej (przede wszystkim problem intersubiektywnej poznawalności norm prawa naturalnego służących jako podstawa orzeczeń)²⁰. Tak pojęte prawo naturalne spotkało się również z krytyką ze strony filozofii społecznej, głównie w związku z pojawieniem się koncepcji „społeczeństwa otwartego”. Okazało się, że nie ma teorii prawa naturalnego mogącej poważnie konkurować z teoriami pozytywistycznymi. Jednej z przyczyn takiego stanu rzeczy można się dopatrywać w tym, że koncepcja prawa naturalnego przyjmowana w praktyce prawniczej, nawiązywała do zdewaluowanej już w filozofii koncepcji świata wartości, pojmowanego jako istniejąca sama w sobie rzeczywistość idealna. Natomiast wraz z powszechnym odejściem myśli europejskiej od arystotelesowsko-tomistycznej koncepcji filozofii, pojęcie natury utraciło swą tradycyjną konotację i zaplecze systemowe. Doszło do

¹⁶ Przegląd ujęć prawa naturalnego patrz **Opatek/Wróblewski**: *Współczesna teoria i socjologia prawa w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej*, zvl. s. 28.

¹⁷ Dorobek obszaru niemieckojęzycznego był w porównaniu z Włochami znacznie bogatszy tak pod względem zakresu poruszanych problemów, jak i różnorodności ujęć, por. **Waśkiewicz**: „*Drugie odrodzenie*”..., s. 130 nn.

¹⁸ **Kühl**: *Naturrecht*, szp. 615; por. **Böckenförde**: *Kritik der Wertbegründung des Rechts*, s. 1 n.

¹⁹ Por. np. Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Amtliche Sammlung), 1954, 6 47; 6, 147; **Weinkauff**: *Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*; por. **Kaufmann**: *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie* (1989/1985), s. 87; *Gesetz und Recht* (1966/1962k), s. 9.

²⁰ Por. **Böckenförde**: *Kritik*..., passim.

tego, że powoływanie się na prawo naturalne zaczęto traktować jako przejaw naukowego obskurantyzmu. W 1980 roku Arthur F. Utz pisał z ironią: „Filozofowi prawa albo prawnikowi, który chce być obecnie poważnie traktowany w świecie nauki, nie wolno w żadnym wypadku mówić o prawie naturalnym”²¹.

Współczesny pozytywizm prawny zwrócony jest przede wszystkim przeciwko tym koncepcjom prawa naturalnego, które uznają istnienie innego obok pozytywnego i konkurującego z pozytywnym, obowiązującego porządku prawnego. Zwykle też współczesny pozytywizm prawny określa się w opozycji do koncepcji prawa naturalnego racjonalistycznej proveniencji, uznających istnienie prawa naturalnego ogólnie ważnego i historycznie niezmiennego. Zauważyć trzeba, że tak pojmowany pozytywizm prawny różni się w sposób zasadniczy od klasycznego pozytywizmu prawnego końca XIX i początku XX wieku. Zgadza się z nim w uznawaniu pozytywnego porządku prawnego za jedyny obowiązujący, jednak prawo pozytywne nie jest utożsamiane z prawem stanowionym, lecz pozytywność prawa znaczy tyle, co jego realność, faktyczność²². Koncepcja pozytywności jako faktyczności akceptowana jest też powszechnie przez tych, którzy deklarują się dziś jako zwolennicy prawa naturalnego. Jedni i drudzy zgodziliby się również i w tym punkcie, że nie każdy formalnie poprawny akt stanowienia prowadzi do powstania obowiązującego prawa, czyli że mogą zaistnieć ustawy niesprawiedliwe. Pozytywizm kładzie jednak akcent na trudności z podaniem operatywnych kryteriów spoza obowiązującego systemu prawnego.

Jako cechę charakterystyczną dla koncepcji naturalnoprawnych przytacza się dziś najczęściej uznawanie momentu „niedyspozycyjności”, przejawiającego się w konieczności brania pod uwagę przy określaniu treści prawa, obok warunków formalnych i jego użytecz-

²¹ „Rechtstheorie” 11 (1980), s. 282, podają za **Zajadło**: *Überwindung des Rechtspositivismus als Grundwert des Grundgesetzes*, s. 207.

²² Por. **Opalek**: *Zagadnienia...*, s. 223 nn.; autor przedstawia również różne koncepcje realności prawa i związane z nimi trudności; por. też **Perelman**: *Logika prawnicza*, s. 182. Mamy tu do czynienia z nawiązaniem do znaczenia terminu „*positivus*” wykształconego dopiero w czasach nowożytnych. Niekiedy pojmowanie pozytywności jako realności związane jest z wpływem pozytywizmu filozoficznego, warto jednak zwrócić uwagę, że już na początku XVII wieku słowa „*positivus*” używano na określenie tego, co rzeczywiste w przeciwieństwie do tego, co jedynie pomyslane, przypisywane czemuś; **Blühdorn/Jamme**: *Positiv, Positivität*, szp. 1107. Na temat dyskusji dotyczącej związków między pozytywizmem prawniczym i filozoficznym por. **Opalek**: *Zagadnienia...*, s. 67 nn.

ności, również wymogów tak lub inaczej rozumianej sprawiedliwości. Ów moment „niedyspozycyjności” zwykle nie jest wiązany z innym porządkiem prawnym, który byłby pojmowany jako zespół norm stanowiących kryterium dla prawa stanowionego. Jako takie kryteria wymienia się natomiast: naturę rzeczy, naturę człowieka, jego godność, osobę, strukturę instytucji prawnych, określone elementy sytuacji historycznej itp.²³ Pojawia się tu jednak problem bliższej determinacji sposobu rozumienia „niedyspozycyjności”, jej podstaw i źródeł. Jeżeli przyjmie się samą „niedyspozycyjność” jako zasadnicze i jedyne kryterium decydujące o zaliczeniu danej koncepcji do nurtu naturalnoprawnego, trudno w ogóle wskazać teorię prawa, która dopuszczałaby całkowitą dowolność w kształtowaniu prawa (nawet tzw. szkoła historyczna, która kształtowała się w opozycji do szkoły prawa naturalnego musiałaby zostać uznana za koncepcję naturalnoprawną)²⁴.

Istotnym momentem współczesnej dyskusji nad prawem naturalnym jest nacisk kładziony na zagadnienie poznawalności słusznego prawa. Przyjmując, że nie dysponujemy treściowymi kryteriami pozwalającymi określić, co jest słuszne, poszukuje się procedur, których zastosowanie w możliwie dużym stopniu gwarantować będzie dojście do słusznego prawa. Ten kompleks zagadnień określa się niekiedy mianem problemu prawa naturalnego „drugiego” lub „wyższego” stopnia²⁵ i zalicza do filozofii, wzgl. teorii państwa. Również na tej płaszczyźnie trudno o jednomyślność w określaniu teorii bądź to jako naturalnoprawnej, bądź jako pozytywistycznej. Dyskusja dotyczy, w mniejszym czy większym stopniu, formalnych kryteriów słuszności prawa, a zatem kryteriów charakterystycznych dla pozytywizmu prawniczego. Z drugiej jednak strony dąży się do znalezienia kryteriów pozwalających prawo stanowione krytykować ze względu na rzeczywistość niezależną od ludzkiego stanowienia (rozmaicie pojmowaną). Opcję pozytywistyczną wiąże się na tej płaszczyźnie z uznawaniem legalności ustawodawcy za wystarczający warunek dla uznania słuszności prawa, natomiast opcję prawnonaturalną wiąże się z kwestią legitymizacji ustawodawcy²⁶.

²³ Por. Liompart: *Die geschichtliche...*, s. 100 n., Ellscheid: *Das Naturrechtsproblem*, s. 148 n.

²⁴ Na temat elementów naturalnoprawnych w teoriach pozytywistów już np. Haymann: *Kants Kritismus und die naturrechtlichen Strömungen der Gegenwart* (1924), por. Kielski: *Recenzja...*, s. 715 n.; por. Krapiec: *Człowiek i prawo naturalne*, s. 56 n.

²⁵ Por. Ellscheid: *Das Naturrechtsproblem*, s. 152.

²⁶ Legalność oznaczałaby zgodność działania (tu: prawodawczego) z porządkiem prawnym, natomiast legitymizacja wiązałaby się z usprawiedliwieniem władzy i uzasadnieniem jej roszczeń do

Poza wyżej zarysowanymi liniami podziału między tendencjami pozytywistycznymi a naturalnoprawnymi istnieje jeszcze jedna istotna linia podziału: między koncepcjami traktującymi (*explicite* lub *implicit*) sprawiedliwość, słuszność, jako cechy pochodne pewnego typu użyteczności²⁷, a koncepcjami broniącymi sprawiedliwości jako specyficznej i podstawowej właściwości i wartości prawa.

Podsumowując trzeba stwierdzić, że nie ma obecnie powszechnie akceptowanych, jednoznacznych kryteriów pozwalających zaklasyfikować jakąś teorię jako naturalnoprawną lub pozytywistyczną. Głosi się dziś niekiedy koniec sporu „pozytywizm prawny — prawo naturalne”²⁸. Dla uniknięcia nieporozumień związanych z użyciem terminów, problemy, które pozostały, podejmowane są pod hasłem poszukiwania „trzeciej drogi” lub w ramach problematyki sprawiedliwości²⁹. Niemniej jednak szczególnie autorzy odwołują się zwykle do tych dwóch typów koncepcji prawa i bądź samych siebie, bądź innych zaliczają do jednego z nich. Tak też czyni autor teorii wybranej przeze mnie do analiz. Zarówno zwolennicy koncepcji naturalnoprawnych, jak i współcześni pozytywiści prawni, uznają prawo pozytywne (w sensie: faktyczne) za jedyne prawo obowiązujące. Podobnie też dystansują się do tradycyjnej koncepcji prawa naturalnego, rozumianego jako przedmiotowo dany porządek wartości czy norm. Powszechnie jest też akceptowana możliwość zaistnienia prawa pozytywnego (stanowionego), będącego „ustawowym bezprawiem”³⁰. Wskazanie kryteriów sprawiedliwości (słuszności) innych niż legalne ustanowienie jest głównym celem, jaki stawiają sobie koncepcje opowiadające się za prawem naturalnym. Za wspólną cechę myślenia naturalnoprawnego uznaje się jego funkcję krytyczną wobec prawa obowiązującego w danym społeczeństwie i wobec obowiązujących procedur prawodawczych (funkcja legitymizacji władzy)³¹. Pozytywizm wiąże się przede wszystkim z krytyką możliwości znalezienia innych niż legalność, efektywnych kryteriów

posłuszeństwa jej nakazom, na innej podstawie niż tylko zgodność z porządkiem prawnym. Por. **Württemberg**: *Legalität, Legitimität*, passim.

²⁷ Klasycznym przykładem tego typu teorii jest funkcjonalizm Luhmanna, niezwykle szeroko dziś dyskutowany w obszarze języka niemieckiego; por. **Höffe**: *Politische Gerechtigkeit*, s. 171 nn.

²⁸ Por. **Zajadło**: *Überwindung...*, s. 207; por. **Höffe**: *Naturrecht*, szp. 1297.

²⁹ Por. **Höffe**: *Naturrecht*, szp. 1297.

³⁰ Wprowadzenie do współczesnej dyskusji terminu „ustawowe bezprawie” przypisuje się **G. Radbruchowi**, który użył tego terminu w swym słynnym wystąpieniu *Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo* (1946).

³¹ Por. **Wolf**: *Naturrecht*, szp. 565; **Zajadło**: *Überwindung...*, s. 26.

sprawiedliwości prawa albo z tendencjami redukcjonistycznymi, zapoznającymi swoistość sprawiedliwości jako właściwości prawa.

Wybrana przeze mnie do analiz teoria proponowana przez Kaufmanna jest o tyle typową, że znajdziemy w niej wszystkie wskazane tu zasadnicze rysy współczesnej dyskusji w filozofii prawa. Swoją teorię zarysowuje w kontekście sporu między klasycznym pozytywizmem prawniczym i tzw. szkołą prawa naturalnego. Wypracowując pewnego typu proceduralną koncepcję sprawiedliwości, stara się 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, reprezentowaną w niemieckim obszarze językowym przez N. Luhmanna i, częściowo, o koncepcje nawiązujące do teorii racjonalnego dyskursu). Choć Kaufmann uznaje „prawo naturalne” za synonim terminów „prawo sprawiedliwe”, czy po prostu „prawo”, jak większość współczesnych autorów podejmujących problematykę bytowych podstaw prawa, unika określania swojej teorii jako teorii prawa naturalnego. Woli mówić o poszukiwaniu przez siebie „trzeciej drogi” lub o budowaniu teorii sprawiedliwości. Należy on o tyle do nurtu naturalnoprawnego, że podstawowym fenomenem do wyjaśnienia jest dla niego fakt ustawowego bezprawia, a jednym z podstawowych celów, jakie sobie stawia, jest wskazanie podstaw „niedyspozycyjności” treści prawa, zabezpieczających prawo przed jego nadużyciem przez siły polityczne. Poszukuje on również uzasadnienia dla krytycznej postawy wobec prawa nakazującej ciągle jego reinterpretowanie. Centralnym zagadnieniem filozoficznym podejmowanym przez Kaufmanna jest właśnie problem ontologicznych podstaw obowiązywalności prawa, bytowych podstaw słusznego prawa i sprawiedliwości. Analizuję koncepcję Kaufmanna pod kątem rozwiązania tego zagadnienia.

Kaufmann należy do tradycji kantowskiej, najbardziej dziś znaczącej w filozofii prawa (i etyce) na kontynencie europejskim³². Poprzez nauczyciela i mistrza, Gustawa Radbrucha, korzenie filozoficznej twórczości Kaufmanna sięgają południowo-zachodniej linii neokantyzmu — Emila Laska, Heinricha Rickerta i Wilhelma Windelbanda. Z drugiej strony nawiązuje on do szkoły marburskiej korzystając przede

³² Por. Szyszkowska: *Neokantyzm*, passim; tam również liczne wskazówki bibliograficzne.

wszystkim z prac Karla Engischa, włączając się tym samym do nurtu hermeneutycznego w teorii prawa. Kaufmann nawiązuje też często do hermeneutyki filozoficznej Hansa-Georga Gadamera, w którego seminariach niegdyś uczestniczył³³. Do tych kierunków trzeba jeszcze dodać filozofię klasyczną, arystotelesowsko-tomistyczną, na którą Kaufmann wielokrotnie się powołuje, i za której kontynuatora się uważa.

Dlaczego wybór padł właśnie na Kaufmanna? Filozofia prawa niemieckiego obszaru językowego jest obecnie najbardziej wpływową na kontynencie europejskim. Kaufmann zaś należy do grona najbardziej znaczących autorów współtworzących współczesną filozofię prawa w Niemczech (nie bez znaczenia jest tu też fakt długoletniego kierowania przez niego Instytutem Filozofii Prawa i Informatyki Prawniczej na Uniwersytecie Monachijskim). Znany jest także szeroko poza granicami Niemiec, w tym również i w Polsce³⁴, którą kilkakrotnie odwiedzał. Mimo, że można mówić o znacznej popularności Kaufmanna — jest on autorem często cytowanym i dyskutowanym — nie ma jak dotąd większej pracy kompleksowo analizującej jego propozycję rozwiązania podstawowych zagadnień filozofii prawa. Za wyborem Kaufmanna przemawia także sposób, w jaki autor ten podejmuje podstawowe problemy filozofii prawa. Zna prawo i problemy z nim związane od strony praktyka. Uprawiając filozofię stara się mieć na uwadze konkretną rzeczywistość. Będąc spadkobiercą Radbrucha staje on w rzędzie filozofów prawa o ambicjach maksymalistycznych: nie tylko stawia pytania o ostateczne podstawy prawa, ale i podejmuje wprost problemy teoriopoznawcze i ontologiczne³⁵. Kaufmann zmierza do wy-

³³ Por. **Hassmer**: *Die Hermeneutik im Werk Arthur Kaufmanns*, passim; **Stelmach**: *Co to jest hermeneutyka*, s. 36; tenże: *Die hermeneutische Auffassung der Rechtsphilosophie*, passim, zvl. s. 130. W nurcie hermeneutyki filozoficznej umiejscawiał siebie sam Kaufmann — por. np. **Kaufmann**: *Recht und Gerechtigkeit in schematischer Darstellung* (1977), s. 283, jednak w nowszych pracach zrezygnował w określaniu swojej koncepcji z terminu „hermeneutyka” czy „hermeneutyyczny”, na rzecz określenia „ugruntowana w osobie proceduralna teoria sprawiedliwości”, *Problemggeschichte...* (1989/1985), s. 139 nn.; w wyd. z 1989 r. Kaufmann zrezygnował też z terminu proveniencji hermeneutycznej, jakim jest „Wirkungsgeschichte” zastępując go określeniem „Historischer Diskurs”.

³⁴ W polskim przekładzie ukazały się prace: *Rechtsphilosophie...* (1977), *Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft* (1986), *Vorüberlegungen zu einer juristischen Logik und Ontologie der Relationen* (1986); dane dotyczące przekładów znajdują się w bibliografii. Publikacje w całości poświęcone Kaufmannowi: **Skąpska/Stelmach**: *Stare i nowe interpretacje filozofii prawa Arthura Kaufmanna*, **Pleszka/Gizbert-Studnicki**: *Recenzja*; por. **Piechowiak**: *Recenzja*.

³⁵ Por. **Gilson**: *Jedność doświadczenia filozoficznego*. W sprawie stosunku między teorią poznania a metafizyką por. **Stępień**: *O metodzie teorii poznania*, tenże: *Rola doświadczenia w punkcie wyjścia metafizyki*, **Krapiec**: *Realizm ludzkiego poznania*.

pracowania propozycji, która łączyłaby w sobie to, co trafne w różnych aktualnych dziś nurtach filozofii prawa, propozycji, która nie byłaby jednak jedynie zlepkiem różnych teorii. Wypracowując swą koncepcję Kaufmann stara się wziąć pod uwagę zależność między systemowym kontekstem filozoficznym — suponowaną koncepcją bytu i jego poznania a koncepcją prawa. Podejmując te zagadnienia, nawiązuje do bliskiej piszącemu te słowa tradycji arystotelesowsko-tomistycznej. Wydaje się więc rzeczą pożyteczną wnikliwiej przyrzeć się propozycji Kaufmanna, wypełniając w ten sposób pewną lukę w literaturze naukowej. Ponieważ jest on przedstawicielem wpływowego nurtu współczesnej filozofii, praca moja stanowi także przyczynek w badaniach nad ogólnym stanem współczesnej filozofii prawa, a w pewnym sensie również etyki i antropologii filozoficznej, nierozdzielnie związanych z zagadnieniami podstaw prawa. Nie jest celem tej pracy analizowanie zależności poglądów Kaufmanna od innych autorów, ani ewolucji tych poglądów w czasie. W takim sensie praca moja nie ma charakteru historyczno-filozoficznego. To, co jest przedmiotem mojego zainteresowania, to sam problem ontologicznych podstaw prawa. Staram się zrekonstruować Kaufmanna koncepcję prawa jako pewną spójną, osadzoną systemowo całość, wskazując jej wewnętrzną logikę i wyprowadzając dalsze konsekwencje, istotne z punktu widzenia możliwości uznania propozycji za poprawną. Zwracam przy tym uwagę przede wszystkim na rozwiązania podstawowych problemów filozoficznych. Przyjmowana, *explicite* lub *implicite*, koncepcja filozofii, bytu i poznania w zasadniczy sposób rzutuje na możliwość udzielania poprawnych odpowiedzi na pytania stawiane w filozofii prawa. Praca niniejsza jest zatem, w moim zamyśle, przyczynkiem również do zagadnienia znaczenia fundamentalnych rozstrzygnięć metafizycznych i teoriopoznawczych dla możliwości rozwiązywania podstawowych problemów filozofii prawa. Zasadniczo zamierzam przeprowadzić krytykę immanentną teorii Kaufmanna, kierując się przede wszystkim pytaniem, czy proponowane przez niego rozwiązania dotyczące bytowych podstaw prawa pozwalają w sposób zadowalający rozwiązać te problemy, dla których rozwiązania Kaufmann wypracował swoją koncepcję, przede wszystkim zaś, czy pozwalają zadowalająco wyjaśnić fenomen „niedyspozycyjności” treści prawa i „ustawowego bezprawia”. Praca moja ma charakter filozoficzny i nie podejmuje problemów należących ściśle do teorii prawa, zagadnienia teoretycznoprawne pojawiają się jako punkt wyjścia lub ilustracja zagadnień filozoficznych.

Analizując Kaufmanna koncepcję ontologicznych fundamentów prawa, staram się uwzględnić wszystkie opublikowane prace autora, które są istotne dla podjętego przeze mnie zagadnienia³⁶. Wczesniejsze prace interpretuję z punktu widzenia poglądów prezentowanych w najnowszych jego pracach, publikowanych w latach osiemdziesiątych. Nie prezentuję i nie analizuję tych wczesnych poglądów, które nie znalazły dalszej kontynuacji. Korzystam przede wszystkim z prac: *Das Schuldprinzip* (1961), najobszerniejszej pracy w naukowym dorobku Kaufmanna, zawierającej m. in. systematyczny wykład podstaw filozofii prawa³⁷; z pracy z roku 1965 — *Analogie und „Natur der Sache“*³⁸ oraz z licznych artykułów, z których za najistotniejsze dla interpretacji uznałem: *Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft. Ansätze zu einer Konvergenztheorie der Wahrheit* (1986) i *Vorüberlegungen zu einer juristischen Logik und Ontologie der Relationen* (1986).

Praca składa się z czterech zasadniczych części. W części pierwszej przedstawiam przyjmowaną przez Kaufmanna koncepcję filozofii i koncepcję poznania, wyznaczające perspektywę postawienia i rozwiązywania problemu podstaw prawa; wstępną charakterystykę prawa — rzeczywistości będącej przedmiotem analiz; oraz stawiane przez Kaufmanna wymagania pod adresem poprawnego rozwiązania problemu.

Kaufmann opowiada się za filozofią stawiającą pytania o ostateczne podstawy rozumienia rzeczywistości. Przyjmuje konwergencyjną koncepcję prawdy — o tym, jaka jest rzeczywistość i co jest rzeczywiste wnioskuje się na podstawie zgodności szeregu aktów poznawczych. Poznanie rzeczywistości dokonuje się wyłącznie poprzez treść zawartą w materiale pojęciowym. Dwa podstawowe pytania stawiane w filozofii prawa to: „co to jest słuszne prawo?” i „jak słuszne prawo jest urzeczywistniane?”. Pytanie drugie jest pytaniem o proces dochodzenia do rozstrzygnięcia konkretnego przypadku. Odpowiedź na pytanie

³⁶ Zasadniczo, zostały uwzględnione prace, które ukazały się do 1989 roku włącznie. W ostatnich pracach Kaufmanna nie pojawiły się nowe elementy, które nakazywałyby reinterpretację mojego stanowiska.

³⁷ Kaufmann w późniejszych pracach rewidował niektóre z poglądów zawartych w tej książce (np., pokrewne Radbruchowi przekonanie o możliwości wyprowadzania treści norm prawnych z samych ogólnych zasad, jak np. z „zasady winy”), jednak w pracy tej zawarł większość idei dotyczących podstaw filozofii prawa, które później rozwinął.

³⁸ W jednej ze swych najnowszych prac pisze o tej książce, że w dalszym ciągu uważa przedstawione w niej stanowisko za trafne, Kaufmann: *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit* (1990k), s. 13.

o sposób urzeczywistniania prawa ma zasadnicze znaczenie dla odpowiedzi na pytanie o samo prawo, gdyż — zdaniem Kaufmanna — nie ma prawa poza procesem jego urzeczywistniania. Prawo w pełnym tego słowa znaczeniu to konkretne rozstrzygnięcie, stwierdzające co tu i teraz jest słuszne. Pretendująca do poprawności filozoficzna koncepcja prawa musi uwzględniać moment „niedyspozycyjności” treści prawa, który jest, zdaniem Kaufmanna, decydujący dla możliwości wyjaśnienia „ustawowego bezprawia”; musi uwzględnić pozytywność prawa, która gwarantuje bezpieczeństwo prawne należące do istoty prawa; oraz musi wskazać na podstawy historycznej zmienności treści prawa.

W części drugiej przedstawiam proponowaną przez Kaufmanna rekonstrukcję procesu urzeczywistniania prawa. Jest to jednocześnie bliższa determinacja rozumienia prawa, dookreślenie punktu wyjścia filozoficznego wyjaśniania. Kaufmann wyróżnia trzy płaszczyzny tego procesu. Na najwyższej leżą podstawowe zasady prawne, na drugiej — normy prawne, na trzeciej — konkretne rozstrzygnięcia. Podstawowe zasady prawa są na tyle ogólne, że nie mogą być wprost „stosowane” do konkretnych warunków życia, odgrywają natomiast istotną rolę w ustalaniu treści norm. Stanowienie prawa polega na sprowadzaniu do wzajemnej odpowiedniości podstawowych zasad prawnych i możliwych warunków życia. Urzeczywistnianie konkretnego prawa polega natomiast na sprowadzeniu do wzajemnej odpowiedniości norm i konkretnych warunków życia. Proces urzeczywistniania prawa jest sprowadzaniem do odpowiedniości tego, co normatywne i tego, co faktyczne — „prawo to wzajemna odpowiedniość bytu i powinności”.

Prawo jako całość to nie zespół norm, ale jedność stosunków, a jedność stosunków to nic innego jak analogia. Powinność i byt w konkretnym rozstrzygnięciu ani się ze sobą nie utożsamiają, ani nie są radykalnie różne — stanowią jedność analogiczną. Zagadnienie analogii jest przedmiotem analiz w trzeciej części mojej pracy. Analogia, będąc jedną z centralnych kategorii, występuje w teorii Kaufmanna w rozmaitych kontekstach. Problem analogicznej struktury prawa łączy Kaufmann z problematyką prawniczego argumentu z analogii i wnioskowania przez analogię, te zaś zagadnienia wiąże z problematyką analogiczności orzekania, bytu i jego poznania. Istotę analogiczności upatruje w proporcjonalności. Kaufmann wskazuje, że analogiczną strukturę ma sam proces urzeczywistniania prawa — oparty na swoiście pojmowanym wnioskowaniu z analogii. Proces ten staje się dla niego faktem do

wyjaśnienia. Pyta on, jak należy pomyśleć rzeczywistość, aby proces ten mógł zachodzić. Pierwszym krokiem jest wskazanie na analogiczność języka (pojęć) jako na coś, co umożliwia wnioskowanie z analogii. Następnie na podstawie struktury rozumowania i języka wnioskuje o analogiczności bytu. Moment istnienia w bycie pojawia się jako warunek możliwości jedności poznania.

W części trzeciej pokażę związki między koncepcją analogiczności prawa a jego koncepcją osoby i moralności, oraz wyeksplikuję niektóre trudności związane z konsekwencjami przyjęcia proponowanej przez Kaufmanna teorii osoby. Wskazawszy na analogiczną strukturę prawa — prawo to oparta na proporcji relatywna jedność normy i warunków życia, Kaufmann stawia pytanie o to, ze względu na co owa proporcja ma miejsce. Odpowiada, iż u jej podstaw tkwi „natura rzeczy” pojęta jako „sens”, w którym norma prawna i warunki życia muszą być identyczne, aby mogły być sprowadzone do odpowiedniości. „Natura rzeczy” jest realną relacją między jakością normatywną i warunkami życia (faktycznością). Relacja ta jest ustalana w procesie urzeczywistniania prawa, a wynik uzyskany w tym procesie nie jest dowolny. Zarówno sam proces, jak i to, co w tym procesie jest przekształcane, są czymś określonym, zastanym. Kaufmann pyta o ontologiczne podstawy tego procesu, o byt, który gwarantowałby jedność procesu. Tym bytem jest, jego zdaniem, osoba pojęta jako zespół relacji, w których człowiek znajduje się do innych ludzi i do rzeczy. Jednocześnie osoba jest „miejszem” sprowadzania do odpowiedniości bytu i powinności. Osoba jest „co” i „jak” procesu urzeczywistniania prawa. Stąd też Kaufmann określa swoją koncepcję mianem „ugruntowanej w osobie proceduralnej teorii sprawiedliwości”. Zaznacza on przy tym, że osoba to nie jest „empiryczny człowiek”, osoba istnieje „pomiędzy”, jest układem relacji. Człowiekowi nie przysługują „z natury” cechy osoby, jak godność, zupełność i podmiotowość prawa, w tradycyjnym ich rozumieniu. Prawo jest w ujęciu Kaufmanna układem stosunków wzajemnie siebie warunkujących, w każdym rozstrzygnięciu uczestniczy cały system prawa. Osoba, będąc podstawą procesu urzeczywistniania prawa i gwarancją jedności tego procesu, musi obejmować wszystkie relacje i determinować wszystkie procedury. Bytowo usamodzielnia się system. Osoba jest rozumiana jako rzeczywistość ponadindywidualna, tożsama z relacjami konstytuującymi prawo. Pojawia się problem, dlaczego tak pojęta osoba ma być realizowana przez konkretnego

człowieka, a zatem i pytanie, dlaczego prawo zobowiązuje konkretnego człowieka.

Na zakończenie wyeksplikuję konsekwencje, jakie przyjmowane przez Kaufmanna rozwiązania teoriopoznawcze i metafizyczne mają dla możliwości rozwiązania problemów, które pojawiły się w sporze „pozytywizm prawny — prawo naturalne”. Eksplikacji tej dokonuję analizując miejsce epikei w teorii Kaufmanna oraz ujęcie przez niego relacji między prawem a moralnością. Okazuje się, że Kaufmann, mimo iż wskazuje pewne podstawy „niedyspozycyjności” treści prawa, nie daje systemowych podstaw rozumienia fenomenu „ustawowego bezprawia”. Analizy wskazują, że proponowana przez Kaufmanna teoria nie realizuje postawionych przed nią celów. Przyczyny tego tkwią, moim zdaniem, przede wszystkim w przyjętej przez Kaufmanna koncepcji dobra i w koncepcji filozofii uwzględniającej poznanie zapośredniczone w pojęciach za jedyne źródło poznania.

1 *Wstępna determinacja przedmiotu, metody i celu*

W pierwszej części wstępnie scharakteryzuję przyjmowaną przez Kaufmanna koncepcję filozofii, przede wszystkim koncepcję poznania i rozumienie przedmiotu filozofii, a następnie, na tle ujęcia przez niego sporu pozytywizm prawny — prawo naturalne i jego analiz proceduralnych teorii sprawiedliwości, przedstawię zadania, jakie stawia omawiany autor przed filozofią prawa.

1. Koncepcja filozofii prawa

Kaufmann uważa poznanie filozoficzne za poznanie naukowe w pełnym tego słowa znaczeniu: jest ono przedmiotowym poznaniem rzeczywistości zdobywanym w sposób metodyczny, a przez to intersubiektywnie dostępnym i sprawdzalnym³⁹. W przeciwieństwie do nauk szczegółowych filozofia nie ma określonego przedmiotu formalnego, jej celem nie jest badanie rzeczywistości w jednym, określonym aspekcie⁴⁰, lecz pyta o to, co to jest „byt w ogóle”, byt „w całości” czy — jak to jest w przypadku filozofii prawa — co to jest prawo „w całości”, prawo „w ogóle”⁴¹. Ani „całość bytu”, ani „całość prawa” nie są nigdy dane

³⁹ „Wissenschaft ist jede sachgebundene Erkenntnis der Wirklichkeit, die methodisch gewonnen und daher allgemeinzugänglich ist”, Kaufmann: *Das Schuldprinzip* (1976/1961k), s. 62; por. tenże: *Über die Wissenschaftlichkeit...* (1986), s. 245 nn.

⁴⁰ „so ist das Wesen der Philosophie durch die Totalität ihres Formalobjekts gekennzeichnet”, tenże: *Rechtsphilosophie...* (1989/1977), s. 4.

⁴¹ Tamże: s. 1, 3 nn., zwił. s. 4, 6. Por. Heidegger: *Kant a problem metafizyki*, s. 13 nn.

wprost. Do istoty ludzkiego poznania należy to, że rzeczywistość ujmowana jest aspektownie, nieadekwatnie⁴². Punktem wyjścia dla filozofii jest zawsze coś konkretnego. W zasadzie wychodząc od każdego szczegółu można podejmować pytanie o całość. Kaufmann pisze, że „nawet zdający się być czysto techniczny przepis nakazujący jechać prawą stroną ulicy może posłużyć jako punkt wyjścia do odpowiedzi na pytania filozoficzne o sens, istotę i znaczenie »normy prawnej w ogóle«”⁴³. Ponieważ „całość” nie jest nigdy dana bezpośrednio, odpowiedzi na pytania filozoficzne są zawsze jedynie częściowe. Odsłaniając pewne aspekty całości, trzeba z konieczności zaniedbać inne, niedostrzegalne w danych okolicznościach i przy danym sposobie podejścia⁴⁴. To, które aspekty są podejmowane zależy w dużej mierze od sytuacji historycznej⁴⁵. Tak na przykład jednostronne podkreślanie racjonalistycznych i idealnych momentów prawa przez szkołę prawa naturalnego doprowadzić musiało do szkoły historycznej i dziewiętnastowiecznego pozytywizmu, który doprowadził z kolei do odrodzenia w XX w. problematyki treściowych kryteriów prawa i zagadnienia słuszności niezależnej od stanowienia⁴⁶. Doświadczenie historyczne (doświadczenie historii) ma ogromne znaczenie dla dociekań filozoficznych, wskazuje na istotne momenty badanego zagadnienia. Różne koncepcje pojawiające się w historii odsłaniają cząstkę prawdy o jednej rzeczywistości⁴⁷.

Historyzm poznania wiąże Kaufmann z przyjmowaną przez siebie konwergencyjną teorią prawdy. Doświadczenie historyczne będące źródłem wiedzy o tym, jak inni widzieli dane zagadnienie, nie tylko zwraca uwagę na istotne aspekty, ale jest nieodzowną pomocą w ocenie prawdziwości poznania rzeczywistości. Prawdziwość wiedzy można bowiem, zdaniem Kaufmanna, ocenić jedynie porównując wyniki aktów poznawczych różnych podmiotów poznających lub dokonywanych w różnym czasie. Kaufmann stoi na stanowisku, że do istoty myślenia należy to, że nie może być skierowane na nic, ale zawsze

⁴² Por. Kaufmann: *Das Schuldprinzip* (1976/1961k), s. 73 nn.

⁴³ Tenże: *Rechtsphilosophie...* (1989/1977), s. 6.

⁴⁴ Tamże, s. 7.

⁴⁵ Aby odpowiedzieć na aktualne problemy każda epoka musi na nowo pisać swoją filozofię prawa; tamże.

⁴⁶ Tamże.

⁴⁷ Kaufmann nawiązuje tu do Radbrucha, por. Martyniak: *Recenzja: Gustav Radbruch, Zarys filozofii prawa*, s. 545.

kieruje się na jakiś byt⁴⁸. Idąc za Hartmannem, za przekonujące o obiektywności (realności) tego co poznajemy, uznaje Kaufmann opór, jaki stawia aktywności podmiotu to, co realne. Chodzi tu o fenomen napotykania czegoś, natrafiania na coś, co jest takie a nie inne, niezależnie od woli podmiotu⁴⁹. Bytem może być coś materialnego, danego zmysłowo, jak i coś duchowego będącego jedynie przedmiotem myślenia⁵⁰. Ów fenomen natrafiania na coś jest w koncepcji Kaufmanna całkowicie wtórny wobec ujęcia pewnych treści⁵¹. Przyjmuje on, że cała treść każdego prawdziwego poznania dotyczy bytu⁵². Na osiągnięcie prawdy składa się wielość wzajemnie niezależnych wyników poznania tego samego przedmiotu przez różne podmioty poznające⁵³. Zdaniem Kaufmanna, różnice między poszczególnymi rezultatami mogą być uzasadnione jedynie tym, że w każdym poznaniu subiektywny moment pochodzi z innego źródła, natomiast moment obiektywny pochodzi od tego samego bytu, będącego przedmiotem poznania. Momenty subiektywne nie będą się zespalać w pewną całość, ale będą się wzajemnie osłabiać lub znosić. Natomiast momenty obiektywne pokazują pewną jednolitość, wzajemnie się potwierdzają. Konwergencja jest nie tylko środkiem poznania konkretnego, ale stanowi również kryterium prawdy⁵⁴.

Trzeba tu zauważyć, że zgodnie z konwergencyjną koncepcją poznania, na podstawie zgodności pewnych treści poznawczych, wskazującej na „niedyspozycyjność” danej treści, wnosi się nie tylko o tym, jaka jest realna rzeczywistość, ale i o tym, co jest bytem w sobie. O tym, że coś jest bytem, dowiadujemy się na podstawie pewnej treści powtarzającej się w szeregu aktów poznawczych. Zasadniczą rolę w konstytucji treści przedmiotu odgrywa zasada niesprzeczności, będąca jedynym kryterium pozwalającym określić, jaka treść stanowi jedność wskazującą na byt. Proces uzgadniania treści i eliminowania elementów niezgodnych jest jedyną drogą docierania do rzeczywistości.

⁴⁸ Kaufmann: *Das Schuldprinzip* (1976/1961k), s. 52 n.

⁴⁹ Tamże, s. 71 n.; por. Hartmann: *Zur Grundlegung der Ontologie*, s. 177.

⁵⁰ Kaufmann: *Das Schuldprinzip* (1976/1961k), s. 71.

⁵¹ Nie ma miejsca na pierwotne ujęcie bytu jako istniejącego, wzgl. bytu jako dobra, tak jak to ma miejsce w tomizmie egzystencjalnym; por. Krapiec: *Metafizyka*, s. 106 nn., 178 nn.

⁵² Kaufmann: *Das Schuldprinzip* (1976/1961k), s. 52 n.

⁵³ Tenże: *Über die Wissenschaftlichkeit...* (1986), s. 441; por. tenże: *Das Schuldprinzip*, (1976/1961k), s. 76 n.

⁵⁴ Tenże: *Über die Wissenschaftlichkeit...* (1986), s. 441; por. Gadamer: *Wahrheit und Methode*, s. 332 n.

Rzeczywistość jest tu zatem pojmowana jako korelat jedności treści konstituowanej przez podmiot. Koncepcja bytu jest u Kaufmanna nabywana na koncepcji poznania⁵⁵.

Również poznanie w nauce prawa jest, zdaniem Kaufmanna, poznaniem bytu. Autentyczna problematyka prawa naturalnego (nauka prawa naturalnego) jest możliwa jedynie tam, „gdzie prawo ujmowane jest jako rzeczywistość istniejąca ze swej istoty niezależnie od naszego myślenia i chcenia, gdzie nie jest negowana bytowość prawa. Nie może być innej podstawy obowiązywania prawa naturalnego, jak „byt”. Stąd też „nauka prawa naturalnego jest ostatecznie zawsze ontologią prawa”. Filozofia prawa poszukująca podstaw jego obowiązywania jest ontologią prawa, pytającą o jego bytowe (ontologiczne) podstawy⁵⁶.

Według Kaufmanna termin „prawo” w zasadniczym tego słowa znaczeniu odnosi się do konkretnego stanu rzeczy, określa to, co tu i teraz jest słuszne. Zauważa on, że dla danego przypadku nie może istnieć podwójne prawo, jedno „słuszne”, drugie „niesłuszne”. Prawo w pełnym tego słowa znaczeniu, jest to zawsze prawo słuszne lub, innymi słowy, prawo naturalne⁵⁷. Pojęcie niesłusznego prawa to *contradictio in adiecto*⁵⁸. Prawo, które nie jest obiektywnie słuszne, nie jest prawem, ale bezprawiem⁵⁹.

Zdaniem Kaufmanna podstawowe problemy filozofii prawa wyznaczają dwa pytania: „co to jest słuszne prawo?” i „jak słuszne pra-

⁵⁵ To, co jest przedmiotem filozofii jest u Kaufmanna pewnego rodzaju konstruktem. Jako pierwotne dane uznaje on nie konkretny, istniejący byt, którego wyjaśnienie byłoby zadaniem filozofii, ale pierwotne są akty poznawcze, a byt jest korelatem treści tych aktów. Mówiąc nieco skrótowo: to, co Kaufmann uważa za byt, którego teorię buduje, to w zasadzie uprzedmiotowione pojęcia.

⁵⁶ Kaufmann: *Rechtsphilosophie...* (1989/1977), s. 14. W *Das Schuldprinzip* (1976/1961k) określał on filozofię prawa jako „ontologię regionalną” w sensie Heideggera, odpowiadającą na pytanie: „czym ze swej istoty jest prawo?”, przy czym w odpowiedzi chodziłoby raczej o wewnętrzną strukturę bytu prawa, a nie o wskazanie innego bytu, od którego prawo pochodzi. Polemizował w tym punkcie z Majhoferem, 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; s. 97 n. Jednak w późniejszych pracach Kaufmann sam wskazuje na osobę, jako na bytowy fenomen, w którym ugruntowane jest 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 w oparciu o dane otrzymane z analizy bytu, jakim jest prawo, proces jego urzeczywistniania (zasadnie będzie można też pytać, czy z systemowego punktu widzenia osoba nie jest identyczna z prawem).

⁵⁷ „Recht und Naturrecht sind dasselbe”, tenże: *Gesetz und Recht* (1966/1962k), s. 31.

⁵⁸ Tamże.

⁵⁹ Tamże, s. 10. Mówienie o prawie słusznym jest jednak niekiedy wskazane dla uniknięcia nieporozumień.

wo jest poznawane wzgl. urzeczywistniane?”⁶⁰. Pytania te prowadzą do problemu sprawiedliwości, rozumianej jako kryterium oceny prawa pozytywnego, a tym samym do zagadnienia podstaw obowiązywalności prawa⁶¹. Aby uzyskać poprawne odpowiedzi, trzeba postawione pytania rozpatrywać łącznie, co — zdaniem omawianego autora — nie było jak dotąd w sposób wystarczający brane pod uwagę⁶². Odwołując się do wyników hermeneutyki filozoficznej, Kaufmann uważa, że łączenie tych pytań jest konieczne z tego względu, że „poznanie nie jest po prostu odbiciem przedmiotu w świadomości, ale raczej poznający, zwłaszcza poznający prawo, wkracza w poznanie aktywnie je kształtując”⁶³. Sformułowane pytania wyznaczają też podwójną perspektywę, w jakiej Kaufmann prezentuje swoją koncepcję: z jednej strony jest to krytyczna analiza sporu między pozytywizmem prawniczym i koncepcjami prawa naturalnego, z drugiej zaś proceduralne koncepcje sprawiedliwości, w których słuszność prawa wiązana jest nie tyle z treścią, co z procedurą dochodzenia do rozstrzygnięcia. W ten sposób Kaufmann zmierza do swoistej syntezy zagadnień prawa naturalnego „pierwszego” i „drugiego” stopnia⁶⁴.

2. Filozofia prawa wobec sporów wokół prawa naturalnego

Przeprowadzone przez Kaufmanna analizy sporu między klasycznym pozytywizmem prawniczym a racjonalistyczną koncepcją prawa naturalnego nie są analizami typu historycznego, ale służą przede wszystkim zaprezentowaniu jego własnego stanowiska⁶⁵. W kontekście tego sporu określa wymagania, jakie spełnić powinna poprawna filozofia prawa, wskazuje momenty, które powinna ona uwzględnić i wyjaśnić.

Według klasycznego pozytywizmu prawnego istota prawa wyczerpywała się w pozytywnie stanowionych normach prawnych (ustanowionym porządku prawnym). Podstawowy dogmat pozytywizmu głosi,

⁶⁰ Tenże: *Problemgeschichte...* (1989/1985), s. 25.

⁶¹ Tamże.

⁶² Tamże.

⁶³ Tenże: *Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit* (1989k), s. 8.

⁶⁴ Por. Ellscheid: *Das Naturrechtsproblem*, s. 152.

⁶⁵ Sprawą tu drugorzędną jest dyskusyjność jego interpretacji tego sporu, nie ma to istotnego znaczenia dla dalszego toku moich analiz.

że „tylko prawo pozytywne jest prawem i każde prawo pozytywne jest prawem”⁶⁶. Z punktu widzenia klasycznego pozytywizmu prawnego nie można o żadnej w sposób formalnie poprawny ustanowionej normie ani o żadnym zgodnym z prawem stanowionym rozstrzygnięciu powiedzieć, że są niesprawiedliwe⁶⁷. Kaufmann wskazuje, że pozytywizm prowadzi do relatywizmu i naraża prawo na wszelkiego rodzaju nadużycia ze strony różnych sił politycznych. Kwestionując pozytywistyczną koncepcję prawa, podkreśla on spójność tej teorii (zwłaszcza w wydaniu Hansa Kelsena) i uważa, że jedynymi argumentami przeciwko niej są pewne dane potocznego doświadczenia, których teoria ta nie uwzględnia. Kaufmann zwraca uwagę na „ustawowe bezprawie”, będące udziałem żyjących w państwach totalitarnych, jako na niezaprzeczalny fakt historyczny, który „wręcz z dokładnością, jaką daje eksperyment przyrodniczy”⁶⁸ pokazał, że do rzeczywistości prawa należy więcej niż tylko zgodność z ustanowionymi normami⁶⁹. Pozytywizm prawny jako teoria prawa zamiast wyjaśniać fakty wyklucza ich istnienie⁷⁰. Doświadczenie pokazuje, że można i trzeba sensownie pytać o sprawiedliwość i słuszność prawa formalnie poprawnie ustanowionego. Tam, gdzie pojawia się problem słuszności prawa (problem sprawiedliwości), trzeba uznać jakiś inny moment określający prawo, niż same tylko normy prawne.

Próba rozwiązania problemu sprawiedliwości prawa jest klasyczna, racjonalistyczna doktryna prawa naturalnego. Za charakterystyczne dla tej koncepcji uważa Kaufmann to, iż prawo naturalne pojmuje jako pewnego rodzaju idealne prawo ponadpozytywne, które istnieje obok prawa pozytywnego i które wchodzi w jego miejsce, gdy obowiązujące prawo pozytywne nie gwarantuje słusznego rozstrzygnięcia⁷¹. Podczas gdy pozytywizm prawniczy za jedynie istotne dla obowiązywania prawa uważał jego formę, to klasyczna koncepcja prawa naturalnego

⁶⁶ Bergbohm: *Jurisprudenz...*, t. I, s. 144.

⁶⁷ Por. Kaufmann: *Das Schuldprinzip* (1976/1961k), s. 42 n.

⁶⁸ Tamże, s. 43.

⁶⁹ Por. tenże: *Gesetz und Recht* (1966/1962k), s. 10.

⁷⁰ Kaufmann zauważa, że trafniejszym określeniem dla tego rodzaju teorii byłby „negatywizm prawny” albo „nihilizm prawny” („Rechtsnegativismus”, „Rechtsnihilismus”), gdyż u jego podstaw tkwi odrzucanie wszelkiego doświadczenia niezgodnego ze standardem nauk przyrodniczych, przez co pozytywizm nie może powiedzieć pozytywnie nic o istocie prawa; tenże: *Das Schuldprinzip* (1976/1961k), s. 44 nn., zvl. s. 48.

⁷¹ Por. tenże: *Gesetz und Recht* (1966/1962k), s. 9; *Kann die Natur Norm menschlichen Verhalten sein?* (1987), s. 34.

akcentuje treściowy aspekt prawa: o tym, czy prawo obowiązuje decyduje treść norm (jej zgodność z treścią norm prawa naturalnego). Zdaniem Kaufmanna koncepcja ta niesie z sobą szereg problemów i jest nie do utrzymania. Jeśli bowiem przyjmie się równoległe obowiązywanie tak pojętego prawa naturalnego i prawa pozytywnego, można spotkać się z klasycznym zarzutem pozytywistów, że nie mogą równocześnie obowiązywać dwa porządki prawne — jeden z nich trzeba uznać za zbędny⁷². Jeśli uzna się nadrzędność tak pojętego prawa naturalnego, pojawia się podstawowa trudność wskazania intersubiektywnie dostępnych metod poznawania szczegółowych (treściowo określonych) norm tego prawa⁷³. Dopuszczenie do argumentowania z tak pojmowanego prawa naturalnego, podobnie jak pozytywizm prawny, prowadzić może do nadużyć prawa, czego przykład dał choćby XVIII wiek. Gdzie nie ma możliwości intersubiektywnej kontroli, do głosu dochodzi arbitralność i samowola. Praktyczne konsekwencje mogą więc być podobne do konsekwencji pozytywizmu⁷⁴. Pod znakiem zapytania staje bezpieczeństwo prawne, którego warunkiem jest przewidywalność skutków prawnych działania. Innym problemem, którego racjonalistyczna koncepcja prawa naturalnego, zdaniem Kaufmanna, nie rozwiązuje, jest niezaprzeczalna historyczna zmienność prawa⁷⁵, która z kolei łatwo daje się wyjaśnić na gruncie pozytywizmu prawnego. Ten ostatni słusznie też akcentuje znaczenie pozytywności prawa, jako momentu, który decyduje o tym, że to, co jest prawem jest czymś dobrze określonym, konkretnym, a przez to i dostępnym poznaniu, które może być intersubiektywnie komunikowalne i sprawdzalne⁷⁶. Dzięki temu zagwarantowane jest bezpieczeństwo prawne, którego respektowanie należy do natury prawa⁷⁷. Idealistyczna koncepcja szkoły prawa naturalnego słusznie podkreśla niedowolność treści norm określających kwalifikację prawną danego stanu rzeczy, zwracając tym samym uwagę, że o realności prawa (jego obowiązywalności) nie może decydować li tylko wola ustawodawcy i dookreśloność przepisów, ale że

⁷² Tenże: *Das Schuldprinzip* (1976/1961k), s. 41.

⁷³ Por. Böckenförde: *Kritik...*, s. 13.

⁷⁴ Kaufmann: *Rechtsphilosophie...* (1989/1977), s. 14.

⁷⁵ Por. tenże: *Naturrecht und Geschichtlichkeit* (1957k), passim.

⁷⁶ Pozytywiści są jednak w błędzie stawiając nauce prawa rygory ścisłości właściwe naukom formalnym, por. tenże: *Über die Wissenschaftlichkeit...* (1986), passim.

⁷⁷ Negacja bezpieczeństwa prawnego jest ostatecznie negacją samego prawa i sprawiedliwości; tenże: *Gesetz und Recht* (1966/1962k), s. 19; por. Radbruch: *Rechtsphilosophie*, s. 9, 70 ff, 81, tenże: *Grundzüge der Rechtsphilosophies*, s. 183.

z prawem związana jest obiektywna prawda, która musi być respektowana, jeżeli prawo ma pozostać prawem. Każda ze stron sporu wskazuje na takie momenty prawa, które wzajem się dopełniają i oba są momentami konstytutywnymi bytu, jakim jest prawo⁷⁸.

Kaufmann wskazuje także na wspólne wady obydwu omawianych koncepcji. Jak przekonanie o możliwości dedukcyjnego wyprowadzania norm prawnych prawa pozytywnego (*Gesetz*) wprost z ogólnych zasad moralności i sprawiedliwości cechuje racjonalistyczne koncepcje prawa naturalnego, tak pozytywizm prawny związany jest z poglądem, iż konkretne rozstrzygnięcia dadzą się ściśle logicznie wyprowadzić z norm prawa pozytywnego⁷⁹. Korzenie tych obydwóch przeciwstawnych sobie koncepcji są, zdaniem Kaufmanna, wspólne i sięgają do filozofii racjonalistycznej, która zmierzała do zbudowania zamkniętego systemu, umożliwiającego „more geometrico” zdobywanie adekwatnej i ścisłej wiedzy o rzeczywistości⁸⁰. Ta racjonalistyczna koncepcja wiedzy tkwi u podstaw wszystkich wielkich europejskich kodyfikacji końca XVII i początku XIX wieku, będących owocem szkoły prawa naturalnego. Pozytywizm prawny będąc reakcją na racjonalistyczne koncepcje prawa naturalnego przejął, w zasadzie bez zastrzeżeń, koncepcję porządku prawnego jako logicznie zamkniętego, pozbawionego luk systemu⁸¹. Jeżeli, jak głosi pozytywizm, „tylko ustawa jest prawem i (...) każda ustawa jest prawem”⁸², 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 *Gesetz* z *Recht*. W takim utożsamianiu ustawy z prawem upatruje też Kaufmann istotę pozytywizmu prawne-

⁷⁸ W nawiązaniu do terminologii scholastycznej Kaufmann określa pozytywność jako „Existenz” prawa, natomiast moment treściowy — „Essenz”; Kaufmann: *Das Schuldprinzip* (1976/1961k), s. 43. W takim pojmowaniu złożenia bytu z istnienia i istoty Kaufmann nawiązuje częściowo do Heideggera (por. tamże, s. 98 nn., z licznymi wskazówkami bibliograficznymi). Jego rozumienie tego złożenia jest bardzo dalekie od pierwotnego, Tomaszowego, już choćby dlatego, że również moment istnienia wiąże Kaufmann z pytaniem o istotę bytu prawa, pytaniem, którego odpowiedzi można szukać również metodą abstrakcji, por. tamże, s. 100.

⁷⁹ Tenze: *Analogie...* (1982/1965k), s. 15.

⁸⁰ Tamże.

⁸¹ Na temat luk w prawie por. Ziemiński: *Podstawy sporów o „luki w prawie”*, passim; tenże: *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, s. 219 nn.; Bydlinski: *Gesetzeslücke. § 7 ABGB und die „Reine Rechtslehre”*.

⁸² „jedes Gesetz ist Recht — und (...) nur das Gesetz ist Recht”, Kaufmann: *Gesetz und Recht* (1966/1962k), s. 5.

go⁸³. „Prawo” nie jest wówczas niczym więcej niż terminem zbiorczym na określenie całości obowiązujących norm⁸⁴. Rozstrzygnięcie polega na subsumcji danego przypadku pod odpowiednią normę prawną. W takiej perspektywie rola sędziego jest w zasadzie czysto „techniczna”⁸⁵. Konkretnie prawo otrzymywane jest z norm prawnych za pomocą procedur logicznoformalnych. Wyrok, rozstrzygnięcie wynika ściśle logicznie z dwóch przesłanek, z których jedną jest norma prawna, a drugą stan faktyczny⁸⁶. W takiej sytuacji wszelkie luki w systemie prawnym są niedopuszczalne. Łączyć się z tym musi przekonanie, że prawo jest systemem posiadającym zdolność do uzupełniania się tylko na podstawie samego siebie⁸⁷. Skoro dla pozytywisty znajdowanie prawa nie jest niczym więcej jak tylko stosowaniem ustawy i subsumowaniem pod pojęcia prawa⁸⁸, to nie ma też miejsca na interpretację prawa⁸⁹, a pojęcia prawnicze muszą mieć treść ściśle jednoznaczną. Okazuje się jednak, że w prawie karnym „nie ma dosłownie ani jednego karalnego czynu, którego kontury byłyby w pozytywnych ustawach rzeczywiście ustalone — granice są otwarte na wszystkie strony”⁹⁰. Bez interpretacji nie można się obejść. Nawet to, co wydaje się być prostym stosowaniem prawa zakłada interpretację, „ponieważ samo uznanie, iż tekst w swym dosłownym brzmieniu jest tak jednoznaczny, że jego wykładnia jest zbędna (...), oparte jest na interpretacji”⁹¹. Problemem otwartym pozostaje natomiast to, jaki typ interpretacji można uznać za dopuszczalny, ze względu na jedną z podstawowych zasad prawnych

⁸³ „Was man Rechts- oder Gesetzespositivismus beziehnet, ist nichts anderes als dieses Dogma der völligen Identität von Gesetz und Recht im Sinne der Alleinmaßgeblichkeit des Gesetzes und der absoluten Wesenlosigkeit des Rechts”, tamże.

⁸⁴ Tamże, s. 10.

⁸⁵ Por. **Elscheid**: *Das Naturrechtsproblem*, s. 143 n.

⁸⁶ **Kaufmann**: *Gesetz und Recht* (1966/1962k), s. 28 n.

⁸⁷ Por. **Bergbohm**: *Jurisprudenz...*, t. I: „das positive Recht hat überhaupt keine Lücken. (...) Ein Recht, und wenn es fast nichts an geregelten Stoffen umfaßt, ist etwas allemal in lückenloser Ganzheit Dastehendes. Wer dürfte es auch komplettieren, ohne sich zur Rechtsquelle aufzuwerfen? Es bedarf niemals der Ausfüllung von außen her, denn es ist jeden Augenblick voll, weil seine innere Fruchtbarkeit, seine logische Expansionskraft im eigenen Bereich jeden Augenblick den ganzen Bedarf an Rechtsurteilen deckt”, cyt. za **Kaufmann**: *Analogie...* (1982/1965k), s. 3. Przekonanie o zupełności systemu prawnego znalazło w kodeksie Napoleona wyraz w postaci normy prawnej w art. 4: „Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice”, cyt. za **Kúpiszewski**: *Prawo rzymskie a współczesność*, s. 133 n.

⁸⁸ Por. **Kaufmann**: *Analogie...* (1982/1965k), s. 3.

⁸⁹ W okresie klasycznego pozytywizmu prawnego można się spotkać nawet z zakazami komentowania kodeksu karnego; komentarze uważano za zbędne i szkodliwe, tamże.

⁹⁰ Tamże, s. 6.

⁹¹ Esser: *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* (1974³), s. 253; cyt. za **Kaufmann**: *Analogie...* (1982/1965k), s. 37 n.

*nullum crimen sine lege*⁹². Kaufmann zwraca uwagę, że proponowane niekiedy określenie dopuszczalnej interpretacji jako takiej, która pozostaje w ramach „jasnego i jednoznacznego sensu słów”, jest pewnego rodzaju nadużyciem językowym, gdyż tam, gdzie mowa o sensie, tam nie może być mowy o jednoznaczności⁹³. Ponieważ terminy stosowane w ustawach nie mogą być również interpretowane w sposób dowolny, jako wieloznaczne (zanegowane byłoby wówczas bezpieczeństwo prawne), prawidłowa interpretacja opiera się na analogicznym rozumieniu tekstu ustaw⁹⁴. Skoro w zasadzie w każdym przypadku konieczna jest interpretacja, oznacza to również, że dla żadnego przypadku nie ma gotowego prawa. Luki w prawie nie tylko są czymś, na co niekiedy się natrafia, ale, zdaniem Kaufmanna, to sytuacja uznawana powszechnie za wyjątkową okazuje się sytuacją „normalną” — prawo tworzone jest dla **każdego** konkretnego przypadku, zawsze znajdowane jest w pewnym procesie interpretacji⁹⁵.

Kaufmann uważa, że niedoceniając roli interpretacji w znajdowaniu prawa, traktowanie go jako zamkniętego systemu opartego na jednoznacznych zasadach jest wspólną cechą i wadą tak klasycznego pozytywizmu, jak i racjonalistycznej koncepcji prawa natury. Obydwie teorie przyjmują, że prawo jest już „gotowe” w systemie abstrakcyjnych norm lub podstawowych zasad. Nie wyjaśniają „dostosowywania” się ogólnych zasad i norm do zmiennych warunków⁹⁶.

Zarysowując swoje stanowisko, Kaufmann nawiązuje również do dyskusji nad prawem naturalnym „drugiego stopnia”. Zwraca uwagę na tzw. proceduralne teorie sprawiedliwości, w których sprawiedliwość ugruntowana jest w określonych procedurach ustalania norm i rozstrzygania konkretnych przypadków. Teorie te uwzględniają i akcentują zagadnienie **sposobu** urzeczywistniania prawa, zagadnienie w zasadzie pomijane w wyżej omówionych koncepcjach. Odpowiedź na pytanie, **jak** prawo jest urzeczywistniane? jest według Kaufmanna niezbędna dla odpowiedzi na pytanie, **co** to jest prawo? Dystansuje się on jednak wobec tych teorii, które w pewnego typu procesie zdeteminowanym jedynie w sposób formalny upatrują źródło treści prawa

⁹² Por. Kaufmann: *Analogie...* (1982/1965k), s. 6.

⁹³ Tamże, s. 5; por. Engisch: *Einführung in das juristische Denken*, s. 82. Kaufmann przyjmuje tu hermeneutyczne pojęcie sensu.

⁹⁴ Kaufmann: *Analogie...* (1982/1965k), s. 4 n.

⁹⁵ Tamże, s. 16; por. tamże, s. 4 n., Ehrlich: *Wstęp do nauki o państwie i prawie*, s. 176.

⁹⁶ Kaufmann: *Analogie...*, s. 15 nn.; *Rechtsphilosophie...* (1989/1977), s. 17.

i podstawę jego obowiązywania⁹⁷. Z jednej strony podejmuje on krytykę funkcjonalistycznej koncepcji N. Luhmanna⁹⁸, z drugiej — koncepcji upatrujących w konsensie kryterium i źródło prawdy i słuszności. Kaufmann uważa, że w teorii Luhmanna nie ma w ogóle miejsca na słuszność, sprawiedliwość czy prawdę, są to raczej symbole poręczające za dobre zamiary lub wyrażające zakładany konsens⁹⁹. Wszeghogarniający system jest jedynym źródłem samego siebie (auto-poeza). „Sprawiedliwym” jest takie prawo, które prowadzi do upraszczania stosunków społecznych i w tym sensie służy sprawnemu funkcjonowaniu systemu¹⁰⁰. „Prawo” pełni czysto instrumentalną rolę; kryterium właściwego rozstrzygnięcia jest jego użyteczność dla działania systemu. Celem procesu jest nie prawo (sprawiedliwość), ale sprawność funkcjonowania społeczeństwa. „Nie ma w ogóle żadnego »coś«, które wynikałoby z »jak«”¹⁰¹. Kaufmann uważa to stanowisko, podobnie jak pozytywizm w wydaniu Kelsena, za teoretycznie nieobalalne, niemniej jednak nie do przyjęcia ze względu na możliwe praktyczne konsekwencje¹⁰².

Spośród procesualnych koncepcji, które w pewnym stopniu respektują specyfikę sprawiedliwości (słuszności), Kaufmann analizuje dwa ich typy: jeden oparty na umowie, drugi na racjonalnym dyskursie. Teorie umowy traktują stosunek prawny jako rezultat pewnego kontraktu społecznego. Klasycznym przykładem takiej koncepcji jest dla Kaufmanna propozycja Johna Rawlsa¹⁰³. Rawls zastanawia się nad sytuacją podmiotów znajdujących się w hipotetycznym przed-prawnym „stanie pierwotnym”. Aby zapobiec temu, by któraś ze stron chciała dla siebie jednostronnych korzyści lub oceniała tendencyjnie, Rawls przyjmuje, że partnerzy nie wiedzą nic o swych psychicznych

⁹⁷ Kaufmann dystansuje się też w tym punkcie wobec niektórych swoich własnych poglądów zawartych w pracy habilitacyjnej *Das Schuldprinzip* (1961), w której utrzymywał, iż z pojętej formalnie i absolutnie zasady winy można wyprowadzić zdeterminowane treściowo normy; por. tenże: *Prozedurale...* (1989k), s. 11.

⁹⁸ Kaufmann odwołuje się przede wszystkim do: **Luhmann**: *Legitimation durch Verfahren*, tenże: *Positives Recht und Ideologie*.

⁹⁹ **Kaufmann**: *Prozedurale...* (1989k), s. 11; por. tenże: *Problemgeschichte...* (1989/1985), s. 131. Mówi się niekiedy o „»sprawiedliwości« bez sprawiedliwości”, por. **Höffe**: *Politische Gerechtigkeit*, s. 171 nn., zwl. 183.

¹⁰⁰ **Kaufmann**: *Prozedurale...* (1989k), s. 11 n.

¹⁰¹ Tamże, s. 12.

¹⁰² Tamże. „Teoretyczna nieobalalność” u Kaufmanna związana jest zasadniczo ze spójnością teorii. Niemniej jednak uznaje on możliwość zakwestionowania teorii ze względu na dane potocznego doświadczenia.

¹⁰³ Kaufmann opiera się głównie na **Rawls**: *A Theory of Justice*.

i fizycznych cechach i swych rolach społecznych w rzeczywistym życiu. Nie wchodzi w grę momenty siły lub zagrożenia. Rawls uważa, że w takiej sytuacji partnerzy umowy będą dążyli do uzgodnienia zasad minimalizujących ich własne ryzyko w rzeczywistym życiu¹⁰⁴. Rezultaty uzyskane przez Rawlsa wydają się być do przyjęcia. Jednak, zdaniem Kaufmanna, bynajmniej nie dlatego, że wynikają one z formalnych reguł określających proces uznany za prowadzący do powstania prawa. Kaufmann uważa, że nie można ustalić reguł zachodzenia procesu, nie mając pojęcia o tym, co z niego ma wyniknąć¹⁰⁵. Rekonstrukcja zasad formalnych zakłada element materialny. Rawls żywi określone wyobrażenia dotyczące sprawiedliwości, wyobrażenia wspólne amerykańskiemu społeczeństwu dwudziestego wieku. Ostatecznie treść norm proponowanych przez Rawlsa ma swe źródło „w wiedzy oraz tak historycznie, jak społecznie nacechowanemu doświadczeniu wysoko wykształconego filozofa naszych czasów”¹⁰⁶.

Proceduralne teorie odwołujące się do racjonalnego dyskursu głoszą, iż „zdanie normatywne jest słuszne (...), gdy może być ono rezultatem określonej procedury, mianowicie racjonalnego dyskursu”¹⁰⁷. Rawls posługiwał się pewną konstrukcją myślową, jaką jest „stan pierwotny”, tutaj zakłada się hipotetyczny idealny dyskurs i idealny konsens. Ten typ teorii Kaufmann ilustruje koncepcją Jürgena Habermasa. Zdaniem tego ostatniego argumentacja na płaszczyźnie moralnej służy przywróceniu konsensu, który został w jakiś sposób zakłócony¹⁰⁸. Osiągany konsens jest wówczas prawomocny, gdy ustalenia w nim potwierdzone oparte są na lepszej argumentacji. Kaufmann uważa, że Habermas, poza określeniem formalnych zasad dotyczących idealnych warunków dyskursu, nie daje żadnej wskazówki na czym oparta jest treść lepszego argumentu, stąd, ostatecznie, nie wskazuje podstaw niedowolności podstaw prawa¹⁰⁹. Dopóki teoria odwołująca się do dyskursu wskazuje jedynie na reguły formalne, może być ona pomocna jedynie do ustalenia, czy konsens został osiągnięty w sposób formalnie

¹⁰⁴ Kaufmann: *Prozedurale...* (1989k), s. 14.

¹⁰⁵ Tamże.

¹⁰⁶ Tamże, s. 15.

¹⁰⁷ Alexy: *Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation*, s. 178; cyt. za Kaufmann: *Prozedurale...* (1989k), s. 16.

¹⁰⁸ Por. Habermas: *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, s. 76 n.; cyt. za Kaufmann: *Prozedurale...* (1989k), s. 16.

¹⁰⁹ Kaufmann: *Prozedurale...* (1989k), s. 18, gdzie Kaufmann powołuje się na Kern: *Von Habermas zu Rawls*, s. 93.

poprawny, nie wskazuje ona jednak podstaw do uznania prawdziwości wzgl. słuszności. „To, że w trakcie dyskursu zostaje osiągnięta prawda, zależy nie tylko i nie w pierwszym rzędzie od obecności idealnej sytuacji do dyskusji, ale przede wszystkim od „wiedzy rzeczowej” i „doświadczenia” partnerów dyskursu, a zatem od czegoś, co w dyskurs wprowadzane jest z zewnątrz”¹¹⁰.

Podsumowując: Kaufmann poszukuje proceduralnej koncepcji prawa, która zachowywałaby specyfikę sprawiedliwości i wskazywała podstawy treści prawa. „Idea prawa naturalnego nie musi oznaczać ponadpozytywnego, ogólnie ważnego i wiecznego prawa, lecz prawo naturalne jest przede wszystkim pojmowane jako prawo obiektywnie słuszne, zawdzięczające swoją obowiązywalność nie subiektywnej woli ustawodawcy, ale leżącej u podstaw wszelkich postaci prawa, obiektywnej prawdzie”¹¹¹. Trzeba zatem wskazać byt będący podstawą prawa. Teoria musi przy tym uwzględnić i pogodzić ze sobą: niedyspozycyjność, pozytywność, konkretność oraz historyczność prawa¹¹². Podstawowe pytania stawiane w filozofii prawa wskazują na dwa aspekty poszukiwanych ontologicznych fundamentów prawa: formalny — podstawę procedur i materialny — podstawę treści.

¹¹⁰ Polemizując z Habermasem w sprawie podstaw prawa Kaufmann jednocześnie w szerokim zakresie korzysta z teorii racjonalnego dyskursu, np. Kaufmann: *Gerechtigkeit — der vergessene Weg zum Frieden* (1986k), s. 122 nn.

¹¹¹ Tenże: *Schuldprinzip* (1976/1961k), s. 42.

¹¹² Tamże, s. 42; por. tenże: *Gesetz und Recht* (1966/1962k), s. 10.

2 *Struktura procesu urzeczywistniania prawa*

Po wstępnym określeniu koncepcji filozofii prawa, kolej na zdeterminowanie przedmiotu dalszych analiz, na opis prawa jako pewnego fenomenu domagającego się filozoficznego wyjaśnienia. Ponieważ prawo, zdaniem Kaufmanna, jest wynikiem pewnego procesu, stąd chcąc wskazać podstawową strukturę prawa, trzeba scharakteryzować proces jego urzeczywistniania: wskazać zasadnicze elementy biorące w nim udział, zależności między nimi i bliżej określić na czym ów proces polega.

1. Pozytywność prawa. Trzy płaszczyzny procesu

Przed podjęciem analizy proponowanego przez Kaufmanna modelu urzeczywistniania prawa konieczna jest prezentacja przyjmowanej przez niego koncepcji pozytywności prawa. Jest to ważne nie tylko dla zrozumienia stanowiska, jakie omawiany autor zajmuje wobec teorii pozytywistycznych, ale przede wszystkim dlatego, że ujęcie pozytywności związane jest z precyzacją pojęcia prawa. Kaufmann uważa bowiem, że do samej natury prawa należy to, że jest ono pozytywne. Należy on do tych badaczy, którzy pozytywność wiążą z realnością prawa: „Koniecznym warunkiem realności prawa jest jego pozytywność”¹¹³. Oznacza ona tyle, co jego obecność. „Pozytywność prawa

¹¹³ Kaufmann: *Das Schuldprinzip* (1976/1961k), s. 41; por. tenże, *Gesetz und Recht* (1966/1962k), s. 9 n.

oznacza taki stopień aktualizacji i konkretyzacji jego istoty, że możemy je ustalić, posłużyć się nim, zastosować je"¹¹⁴. Prawo w podstawowym tego słowa znaczeniu jest w pełni konkretne (a tym samym i w pełni rzeczywiste) w tu i teraz podejmowanym rozstrzygnięciu prawnym (Rechtsentscheidung). Nie odnosi się to tylko do rozstrzygnięcia dokonywanego przez sędziego, ale również do prawa moralnego, gdzie mamy do czynienia z rozstrzygnięciem dokonywanym przez konkretnego człowieka w konkretnej, jednostkowej sytuacji. Ową rzeczywistość tak pojętego prawa nazywa Kaufmann „pozytywnością materialną”¹¹⁵.

Norma prawna (również norma „prawa zwyczajowego”, lub „prawa sędziowskiego”) jest ogólna — jest formalną, pojęciową konkretyzacją prawa. Jest ona, jak na to wskazuje pierwotny sens słowa¹¹⁶, kryterium dla wielu możliwych sytuacji, a nie rozstrzygnięciem konkretnego przypadku. Prawo jako norma (Gesetz) nie jest więc pełną rzeczywistością prawa, ale jedynie „możliwością” jego zaistnienia¹¹⁷. W przypadku normy prawnej Kaufmann proponuje mówić o „pozytywności formalnej”¹¹⁸. Pozytywność w pełnym tego słowa znaczeniu (materialna) przysługuje konkretnemu prawu, temu, co tu i teraz słuszne, samej „rzeczy sprawiedliwej”¹¹⁹. Każde inne rozumienie pozytywności dokonuje się ze względu na to podstawowe, stąd też pozytywność normy prawnej nie jest utożsamiana z określoną formą jej ustanowienia, ale związana jest z takim stopniem konkretności i określoności, która umożliwia jej „zastosowanie”¹²⁰.

Kaufmann podkreśla, że tak pojmowana pozytywność nie jest utożsamiana z aktem formalnego stanowienia norm. Z jednej bowiem strony istnieją normy, które są pozytywne, a u podstaw ich pozytywności nie leży akt stanowienia, z drugiej zaś strony, istnieją formalnie ustanowione normy prawne, które są tak abstrakcyjne i niedookreślone, że nie można na ich podstawie dokonać kwalifikacji prawnej konkret-

¹¹⁴ Tenże: *Das Schuldprinzip* (1976/1961k), s. 92.

¹¹⁵ Tenże: *Analogie...* (1982/1965k), s. 10.

¹¹⁶ Por. tamże; Kupiszewski: *Prawo rzymskie...*, s. 131 n.

¹¹⁷ „das Gesetz [ist] also nicht die Wirklichkeit, sondern nur die Möglichkeit von Recht”, Kaufmann: *Analogie...* (1982/1965k), s. 11. Por. św. Tomasz z Akwinu: *Summa Theologica*, II-II, 57, 1, ad 1, ad 2: „Ita etiam hoc nomen *jus* primo impositum est ad significandum ipsam rem iustam, (...) et ideo lex non est ipsum jus, proprie loquendo, sed aliquis ratio juris”.

¹¹⁸ Kaufmann: *Analogie...* (1982/1965k), s. 10.

¹¹⁹ Tenże: *Die „ipsa res iusta”* (1984/1973), passim.

¹²⁰ „Positiv ist eine Norm vielmehr nur dann, wenn sie in einem solchen Maße konkretisiert und bestimmt ist, daß sie »justizabel« ist, daß man sie »anwenden« kann”, tenże: *Gesetz und Recht* (1966/1962k), s. 33 n.

nych warunków życia¹²¹. Takie ogólne normy, zwane też klauzulami generalnymi, ponieważ nie są pozytywne, nie powinny zatem w ogóle być określane mianem prawa¹²². Klauzule generalne ukazują, zdaniem Kaufmanna, naukową nieprzydatność pozytywistycznego pojęcia pozytywności wiążącego pozytywność normy jedynie z aktem jej ustanowienia¹²³. Jednak tego typu ogólne zasady prawa, i to bez względu na to, czy zostały one w sposób formalny wprowadzone do systemu prawnego czy nie, nie są bynajmniej nieistotne. „Nie ulega wątpliwości, że we wszelkiego rodzaju ustawodawstwie zawsze zakładane są już, jako mające być urzeczywistnione, pewne »ogólne podstawowe zasady prawa« (Erik Wolf), »podstawowe zasady etycznoprawne« (Larenz), »maksymy sprawiedliwego postępowania« (Wiaecker), a więc podstawowe nakazy sprawiedliwości, moralności, *bonum commune*”¹²⁴. Należą do nich na przykład: zasada równości, zasada postępowania w dobrej wierze, zasada *pacta sunt servanda*, zasada winy, zasada wazenia dóbr i obowiązków (zasada wyboru mniejszego zła), „złota reguła” i in. Kaufmann proponuje określać je mianem „ponadpozytywnych, podstawowych zasad prawa”¹²⁵. Są one bardzo abstrakcyjne, ale nie pozbawione treści i znaczenia, określają ogólne odniesienie do wartości. Ich treść jest „czysto idealna” w tym sensie, że jako taka nie jest rzeczywista, nie istnieje sama w sobie¹²⁶. „Sprawiedliwość jako wartość z pewnością nie jest ujmowana »poprzez piękne przykłady cnoty«, ale przede wszystkim wtedy, gdy jest się samemu świadkiem lub ofiarą niesprawiedliwego traktowania”¹²⁷. Ogólne zasady należą do „idei prawa”¹²⁸. Nie można z nich na drodze dedukcji wyprowadzać norm prawnych (Gesetz), a tym bardziej rozstrzygnięć dla konkretnych przypadków¹²⁹.

Kaufmann wskazuje zatem na trzy płaszczyzny urzeczywistniania prawa. Pierwszą stanowią „abstrakcyjno-ogólne”, ponadpozytywne

¹²¹ Jako przykład Kaufmann wskazuje § 242 BGB — das Gebot der Berücksichtigung von „Treu und Glaube” im Rechtsverkehr, tamże.

¹²² Por. tenże: *Analogie...* (1982/1965k), s. 10. Stąd też uważa on za niesłuszne określanie przez neotomistów tych właśnie zasad jako „prawo naturalne”, tamże.

¹²³ Tenże: *Das Schuldprinzip* (1976/1961k), s. 92.

¹²⁴ Tenże: *Analogie...* (1982/1965k), s. 11.

¹²⁵ Tamże, s. 10 nn.

¹²⁶ Tamże, s. 10.

¹²⁷ Tenże: *Das Schuldprinzip* (1976/1961k), s. 72; por. tamże, s. 71 n.

¹²⁸ Tenże: *Analogie...* (1982/1965k), s. 12.

¹²⁹ Tamże.

i ponadhistoryczne podstawowe zasady prawa. Drugą, „ogólno-konkretną”, formalno-pozytywne normy prawne, które nie są ponadhistoryczne, ale obowiązują w pewnym przedziale czasowym. Trzeci poziom to konkretne, materialno-pozytywne, w pełni historyczne prawo. Kolejność od najogólniejszych zasad do konkretnych rozstrzygnięć jest kolejnością logiczną. Ontologicznie kolejność jest odwrotna — prawo w pełni realne jest tym, co w konkretnej sytuacji jest słuszne¹³⁰.

2. Podstawowe relacje między ogólną zasadą, normą a konkretnym prawem

Jaką rolę pełnią wyróżnione płaszczyzny w procesie urzeczywistniania prawa, w procesie dochodzenia do konkretnego rozstrzygnięcia? Zdaniem Kaufmanna dla urzeczywistniania prawa każdy z tych poziomów jest niezbędny: żadna norma prawna nie może być wypracowana bez udziału podstawowych zasad prawa („idei prawa”) i żadne rozstrzygnięcie bez normy prawnej. Z drugiej zaś strony, żaden z poziomów logicznie niższych nie może być wydedukowany jedynie z wyższego, czyli: żadna norma prawna nie może zostać wywiedziona z samych ogólnych zasad prawa, a konkretne rozstrzygnięcie nie może być podjęte jedynie na podstawie normy prawnej¹³¹.

Uznając nieodzowność każdego z poziomów, Kaufmann chce zdystansować się wobec wszystkich tych teorii (i uniknąć trudności z nimi związanych), według których do konkretnego prawa można dojść nie zajmując uprzednio określonego stanowiska co do uznawanych wartości albo bez odwołania się do norm prawnych¹³². Udział ogólnych zasad w procesie urzeczywistniania prawa jest widoczny zwłaszcza przy wyborze metod interpretacji przepisów prawnych¹³³. Przyjęcie możliwości rozstrzygnięcia bez pomocy norm prawnych prowadziłoby,

¹³⁰ Tamże.

¹³¹ Tamże, s. 12 n.

¹³² Kaufmann dystansuje się tu przede wszystkim wobec tzw. „szkoły wolnego orzecznictwa”.

¹³³ Klasycznym przykładem jest sytuacja, gdy mamy do wyboru zastosowanie do danej normy bądź to prawniczego argumentu z analogii, bądź *argumentum a contrario*, przy czym wiadomo, że każda z tych metod może prowadzić do zasadniczo różnych rozstrzygnięć. Zagadnienie to przyjdzie mi rozwinąć w toku dalszych analiz.

zdaniem Kaufmanna, do swoistego decyzyzjonizmu, godzącego w bezpieczeństwo prawne i podstawowy wymóg sprawiedliwości — równość¹³⁴. Uznając nieodzowność ogólnych zasad i norm prawnych, Kaufmann dystansuje się również wobec wszystkich tych teorii, które w sposób nieuzasadniony wprost od faktyczności przechodzą do powinności (do tego, co normatywne). Upředniość określonego stanowiska wobec wartości przed kolejnymi płaszczyznami urzeczywistniania prawa oznacza, że to co wartościowe nie jest dane jako „empiryczna faktyczność” i nie może być po prostu „wydestylowane” z jakiegokolwiek faktyczności¹³⁵. Prawo nie może być traktowane ani jako rezultat zastosowania siły (sofiści, Hobbes), ani wynik aktu woli jednostki lub w jakiś sposób określonej większości (woluntaryzm późnej scholastyki, szkoła wolnego prawa). Za jedyne momenty określające prawo nie można też uznać interesów grup społecznych, oczekiwań, nawyków, ról społecznych itp. (funkcjonalizm)¹³⁶. „Tam, gdzie się przypuszcza, że z jakiegoś faktu otrzymało się autentyczną jakość normatywną nie ma się nigdy do czynienia z czysto empirycznym faktem, ale ze stanem rzeczy odniesionym już do wartości¹³⁷”.

Uznanie twierdzenia o niewystarczalności „idei prawa” dla wyrowadzenia norm prawnych i niewystarczalności norm dla uzyskania konkretnych rozstrzygnięć pozwala, zdaniem Kaufmanna, na wyeliminowanie trudności, jakie niosą z sobą stanowiska jednostronnie „normatywistyczne”, które w sposób nieuzasadniony przeskakują od idei do rzeczywistości, od powinności do bytu¹³⁸. Jego zdaniem dzieje się tak w racjonalistyczno-absolutystycznej doktrynie prawa naturalnego (normy prawne dedukowane z podstawowych zasad prawa) i w klasycznym pozytywizmie prawniczym (rozstrzygnięcia konkretnych przypadków dedukowane z systemu norm prawnych). Takie jednostronnie „normatywistyczne” spojrzenie na prawo znalazło swój typowy wyraz w tzw. jurysprudencji pojęć, według której prawo tworzone jest przez system instytucji, pojęć i sądów. Źródłem poznania tego, co słuszne, byłyby same pojęcia, które mają jednoznacznie określoną treść i zawsze stały zakres. Tworzyłyby one jakby piramidę, na której szczycie stałoby

¹³⁴ Tamże, s. 13.

¹³⁵ Tamże.

¹³⁶ Tamże.

¹³⁷ Tamże, s. 13 n.

¹³⁸ Tamże, s. 14.

jedno najogólniejsze pojęcie. Z tego pojęcia miałyby być wyprowadzane, bez odwoływania się do konkretnej rzeczywistości, inne pojęcia, a z nich następne, treściowo coraz bardziej określone. W ten sposób wypracowuje się „genealogię pojęć”, która regułę rozstrzygnięcia dowolnego przypadku pozwala wyprowadzić z ogólnego pojęcia, z którego wywodzi się cały system żyjący swoim własnym życiem¹³⁹. „Pojęcia są twórcze, łączą się w pary i rodzą nowe”¹⁴⁰.

Podsumowując, Kaufmann usiłuje zdystansować się wobec tych wszystkich stanowisk, według których na podstawie jedynie treści jednoznacznych pojęć (i operacji dokonywanych na tych pojęciach) można by orzekać o realnej rzeczywistości. Dąży do znalezienia stanowiska uwzględniającego konkretność sytuacji. Jednak w związku z przyjmowanym twierdzeniem, że w dojściu do konkretnego, w pełni realnego prawa nieodzowną rolę mają do spełnienia uprzednio (w sensie logicznym) dane normy, z całą ostrością pojawia się problem nie tylko pochodzenia treści norm i ogólnych zasad prawa, ale i pochodzenia samej normatywności jako właściwości tej treści.

Przedstawiłem jakie znaczenie przypisuje Kaufmann każdemu z trzech stopni biorących udział w procesie urzeczywistniania prawa. Na czym jednak sam ten proces dokładniej polega?

3. Istota procesu. Podstawowa struktura prawa

Skoro idea prawa (ogólne zasady) i normy prawne są jedynie możliwością prawa, to pojawia się pytanie, skąd się bierze pełna jego realność, gdy dotyczy konkretnego przypadku. Kaufmann uważa, że „istnieje na to tylko jedna odpowiedź: z konkretnych warunków życia”¹⁴¹. Jest on przy tym zdecydowanym przeciwnikiem traktowania

¹³⁹ Por. tamże, s. 14 n.; tenże: *Problemgeschichte...* (1989/1985), s. 109 n.; Kupiszewski: *Prawo rzymskie...*, s. 80 n., 105 n.

¹⁴⁰ R. von Jehrings: *Geist des römischen Rechts* (1866²), t. I, s. 40; cyt. za Kaufmann: *Problemgeschichte...* (1989/1985), s. 110. Por. tenże: *Analogie...* (1982/1965k), s. 15, gdzie zwraca on równocześnie uwagę na to, że ideologia jurysprudencji pojęć nie należy bynajmniej do przeszłości, że i dzisiaj za najważniejszą cechę zdolnego prawnika uważa się zdolność do budowania konstrukcji pojęciowych pozwalających z normy prawnej wyprowadzać takie rozstrzygnięcia, których nikt, nawet ustawodawca, by nie podejrzewał.

¹⁴¹ Kaufmann: *Analogie...* (1982/1965k), s. 18. Termin „warunki życia” („*Lebenssachverhalt*”) na określenie konkretnej sytuacji, która dopiero ma uzyskać normatywną kwalifikację, zaczerpnął Kaufmann od Engischa, por. Engisch: *Einführung...*, s. 32 nn.

procesu znajdowania prawa, jako procesu polegającego jedynie na stosowaniu norm do konkretnej sytuacji, na prostej subsumcji¹⁴². Proces znajdowania prawa polega na wzajemnym przyrównywaniu norm prawnych i konkretnych warunków życia. „Subsumować” to sprowadzić do wzajemnej odpowiedniości normę, będącą pojęciowym sformułowaniem powinności, i konkretne warunki życia, należące do płaszczyzny empirycznej faktyczności¹⁴³. Stan rzeczy określony pojęciowo w normie musi zostać odniesiony do rzeczywistych, konkretnych warunków życia¹⁴⁴; musi zostać ustalone podobieństwo między nimi, muszą zostać zrównane ze względu na *rationem legis*¹⁴⁵. W prostych przypadkach podobieństwo między stanem rzeczy opisanym w normie i konkretnymi warunkami życia jest tak rzucające się w oczy, że prawnik natychmiast dostrzega relatywną równość między nimi. Niemniej jednak i w tych przypadkach, zdaniem Kaufmanna, nie mamy do czynienia z prostym stosowaniem prawa opartym jedynie na subsumcji¹⁴⁶. W procesie sprowadzania do wzajemnej odpowiedniości normy i konkretnych warunków życia Kaufmann wyróżnia dwa zasadnicze aspekty. Z jednej strony, konkretne warunki życia muszą uzyskać kwalifikację normatywną, muszą zostać odniesione do normy. Polega to na tym, że konkretne warunki życia analizowane są z perspektywy określonych w normach stanów faktycznych. W procesie tym wydobywane są okoliczności istotne ze względu na normy i w ten sposób konstruowany jest z konkretnych warunków życia pewien „stan rzeczy”¹⁴⁷. Nie sama znajomość prawa, ale właśnie ta umiejętność analizowania konkretnych przypadków z normatywnoprawnego punktu widzenia jest istotną umiejętnością dobrego prawnika¹⁴⁸. Z drugiej strony norma musi zostać odniesiona do konkretnych warunków życia. Konieczne jest ustalenie

¹⁴² Nawiązuje tu przede wszystkim do prac Karla Engischa, por. np. Engisch: *Einführung...*, s. 45 n.

¹⁴³ Kaufmann: *Analogie...* (1982/1965k), s. 37.

¹⁴⁴ „erst muß der im gesetzlichen »Tatbestand« begrifflich formulierte Normsachverhalt mit dem wirklichen konkreten Lebenssachverhalt in eine Relation gebracht werden”, tamże.

¹⁴⁵ W pewnym sensie można tę procedurę określić jako teleologiczną, gdyż owo zrównanie dokonywane jest 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...* (1982/1965k), s. 37. Tradycyjne rozumienie wykładni teleologicznej por. np. Ehrlich: *Wstęp...*, s. 175 n.

¹⁴⁶ Por. Kaufmann: *Analogie...* (1982/1965k), s. 40.

¹⁴⁷ Tamże, s. 38, por. tenże: *Vorüberlegungen...* (1986), s. 264.

¹⁴⁸ Por. tenże: *Analogie...* (1982/1965k), s. 15.

prawnego sensu normy. Normy sformułowane są przy pomocy pojęć abstrakcyjnych, które nie określają jednoznacznie podpadających pod nie przypadków. Aby ustalić sens norm trzeba sięgnąć do czegoś naocznego. Sens ten można ustalić jedynie poprzez konfrontację z konkretnymi warunkami życia. Innymi słowy, konieczna jest konkretyzacja normy ze względu na przypadek dany do rozstrzygnięcia, konieczne jest utworzenie odpowiadającego mu „stanu faktycznego”. Konstrukcja „stanu rzeczy” i interpretacja norm prowadzące 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 przypadku¹⁴⁹. Subsumowość można jedynie „stany rzeczy” pod „stany faktyczne”¹⁵⁰. Konkretnie prawo jest zatem w swej istocie relacją między normą a konkretnym przypadkiem¹⁵¹. Relację tę charakteryzuje Kaufmann jako „wewnętrzna”, tzn. taką, która nie pozostawia niezmienionym tego, co dana relacja łączy (relata)¹⁵². „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)”¹⁵³.

Jeśli ustalanie konkretnych rozstrzygnięć prawnych byłoby pojęte jako proste „stosowanie norm”, jako prosta subsumcja, wówczas, zdaniem Kaufmanna, nierozwiązywalną zagadką pozostawałby zadziwiający fenomen, że prawo jest „mądrzejsze” niż ustawodawca, że na podstawie ustaw rozstrzygane mogą być przypadki, których ustawodawca nie przewidywał. Rozwiązanie tej zagadki upatrują niektórzy w tzw. „teorii wykładni obiektywnej”, która zorientowana jest nie na

¹⁴⁹ Tamże, s. 40, por. tenże: *Vorüberlegungen...* (1986), s. 264.

¹⁵⁰ Tenże: *Vorüberlegungen...* (1986), s. 264. W takim kontekście jak ten, terminy „stan rzeczy” („Sacherhalt”) i „stan faktyczny” („Tatbestand”) używa Kaufmann w cydzyślowie, 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 najbliższe 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. Kaufmann: *Analogie...* (1982/1965k), s. 37, 46; w takim przypadku nie stosuję cudzyślowo.

¹⁵¹ Tenże: *Vorüberlegungen...* (1986), s. 264 nn.

¹⁵² Tamże, s. 266.

¹⁵³ Tamże, s. 267.

wolę historycznego ustawodawcy, ale na zmieniający się „sens ustaw”. Ale jeśli „sens ustaw” miałby być określony jedynie przez ustawy, a ich brzmienie się nie zmienia, to na jakiej podstawie miałby się zmieniać ich sens¹⁵⁴?

To, co zostało powiedziane na temat relacji między płaszczyzną konkretnego prawa i norm prawnych, *mutatis mutandis* dotyczy relacji między poziomem norm prawnych i ogólnych zasad prawa. Gdy tzw. stosowanie prawa polega na przyrównywaniu normy prawnej do konkretnych, rzeczywistych warunków życia, to stanowienie prawa jest przyrównywaniem podstawowych zasad prawa (idei prawa) do przyszłych możliwych warunków życia. Zasady muszą zostać skonkretyzowane, zaś warunki życia muszą zostać ujęte „normatywno-pojęciowo”. W sformułowanym w normie prawnej stanie faktycznym¹⁵⁵ ustawodawca zbiera pewną grupę warunków życia, które okazują się „równe” z jakiegoś istotnego punktu widzenia, np. ze względu na specyficzny układ interesów, kierunki zagrożenia jakiegoś określonego dobra, i wyznacza dla nich pewien skutek prawny¹⁵⁶. Przy formułowaniu norm prawa zwyczajowego funkcję ustawodawcy przejmuje długotrwały zwyczaj zrównywania pewnych warunków życia ze względu na jakąś podstawową zasadę prawa. W przypadku rozstrzygnięcia przez sędziego przypadku, dla którego wśród obowiązujących ustaw nie ma ogólnej normy, nie może on orzekać jedynie na podstawie samych warunków życia (jak proponuje tzw. wolna szkoła prawa), ale konieczne jest wypracowanie odpowiedniej normy. Konkretny warunki życia, których ma dotyczyć rozstrzygnięcie, przyrównuje do innych — pomyślanych jako możliwe — podobnych warunków życia i dokonuje odpowiedniej generalizacji ze względu na jakąś ogólną, podstawową zasadę prawa. Dopiero wypracowawszy taką normę może w sposób poprawny podjąć rozstrzygnięcie w danej sprawie¹⁵⁷.

Skoro ani żadna norma prawna nie może być wyprowadzona tylko z podstawowych zasad prawa, ani żadne rozstrzygnięcie prawne (będące prawem w podstawowym tego słowa znaczeniu) nie może być wyprowadzone tylko z norm prawnych (idea prawa i normy prawne — *Gesetz* są w tym sensie jedynie możliwością prawa), to nasuwa się

¹⁵⁴ Tenże: *Analogie...* (1982/1965k), s. 41 n.

¹⁵⁵ Por. p. 36.

¹⁵⁶ Kaufmann: *Analogie...* (1982/1965k), s. 42.

¹⁵⁷ Tamże, s. 43.

pytanie, z czego wyrasta pełna realność prawa? Zdaniem Kaufmanna odpowiedź na to pytanie może być tylko jedna: „z konkretnych warunków życia, które (...) swoją miarę i swój porządek, w stopniu mniej lub bardziej rozwiniętym, noszą już w sobie”¹⁵⁸. Jak normy prawa mogą być dookreślane jedynie ze względu na możliwe do unormowania warunki życia, tak prawo może być realizowane jedynie ze względu na dane pod osąd konkretne warunki życia. Uznając, że „sens ustaw” tkwi nie w samych ustawach, ale również w konkretnych, zmiennych warunkach życia, do których są one odnoszone, można, zdaniem Kaufmanna, wyjaśnić zmienność sensu praw i ów wspomniany wyżej fenomen prawa „mądrzejszego” od ustawodawcy¹⁵⁹. Na przykład to, jak należy rozumieć słowo „broń” użyte w kodeksie karnym, zależy od tego, co tu i teraz użyte zostaje do zabicia albo zranienia człowieka. Dziś może być uznane za broń coś, czego jeszcze w ogóle nie było, gdy kodeks był wydawany, np. jakiś środek żrący. Decydującą rolę w zakwalifikowaniu takiego środka jako broni odgrywa cel, w jakim zostaje użyty i związana z tym celem *ratio legis*¹⁶⁰.

Podsumowując, w procesie urzeczywistniania prawa Kaufmann wyróżnia trzy zasadnicze płaszczyzny: ogólne zasady prawa, normy prawne i konkretne rozstrzygnięcie. Każda z tych płaszczyzn odgrywa istotną, nieredukowalną do innej płaszczyzny, rolę. W procesie urzeczywistniania prawa biorą udział jeszcze dwa elementy pośredniczące między wyróżnionymi płaszczyznami: konkretne warunki życia i możliwe warunki życia. Ustalanie norm prawnych 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 odpowiedzialności wejdą norma i konkretne warunki życia, powinność i byt, tam powstaje realne prawo. (...) *Prawo to wzajemna odpowiedzialność powinności i bytu*”¹⁶¹.

¹⁵⁸ „aus den konkreten Lebensverhältnissen, die (...) ihr Maß und ihre Ordnung, wenn auch mehr oder weniger entwickelt, schon in sich tragen”, tamże, s. 18.

¹⁵⁹ Tamże, s. 42.

¹⁶⁰ Tamże, s. 39.

¹⁶¹ Tamże, s. 18.

3 *Analogia narzędziem wyjaśniania prawa*

Poszukując istoty prawa i jego bytowych podstaw (podstaw tego, co niedyspozycyjne) Kaufmann sięga do nauki o analogii. Wskazuje, że prawo ufundowane jest na analogicznej jedności tego, co normatywne, z tym, co faktyczne; proces urzeczywistniania prawa jest, w gruncie rzeczy, procesem wnioskowania przez analogię, opartym na analogicznej strukturze języka i pojęć. „Niedyspozycyjne” momenty tego procesu odnoszą do bytu i jego analogiczności.

1. Analogiczność prawa

Skoro prawo jest pewnego rodzaju odpowiednością, to prawo jako całość nie może być pojmowane jako zespół norm tworzących jakąś jedność, lecz jest ono jednością stosunków sprowadzonych do wzajemnej odpowiedności norm i konkretnych warunków życia. „Jedność stosunków to nic innego jak *analogia*”¹⁶². Kaufmann powołuje się tu m. in. na określenie analogii przez św. Tomasza, który charakteryzuje ją jako „zgodność według pewnej proporcji”¹⁶³. Dwa podstawowe mo-

¹⁶² Kaufmann: *Analogie...* (1982/1965k), s. 18.

¹⁶³ Kaufmann: *Analogie...* (1982/1965k), s. 19; św. Tomasz z Akwinu: *De veritate*, q. 2, a. 11. Warto przytoczyć tu kontekst tego sformułowania św. Tomasza: „Unde dicendum est quod nec omnino univoce nec pure aequivoce nomen scientiae de scientiae Dei et nostra predicatur sed secundum analogiam, quod nihil est dictu quam secundum proportionem” (tamże, por. tenże: *Summa theologiae*, I, q. 13, a. 5c). Przytoczony fragment dotyczy analogiczności orzekania. Kaufmann nie uważa tu za istotne uwzględnienie tradycyjnego odróżnienia analogii orzekania od analogii proporcjonalności i atrybucji; za istotę analogii uważa proporcjonalność, odpowiedność:

menty konstytuujące prawo — norma i konkretny stan rzeczy, „powinność i byt w prawie nie są ani identyczne, ani różne, lecz połączone są analogicznie (: przez odpowiedniość)”¹⁶⁴. Kaufmann wyprowadza z tego wnioszek, że „*prawo jest pierwotnie analogiczne*”¹⁶⁵, „sama rzeczywistość prawa ufundowana jest na analogii, a stąd poznanie prawa jest zawsze poznaniem analogicznym”¹⁶⁶.

Mówiąc o analogiczności jako podstawowej strukturze prawa, Kaufmann nawiązuje do arystotelesowskiej koncepcji sprawiedliwości rozdzielczej uznając ją za podstawową dla rozumienia sprawiedliwości w ogóle¹⁶⁷. Zasadniczym wymogiem sprawiedliwości jest równość, rozumiana jako jednakowe traktowanie tego, co jednakowe i różne traktowanie tego, co różne¹⁶⁸. W przypadku sprawiedliwości rozdzielczej mamy do czynienia z równością proporcjonalną, analogiczną, według określonego stosunku między czterema członami¹⁶⁹. Arystoteles sięga tu do analogii rozumianej jako proporcja geometryczna¹⁷⁰. To, co sprawiedliwe jest środkiem między jakimiś skrajnościami (są nimi: to, czego więcej i to, czego mniej) i jest sprawiedliwe ze względu na coś i dla kogoś¹⁷¹. Są zatem przynajmniej dwie osoby, dla których coś jest sprawiedliwe, i dwie rzeczy¹⁷². W przypadku sprawiedliwego rozdziału, stosunek między owymi rzeczami jest równy stosunkowi, jaki zachodzi

„Auf die alte Unterscheidung von *Atributionsanalogie* (...) und *Proportionalitätsanalogie* (...) können wir hier nicht näher eingehen. Letzten Endes beruht alle Analogie auf Proportionalität, Verhältnismäßigkeit, Entsprechung“, Kaufmann: *Analogie...* (1982/1965k), s. 31. Nie uwzględnianie różnicy między analogicznością orzekania i innymi typami analogii ma u Kaufmanna systemowe podstawy w przyjętej przez niego koncepcji filozofii, zgodnie z którą przedmiot filozofii konstytuowany jest przez akty podmiotu poznającego, stąd problematyka orzekania o bycie istniejącym niezależnie od podmiotu, nie może się pojawić.

¹⁶⁴ Kaufmann: *Analogie...* (1982/1965k), s. 19.

¹⁶⁵ „*Das Recht ist ursprünglich analog*“, tamże.

¹⁶⁶ Tamże. Chcę tu jednak zwrócić uwagę, iż, zgodnie z omawianą koncepcją, prawo dopiero powstaje w procesie jego poznawania (znajdywania, urzeczywistniania), struktura prawa jest więc wyznaczona strukturą poznania, strukturą dochodzenia do rozstrzygnięcia. W zasadzie nie ma różnicy między strukturą poznawania a strukturą „bytu”. Ze sposobu poznania wnioskuje się o sposobie bytowania. Zasadnie można pytać, czy na gruncie koncepcji Kaufmanna trafniejsze nie byłoby stwierdzenie przeciwne tu cytowanemu: ponieważ poznanie prawa jest poznaniem analogicznym, stąd sama rzeczywistość prawa jest analogiczna.

¹⁶⁷ Kaufmann: *Problemggeschichte...* (1989/1985), s. 35 n.; por. Radbruch: *Der Zweck des Rechts*, s. 90 nn.

¹⁶⁸ Por. Kaufmann: *Analogie...* (1982/1965k), s. 29.

¹⁶⁹ Arystoteles: *Etyka Nikomachejska*, 1131a 29 nn.

¹⁷⁰ Tamże.

¹⁷¹ Tamże, a 16.

¹⁷² Tamże, a 18.

między osobami¹⁷³. „Bo jeśli nie ma równości między tymi osobami, to nie powinny też mieć równych udziałów, i to jest źródłem sporów i skarg, kiedy albo równi mają i otrzymują nierówne udziały, albo na odwrót, nierówni mają i otrzymują równe. (...) to, co wykracza przeciw proporcji, jest niesprawiedliwe. Jeden bowiem człon staje się wtedy za wielki, drugi zaś za mały, jak to rzeczywiście się zdarza. Bo kto postępuje niesprawiedliwie, ma zbyt wiele, a kto jest pokrzywdzony ma za mało tego, co dobre”¹⁷⁴.

Kaufmann daje następującą ilustrację sprawiedliwości jako równości stosunków: morderstwo do kary za ten czyn ma się tak, jak kradzież do kary za kradzież¹⁷⁵. Postulat sprawiedliwości wymagający proporcjonalnie różnego (równego) karania różnych czynów (szerzej: normatywnego kwalifikowania konkretnych warunków życia), nie określa jednak konkretnie, w jaki sposób powinno być karane morderstwo. Jeśli jednak przyporządkuje się temu czynowi określoną karę, to innym czynom muszą odpowiadać proporcjonalnie inne kary¹⁷⁶.

Problemem zasadniczej wagi jest to, ze względu na co owe przyporządkowania kar do czynów uważa się za równe; co jest „miarą” i podstawą tego przyporządkowania¹⁷⁷? Arystoteles pisze, że w sprawiedliwym rozdziale różnice wynikają z różnicy w „godności”¹⁷⁸. Czym jest owa podstawa? Jest to, zdaniem Kaufmanna, centralne zagadnienie całej problematyki sprawiedliwości¹⁷⁹. Jak to pytanie przedstawia się w kontekście omawianej teorii? To, co normatywne znajduje się na innej płaszczyźnie niż to, co faktyczne. Trzeba zatem pytać: na jakiej podstawie określa się równość proporcji między stanami rzeczy i ich normatywnymi kwalifikacjami, ze względu na co można określić odpowiedniość kwalifikacji normatywnej i stanu rzeczy? Pojawia się tu problem analogii jako zasady jednoczenia tego, co różne. Do istoty

¹⁷³ Tamże, a 21.

¹⁷⁴ Tamże, a 21, b 17, przekł. D. Gromska, s. 170 nn.

¹⁷⁵ Kaufmann: *Problemggeschichte...* (1989/1985), s. 36.

¹⁷⁶ Tamże. Jest to analogia pojmowana jako proporcja nieciągła, która ma zawsze przynajmniej cztery różne elementy, przy czym dwa środkowe można wzajemnie zamieniać (morderstwo : kara za morderstwo = kradzież : kara za kradzież; morderstwo : kradzież = kara za morderstwo : kara za kradzież).

¹⁷⁷ Tamże, s. 31; por. Radbruch: *Der Zweck...*, s. 90 nn.

¹⁷⁸ Por. Arystoteles: *Etyka Nikomachejska*, 1131a 24. D. Gromska tłumaczy w tym miejscu „ἀξία” jako „wartość” (s. 170). Kaufmann stosuje termin „Würdigkeit”, *Problemggeschichte...* (1989/1985), s. 36. „Godność” — zgodna z tradycyjnymi łacińskimi przekładami Arystotelesa, które w takim kontekście preferują termin „dignitas” — wydaje się stosowniejsza, gdyż nie wprowadza myśli Arystotelesa w obcy jej kontekst nowożytnej filozofii wartości.

¹⁷⁹ Kaufmann: *Problemggeschichte...* (1989/1985), s. 36.

analogii należy, że nierówne sprowadzane jest do jedności ze względu na jakiś istotny punkt widzenia¹⁸⁰. Podobieństwo tego, co znajduje się na płaszczyźnie normatywnej i tego, co faktyczne, oparte być musi o coś trzeciego, o pewien „środek” między dwoma różnymi biegunami. Owo *tertium comparationis*, które będąc zasadą jedności łączy skrajności, jest centralnym problemem analogii¹⁸¹.

Skoro prawo jest oparte na równości stosunków między stanami rzeczy i ich normatywnymi kwalifikacjami, to trzeba zauważyć, że Kaufmann, nawiązując do arystotelesowskiej koncepcji sprawiedliwości rozdzielczej i uznając proporcję geometryczną za podstawę sprawiedliwości, stawia jednak problem na innej płaszczyźnie niż ten ostatni. U Arystotelesa podstawową relacją jest relacja człowieka do dobra. Dla Kaufmanna natomiast podstawowa jest relacja stanu rzeczy do normy. Co jest dobrem właściwym dla danej osoby można ustalić dopiero po wzajemnym przyporządkowaniu tego, co normatywne z tym, co faktyczne. Proporcjonalność jest tu zasadą znajdowania i interpretowania norm lub — innymi słowy — sprowadzania do odpowiedniości normy i konkretnych warunków życia. Relacja człowieka do dobra jest wtórna wobec relacji człowieka do norm, mówiąc dokładniej — relacja człowieka do bytu jako dobra jest wtórna wobec relacji, której jednym członem jest relacja człowieka do innych ludzi lub rzeczy, drugim — norma.

2. Prawniczy argument z analogii

Jeśli prawo ma strukturę opartą na analogii, na analogicznej jedności tego, co normatywne i tego, co faktyczne, to proces znajdowania prawa

¹⁸⁰ „Bei aller Analogie handelt es sich um eine Gleichsetzung von Ungleichem unter einem sich als wesentlich erweisenden Gesichtspunkt, um eine Gleichheit nach Maßgabe eines bestimmten Verhältnisses”, Kaufmann: *Analogie...* (1982/1965k), s. 29.

¹⁸¹ Tamże, s. 36. Pojmowanie analogii jako sposobu znajdowania „łącznika”, pomostu między tym, co różne nawiązuje do pierwotnego, matematycznego rozumienia analogii ciągłej jako stosunku zachodzącego między trzema liczbami uporządkowanymi w szereg. Liczba środkowa łączy dwie skrajne, jest podstawą ich przyporządkowania do siebie; np. liczba 4 jednoczy: 6 i 2 (analogia arytmetyczna: $6 - 4 = 4 - 2$), 8 i 2 (analogia geometryczna: $8 : 4 = 4 : 2$) lub 6 i 3 (analogia harmoniczna: $(6 - 4) : 6 = (4 - 3) : 3$). Analogię trójczłonową można wyrazić w postaci czteroczłonowej, przez powtórzenie elementu środkowego, co też czyni Arystoteles (Etyka Nikomachejska, 1131a 30 nn.); por. Kluxen: *Analogie* (a), szp. 214 n., 216 n.; (a) wskazuje, iż pozycja umieszczona jest w bibliografii w dziale dotyczącym analogii.

musi mieć strukturę odpowiadającą rzeczywistości, jaką jest prawo. Trzeba tu jednak przypomnieć, że dla Kaufmanna problem struktury bytowej prawa i jego urzeczywistnianie są ze sobą sprzężone, gdyż skoro prawo dopiero powstaje w procesie jego znajdowania, to struktura bytowa jest wyznaczona tym procesem. Próbując zrekonstruować proces urzeczywistniania prawa zwraca on uwagę na prawniczy argument z analogii¹⁸².

Stosowanie prawniczego argumentu z analogii jest uznawane za jeden z podstawowych sposobów uzupełniania luk w prawie¹⁸³. Argumentacja ta oparta jest o zasadę *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*. Tradycyjnie stosowanie analogii zalecane jest wówczas, gdy nie ma obowiązującej normy prawnej, pod którą podpadałby przypadek dany do rozstrzygnięcia (gdy niemożliwa jest subsumcja). Ze względu na to, czy zasada, na podstawie której znajdowane jest prawo, poszukiwana jest w normie regulującej podobne przypadki, czy w całym systemie norm prawnych, wyróżnia się zwykle analogię ustawową (*analogiam legis*) i analogię prawa (*analogiam iuris*). Analogia ustawowa „polega na zastosowaniu przepisów prawnych regulujących stan faktyczny o cechach najbardziej zbliżonych do tego, który jest przedmiotem rozstrzygnięcia”¹⁸⁴. „Analogia prawa (...) polega na skonstruowaniu — dla nieuregulowanego stanu faktycznego — nowej wypowiedzi normatywnej, wysnutej z ogólnych zasad całego systemu prawa”¹⁸⁵. Zarówno w analogii *legis* jak i *iuris* istotne jest znalezienie *rationis legis (iuris)* będącej zasadą, na podstawie której możliwe jest dokonanie rozstrzygnięcia. To, czy owa *ratio* znajdowana jest na podstawie jednej normy, czy całego ich kompleksu, zdaniem Kaufmanna, nie odgrywa dla podejmowanego zagadnienia podstaw prawa istotnej roli¹⁸⁶. Zauważa on mianowicie, że zgodnie z tradycyjnym pojmowaniem prawniczego argumentu z analogii, *ratio legis* lub *iuris*, na której opiera się stosowanie analogii, poszukiwana jest jedynie w ramach systemu obowiązujących ustaw; znajdowane rozstrzygnięcie wyprawdane jest wyłącznie z systemu obowiązujących norm lub zasad¹⁸⁷.

¹⁸² Na temat prawniczego argumentu z analogii w języku polskim przede wszystkim por. **Nowacki**: *Analogia legis* (ap), z bardzo licznymi wskazówkami bibliograficznymi.

¹⁸³ Por. np. **Ehrlich**: *Wstęp...*, s. 176 nn.

¹⁸⁴ Tamże, s. 177; por. **Wolter/Lipczyńska**: *Elementy logiki* (a), s. 209.

¹⁸⁵ Tamże.

¹⁸⁶ **Kaufmann**: *Analogie...* (1982/1965k), s. 36; por. **Baratta**: *Juristische Analogie* (ap), s. 142 n.

¹⁸⁷ **Kaufmann**: *Analogie...* (1982/1965k), s. 2.

Uważa on, że u podstaw takiego pojmowania analogii tkwi pozytywistyczne przekonanie o zupełności prawa i związany z tym pogląd, że prawo jest już w całości gotowe w ustawach. Tym sposobem argument z analogii służy uzgodnieniu pozytywistycznej koncepcji prawa z powszechnie uznawanym faktem istnienia luk w prawie. Tak pojmowana analogia dochodzić by miała do głosu jedynie w przypadkach nadzwyczajnych, kiedy zawiedzie subsumcja — „normalna” metoda dochodzenia do rozstrzygnięcia¹⁸⁸.

Niekiedy, chcąc zdystansować się wobec pozytywistycznego dogmatu o zupełności prawa, wskazuje się na to, że przy stosowaniu analogii prawa, ten kto ma rozstrzygnąć przypadek, dla którego brak wyraźnego unormowania, działa w zasadzie jako prawodawca i że w ten sposób, poprzez dopuszczenie analogii przewyciężony jest dogmat pozytywizmu o zupełności prawa¹⁸⁹. Jednak przy powyższym sposobie pojmowania argumentu z analogii sędzia nie tyle „tworzy” nową normę prawną, ile wyprowadza z obowiązującego systemu normę, która wirtualnie była w nim zawarta, tak jak teza zawarta jest w systemie aksjomatów, choćby nikt przedtem faktycznie jej nie wyprowadził¹⁹⁰.

Dla Kaufmanna pozytywistyczny dogmat o zupełności prawa jest nie do przyjęcia, tym niemniej uważa on, że prawniczy argument z analogii wskazuje trafny kierunek w poszukiwaniu filozoficznego wyjaśnienia prawa. W tradycyjnej nauce prawa wniosek uzyskany na drodze rozumowania przez analogię jest uzasadniany poprzez wskazanie podobnego przypadku i wspólnej dla obu przypadków *rationis legis (iuris)*. Wnioskowanie ujmowane jest w pewien schemat. Kaufmann zwraca uwagę, że wskazanie *rationis legis (iuris)* i przedstawienie argumentacji w postaci schematu jest jednak możliwe dopiero w punkcie dojścia wniosku z analogii, gdy ustalone już zostanie podobieństwo, gdy poszczególne elementy zostaną przyrównane¹⁹¹. Prawomocność wniosków uzyskanych w rozumowaniu przez analogię opiera się zatem nie na zastosowaniu odpowiedniego schematu wniosku, którego poprawność związana byłaby jedynie z operacjami na zakresach, ale na

¹⁸⁸ Tamże, s. 2; por. **Jost**: *Zum Analogieverbot im Strafrecht* (ap), s. 369.

¹⁸⁹ Art. 1 „Szwajcarskiego kodeksu cywilnego” w przypadku napotkania luki w prawie nakazuje sędziemu wyrokować według prawa zwyczajowego, a w przypadku jego braku wyrokować według reguły, którą sam by ustanowił, gdyby był prawodawcą; por. **Ehrlich**: *Wstęp...*, s. 177; **Kaufmann**: *Gesetz und Recht* (1966/1962k), s. 28.

¹⁹⁰ **Kaufmann**: *Gesetz und Recht* (1966/1962k), s. 28.

¹⁹¹ Tamże, s. 58.

dostrzeżeniu pewnych związków treściowych, ze względu na pewien wybrany aspekt. Właściwe wnioskowanie nie jest operacją na pojęciach o ściśle określonym zakresie, ale jest rozumowaniem, któremu towarzyszy urabianie pojęć jednoznacznych, które można potem ująć w schematy wnioskowania¹⁹².

Kaufmann wskazuje na dwupłaszczyznowość każdego żywego języka¹⁹³. Jedna to płaszczyzna horyzontalna lub linearna, zwana przez niego także racjonalno-kategorialną lub pojęciowo-abstrakcyjną; druga — wertykalna lub transcendentálna, określana również jako intencjonalno-metaforyczna lub symboliczno-obrazowa¹⁹⁴. W warstwie horyzontalnej poprzez abstrakcję, wprowadzanie odpowiednich reguł, stosowanie języków sztucznych zmierza się do ścisłości i formalnologicznej jednoznaczności języka¹⁹⁵. Warstwa ta związana jest z operatywną funkcją języka, pozwala przy jego pomocy przeprowadzać operacje typu formalnologicznego i niejako „czysto mechanicznie rachować”¹⁹⁶, i w takim też znaczeniu język dygitalny jest czysto reproduktywny¹⁹⁷. Na płaszczyźnie wertykalnej mamy natomiast do czynienia z językiem analogicznym¹⁹⁸. Na płaszczyźnie tej chodzi o „transcendentalnologiczny sens języka”. Jednoznaczność i ścisłość jest tu wykluczona¹⁹⁹. Płaszczyzna ta wprowadza do języka element innowacji, nowości. Umożliwia otwarcie na konkretną sytuację. Zagadnienie analogii jako podstawy prawa związane jest właśnie z tą płaszczyzną języka. Dla znalezienia kwalifikacji normatywnej konkretnych warunków życia nie wystarcza jedynie zastosowanie norm prawnych. W każdym przypadku prawo jest dopiero wypracowywane. Modelowe jest więc postępowanie tradycyjnie uznawane za właściwe w przypadku napotkania luki w prawie. Kaufmann zgadza się, iż właściwą metodą postępowania w takim przypadku jest wnioskowanie z analogii, trzeba tylko w sposób właściwy je pojąć. Zamiast interpretować metodę analogii w świetle

¹⁹² Por. tamże, s. 40; por. **Engisch**: *Logische Studien*, s. 15. Engisch określa urzeczywistnianie prawa jako „Wechselwirkung zwischen Auslegung und Subsumtion”, tamże, s. 27.

¹⁹³ **Kaufmann**: *Recht und Sprache* (1983/1984), s. 106 nn.; por. tenże: *Die Sprache als hermeneutischer Horizont der Geschichtlichkeit des Rechts* (1972), s. 343 nn.

¹⁹⁴ Kaufmann zwraca uwagę na związek poruszanego tu zagadnienia z rozróżnieniem ekstensji i intensji znaku językowego. Por. **Weingartner**: *Extension/Intension*.

¹⁹⁵ **Kaufmann**: *Recht und Sprache* (1983/1984), s. 106.

¹⁹⁶ Tamże, s. 103; por. tenże: *Elektronische Datenverarbeitung im Recht — Chancen und Gefahren* (1973).

¹⁹⁷ Tenże: *Recht und Sprache* (1984/1983), s. 106.

¹⁹⁸ Tamże.

¹⁹⁹ Tenże: *Die Sprache als hermeneutischer Horizont...* (1972), s. 349.

pozytywistycznego modelu prawa, w którym prosta subsumcja jest uznawana za podstawową metodę znajdowania prawa, należy uznać strukturę wnioskowania z analogii za modelową i w jej świetle interpretować inne metody znajdowania prawa. Subsumcja byłaby istotnie różna od analogii jedynie wówczas, gdyby można było w nauce prawa przeprowadzić granicę między równością i podobieństwem. Takiej granicy jednak nie ma. Nigdy nie mamy do czynienia z prostą subsumcją konkretnego przypadku pod gotową, daną normę, która by go odpowiednio regulowała. Prosta subsumcja, tak jak ją się tradycyjnie pojmuje, musiałaby być w zasadzie operacją typu formalnologicznego, która zawsze oparta jest na pewnej równości. Jednak materialna równość jest zawsze tylko podobieństwem, a formalna równość w rzeczywistości nie występuje, »istnieje« tylko w dziedzinie matematycznych (logiczno-formalnych) symboli i liczb²⁰⁰. Stąd też to, co nazywane jest powszechnie subsumcją, oparte jest w gruncie rzeczy na wnioskowaniu z analogii²⁰¹. Kaufmann przypomina, że w przeszłości analogia prawnicza nie zawsze była pojmowana w duchu pozytywistycznym jako metoda całkowicie immanentna systemowi prawa, ale była wiązana z naturą rzeczy, punktem wyjścia i kryterium analogicznego stosowania prawa²⁰². Natura rzeczy byłaby zatem tym, co wykracza poza system norm i określa konkretne prawo, byłaby ową *ratio legis (iuris)*, na której oparty jest wniosek w prawniczym argumentie z analogii. Kaufmann nawiązuje do tej koncepcji. „Natura rzeczy” będzie dla niego tym, co wykracza poza system norm prawnych i pełni istotne znaczenie w procesie urzeczywistniania prawa, będąc podstawą analogicznej jedności normy i warunków życia. Rozumienie „natury rzeczy” jest u Kaufmanna uwikłane systemowo²⁰³. Przed podjęciem tego zagadnienia trzeba dokładniej przyjrzeć się rozwiniętej przez Kaufmanna problematyce analogii.

²⁰⁰ *Analogie...* (1982/1965k), s. 40.

²⁰¹ Natomiast „*extensio*”, w nauce prawa nazywane tradycyjnie analogią, różni się od innych metod interpretacji (zwłaszcza od wykładni celowościowej) jedynie stopniem „rozszerzania”, a nie logiczną strukturą; tamże. Inaczej np. Ziemiński: *Podstawowe problemy...*, s. 195.

²⁰² Kaufmann: *Analogie...* (1982/1965k), s. 1. Kaufmann przytacza tam słowa Puchty: „Wenn der Richter sich von den äußeren Quellen verlassen findet, so hat er den anzuwendenden Rechtssatz aus den Prinzipien des bestehenden Rechts (...) zu schöpfen; ausgehend von der Natur der Sache erhält er ihn auf dem Wege der juristischen Konsequenz und der Analogie”, Pandekten (1883), s. 22.

²⁰³ Dla podkreślenia specyficznego rozumienia tego terminu w swojej teorii Kaufmann umieszcza go w cudzysłowie.

3. Wnioskowanie z analogii

Refleksja nad prawniczym argumentem z analogii doprowadziła Kaufmanna do stwierdzenia, że wnioskowanie z analogii jest podstawową metodą znajdowania (urzeczywistniania) prawa. Chcąc znaleźć inne, od dominującego dziś, rozumienie prawniczego argumentu z analogii, analizuje on wnioskowanie przez analogię jako pewien typ rozumowania (wnioskowania), właściwy nie tylko nauce prawa.

Wnioskowanie przez analogię charakteryzuje się zwykle jako rozumowanie prowadzące do wniosków prawdopodobnych, w którym na podstawie podobieństwa zachodzącego między A i B stwierdza się, że B posiada określoną cechę, ponieważ ma ją A²⁰⁴; np. na podstawie podobieństwa Ziemi do Marsa i ze znajomości faktu istnienia życia na Ziemi wnioskujemy o obecności życia na Marsie²⁰⁵. Za podstawę wyciągnięcia wniosku uznaje się najczęściej współwystępowanie szeregu własności: „wnioskujemy przez analogię wtedy, gdy z tego, że a_1 jest P, a_2 jest P, ..., a_n jest P, i wiedząc ponadto, że a_1 jest S, a_2 jest S, ..., a_n jest S oraz a_{n+1} jest S, wnioskujemy o tym, że również a_{n+1} jest P, gdzie a jest własnością, P, S przedmiotami”²⁰⁶.

Zdaniem Kaufmanna określenia tego typu nie wyrażają istoty myślenia według analogii. Wnioskowanie analogiczne, we właściwym tego słowa znaczeniu, jest nie tyle wyciąganiem wniosków na podstawie podobieństwa opartego na podobieństwie cech, ale jest właśnie procesem ustalania wzgl. ustanawiania tego podobieństwa²⁰⁷. Trzeba wskazać racje, dla których zwracamy uwagę na te, a nie inne cechy wspólne lub podobne, na podstawie których dane przypadki uznajemy za analogiczne. Wiadomo bowiem, że charakterystyczne dla analogii jest również występowanie, obok podobieństwa, istotnych różnic. Ważne jest zatem przede wszystkim znalezienie racji, ze względu na którą uważamy dane elementy za odpowiadające sobie²⁰⁸. Poznanie

²⁰⁴ Por. *Maly słownik...*, szp. 15. Historyczny przegląd różnych sposobów pojmowania wnioskowania z analogii, związanych z nimi problemów oraz propozycja ich rozwiązania por. **Biegański**: *Wnioskowanie z analogii* (a).

²⁰⁵ Por. **Kaufmann**: *Analogie...* (1982/1965k), s. 34.

²⁰⁶ **Ajdkiewicz**: *Logika pragmatyczna*(a), s. 149; por. **Kotarbiński**: *Elementy teorii poznania, logiki formalnej i metodologii nauk* (a), s. 225 n.

²⁰⁷ Por. **Kaufmann**: *Analogie...* (1982/1965k), s. 33.

²⁰⁸ Tamże.

analogiczne określa Kaufmann mianem analektyki, umiejscawiając ją pomiędzy logiką i dialektyką²⁰⁹. „Czysta logika” oparta jest, zdaniem Kaufmanna, na identyczności²¹⁰. Jednak w świecie realnym nigdy nie mamy do czynienia z absolutną równością między bytami (w szerokim rozumieniu słowa „byt”). Aby móc zastosować logiczne schematy wnioskowania, trzeba uprzednio doprowadzić do zrównania poszczególnych elementów. Zakładana jest zatem analogia, dzięki której dostrzegana jest relatywna równość. Dialektyka, oparta na zasadzie sprzeczności, również nie może się obejść bez analogii, gdyż zakłada zawsze jedynie relatywną nierówność — przy absolutnym braku podobieństwa brak jest wszelkich powiązań, niemożliwe by więc było jakiegokolwiek wnioskowanie²¹¹. „Całe nasze poznanie zakorzenione jest ostatecznie w analogiach”²¹². Proces ustalenia analogii jest pierwotny wobec wnioskowania typu formalnologicznego, jest warunkiem możliwości tego ostatniego²¹³. „Myślenie analogiczne (...) nie jest myśleniem logicznoformalnym. Ale nie jest myśleniem nielogicznym (...). Jest myśleniem przedlogicznym”²¹⁴. Dotychczasowe próby sformalizowania tego procesu lub relacji analogii, będącej jego podstawą, nie uwzględniają specyfiki myślenia przez analogię²¹⁵. Zdaniem Kaufmanna wszelkie tego rodzaju próby są już z góry skazane na niepowodze-

²⁰⁹ Tamże, s. 33; terminologicznie nieco inaczej w *Das Schuldprinzip* (1976/1961k), s. 72; por. tenże: *Vorüberlegungen...* (1986), s. 260 nn., gdzie Kaufmann mówi o „abdukcji”; por. **Przywara**: *Analogia entis* (a), t. 1, s. 65 nn. Por. **Kluxen**: *Analogie* (a), szp. 225 n.; **Lakebrink**: *Hegels dialektische Ontologie und die Thomistische Analektik* (a).

²¹⁰ Por. **Kaufmann**: *Analogie...* (1982/1965k), s. 33.

²¹¹ Tamże.

²¹² Tamże. Por. **Bunge**: *Method, Model and Matter* (a), s. 125: „Without analogy there might be no knowledge: the perception of analogies is a first step towards classification and generalization. A first step only, for a natural class (...) is an equivalence class (...). A first role of analogy is to suggest equivalence, without however establishing it”, s. 125.

²¹³ **Kaufmann**: *Analogie...* (1982/1965k), s. 33. Por. **Bunge**: *Method...* (a), s. 114 nn.

²¹⁴ **Kaufmann**: *Analogie...* (1982/1965k), s. 58; por. tamże: „Von der Logik aus gesehen (...) ist der Analogieschluß ein Vor-Urteil. Doch ohne Vor-Urteile gibt es keine logischen Urteile. Vor allem logischen Denken steht das wesenhafte Denken”; **Stegmüller**: *Wissenschaftliche Erklärung und Begründung* (a), s. 135: „Will man Phänomene einer bestimmten Art X erklären, so muß man nach Gesetzen suchen unter welche diese Phänomene subsumierbar sind bzw. nach einer diese Phänomene erklärenden Theorie. Die Tatsache, daß eine andere Klasse von Phänomenen einen Analogiemodell für die untersuchten Phänomene bildet, hilft dabei nicht. Denn der nomologische Isomorphismus zwischen den beiden Klassen von Phänomenen kann erst im nachhinein festgestellt werden, d. h. erst dann, wenn die Gesetze beider Bereiche bekannt sind”.

²¹⁵ Kaufmann wskazuje na próby Wundta, Drobischa i Bocheńskiego, **Kaufmann**: *Analogie...* (1982/1965k), s. 33; na temat koncepcji Wundta i Drobischa por. **Biegański**: *Wnioskowanie...* (a), s. 21 nn. Współczesne próby formalnego ujęcia wnioskowania z analogii zwykle są sprzężone z próbami formalnego ujęcia analogiczności rzeczywistości; **Bocheński**: *Wstęp do teorii analogii* (a), *Über die Analogie* (a) sięga do izomorfii, inaczej **Dąbbska**: *O metodzie analogii* (a), gdzie analogia ugruntowywana jest w homomorfii. Por. **Bunge**: *Method...* (a), s. 114 n., gdzie wyróżnia

nie²¹⁶. Myślenie w ramach logiki i dialektyki jest myśleniem na zakresach, myślenie analogiczne jest myśleniem treściowym, istotnościowym²¹⁷. Myślenie analogiczne związane jest z konkretem i celem jego jest uwzględnienie specyfiki konkretnego przypadku. Jest to myślenie twórcze, w którym pojęcia i reguły ogólne są przeinterpretowywane i dopasowywane do nowych przypadków²¹⁸.

Pisząc o rozumowaniu na podstawie analogii, Kaufmann nawiązuje do omawianego przez Arystotelesa w *Analitykach pierwszych* i *Retoryce* dowodu z przykładu (*παράδειγμα*)²¹⁹. W odróżnieniu od dedukcji, która jest wnioskowaniem od ogółu do szczegółu, i indukcji prowadzącej od szczegółu do ogółu, wnioskowanie z analogii określa Arystoteles jako wnioskowanie od szczegółu do szczegółu. Arystoteles daje następujący przykład: wiadomym jest, że tak Pizystrat, jak Teagenes i wielu innych, zażądali dla siebie osobistej straży, i potem, gdy ta była im dana, zostali tyranami; stąd w przypadku Dionizjusza, mimo że jego zamiar nie jest znany, można wnioskować, że również on, skoro zażądał osobistej straży, chce ustanowić jedy-nowładztwo²²⁰. Arystoteles podkreśla, że wszystkie znane przykłady podpadają pod tę samą regułę ogólną: kto dąży do tyranii żąda straży osobistej²²¹. Jest to wnioskowanie ze szczegółów o innych szczegółach, przy pośrednictwie reguły ogólnej wyprowadzonej ze znanych szczegółów.

Kaufmann zgadza się z ujęciem arystotelesowskim w tym punkcie, że wnioskowanie z analogii prowadzi od szczegółu do szczegółu za pośrednictwem czegoś ogólnego²²². Nie zgadza się jednak na to, że jest to proste połączenie indukcji z dedukcją, polegające na tym, że najpierw

on trzy typy analogii formalnej: *plain formal analogy* — „when some elements of x are paired off to some elements of y”, *homomorphism* — „all-some structure-preserving analogy” i *isomorphism* — „perfect formal analogy; if there is a homomorphism from x to y and also one from y into x”.

²¹⁶ Por. Kaufmann: *Analogie...* (1982/1965k), s. 33; Bunge: *Method...* (a), s. 130: „it may be doubted whether a nontrivial and general theory of analogy (as distinct from simulation and representation) is possible, given the weakness of this relation. (...) arguments from analogy, although individually analyzable, do not seem amenable to theoretical systematization, and this for two reasons. First, because they are all invalid, so that there can be no standards of formal validity; second, because their fruitfulness depends on the nature of the case. In short, no logic of analogy seems to be possible”.

²¹⁷ Kaufmann: *Analogie...* (1982/1965k), s. 58.

²¹⁸ Por. tamże, s. 21; Stegmüller: *Wissenschaftliche Erklärung...* (a), s. 133 nn.

²¹⁹ Por. Arystoteles: *Analytyki pierwsze*, 69 a n.; tenże: *Retoryka*, 1357b.

²²⁰ Tenże: *Retoryka*, 1357b 30 nn.; por. Kaufmann: *Vorüberlegungen...* (1986), s. 262.

²²¹ Arystoteles: *Retoryka*, 1357b 35 nn.

²²² Por. Kaufmann: *Vorüberlegungen...* (1986), s. 262; tenże: *Analogie...* (1982/1965k), s. 36.

za pomocą indukcji wyprowadzałoby się regułę ogólną, a z niej wnioskowałoby się o innym szczególe²²³. To, co we wnioskowaniu z analogii istotne, nie może być wyrażone z pomocą sylogizmu²²⁴. Zdaniem Kaufmanna wnioskowanie z analogii należałoby raczej określić jako „równoczesne”, przemienne stosowanie indukcji i dedukcji²²⁵. Jest ono w tym sensie indukcyjne i dedukcyjne, że uzyskany wniosek jest rezultatem procesu, w którym można wskazać tak elementy rozumowania od szczegółu do ogółu, jak i od ogółu do szczegółu. Z jednej strony są dane konkretne warunki życia, z drugiej zaś zespół ogólnych norm. Aby znaleźć prawo dla konkretnego przypadku, trzeba przeprowadzić proces wzajemnego „dopasowania” tego, co faktyczne z tym, co normatywne. W procesie tym z tego, co ogólne, z norm, wydobywa się to, co istotne ze względu na konkretną sytuację; natomiast z konkretnej sytuacji, z warunków życia wydobywa się to, co istotne ze względu na normy. Z jednej strony dokonywana jest „»konstrukcja« przypadku, tzn. opracowanie tych jego elementów, które są »istotne« ze względu na normę, i utworzenie z konkretnego przypadku »stanu rzeczy«, z drugiej zaś strony wymagana jest »interpretacja« normy, mianowicie jej konkretyzacja ze względu na dany przypadek, i utworzenie z normy »stanu faktycznego«²²⁶. Konkretny przypadek i norma spotykają się z sobą, „odpowiadają sobie” właśnie jako „stan rzeczy” i „stan faktyczny”, które są konkretniejsze niż ogólne normy i bardziej ogólne niż konkretne warunki życia. Dla każdego przypadku trzeba na nowo wy-

²²³ Por. Biegański: *Wnioskowanie...* (a), s. 18 n. Krytykując arystotelesowskie ujęcie wnioskowania przez analogię Biegański wskazuje, że charakterystyczne dla wnioskowania z analogii jest właśnie to, że wnioskuje się z jednego szczegółu o innym bez pośrednictwa wyprowadzonej reguły ogólnej, gdyż reguły takiej nie można indukcyjnie wyprowadzić ze względu na przypadki z nią sprzeczne. Biegański daje następujący przykład: ze szczegółów, że Piotr, Paweł i inni, grając hazardowo w karty stracili majątek, wnosząc o Janie, który również hazardowo gra w karty, że zrujnuje się materialnie. Wyprowadzając wniosek co do Jana wiemy skądinąd, że inny długoletni hazardowy gracz nie stracił majątku. Ten sprzeczny fakt nie pozwala wyprowadzić reguły, że wszyscy hazardowi gracze dochodzą do ruiny. Ale ponieważ wiem, że Jan ze swego charakteru, usposobienia i sposobu gry w karty jest więcej podobny do Piotra i Pawła, aniżeli do Karola, to w tym właśnie podobieństwie pomiędzy szczegółami znanymi a szczegółem obecnym znajdują zasadę do wnioskowania, że Jan straci majątek; Sam Kaufmann nie przeprowadza w swych pracach szczegółowej krytyki ujęcia arystotelesowskiego koncentrując się raczej na przedstawieniu na jej tle swojej odmiennej propozycji. Nie wnikając w różnice między ujęciem Kaufmanna i Biegańskiego, chcę tu zwrócić uwagę na to, że ten drugi również przechodzi od szczegółu do szczegółu korzystając z ogólnych zasad, mianowicie tych, które dotyczą relacji między charakterem, usposobieniem, sposobem gry w karty z jednej strony, i możliwością przegranej z drugiej. Por. Czeżowski: *Indukcja a rozumowanie przez analogię* (a); Gosiewski: *O analogii, indukcji i dedukcji* (a).

²²⁴ Kaufmann: *Analogie...* (1982/1965k), s. 33.

²²⁵ Por. tenże: *Vorüberlegungen...* (1986), s. 264.

²²⁶ Tamże.

pracować „stan rzeczy” i „stan faktyczny”. „Również stwierdzenie, że jakiś przypadek jest taki sam (ściśle mówiąc: podobny) jak dopiero co rozstrzygnięty, wymaga takiej operacji myślowej”²²⁷. W każdym akcie urzeczywistnienia prawa — normy (Gesetz) są inaczej rozumiane, a konkretny przypadek, choćby był bardzo podobny do wcześniejszego, zyskuje nowy wymiar już choćby dlatego, że właśnie podobny przypadek był już osądzony. Ujawnia się tu historyczny charakter prawa (procesu jego urzeczywistnienia), historyczność okazuje się być momentem strukturalnym prawa²²⁸. Kaufmann korzysta z hermeneutyki filozoficznej H.-G. Gadamera²²⁹, który analizując transcendentalne warunki możliwości rozumienia tekstu (języka) wskazuje, iż jednym z podstawowych momentów struktury rozumienia jest *przesąd*²³⁰. Termin przesąd nie ma tu znaczenia wartościującego²³¹. Wśród przesądów są zarówno takie, które w procesie rozumienia pełnią funkcję pozytywną, jak i takie, które ten proces zakłócają²³². Zgodnie z programowo asystemowym i ateoretycznym podejściem hermeneutyki filozoficznej, Gadamer nie podaje definicji przesądu. Wstępnie określa go jako „sąd, który został wydany przed ostatecznym przebadaniem wszystkich rozstrzygających momentów rzeczowych”²³³. Gadamer zauważa, że każdy tekst, aby mógł zostać zrozumiany, musi być czytany z pewnymi określonymi już oczekiwaniami odnośnie jego sensu. Konieczne jest posiadanie pewnego *projektu* sensu czytanego tekstu, wstępne rozumienie tego, o czym tekst traktuje. To wstępne rozumienie, ów projekt, dotyczy zarówno całości, jak i każdego fragmentu czy słowa. Sens fragmentu określony jest rozumieniem całości, sens całości określony jest rozumieniem fragmentu. Każdy interpretujący wchodzi w proces rozumienia z własnymi, indywidualnymi projektami rozumienia, a to sprawia, że tekst otrzymuje swój niepowtarzalny sens. Jednocześnie tekst oddziałuje na interpretującego. W trakcie procesu rozumienia,

²²⁷ Tamże.

²²⁸ Por. tamże.

²²⁹ Por. tenże: *Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik* (1982), s. 540 nn.; *Vorüberlegungen...* (1986), s. 264 nn.

²³⁰ Etymologia tego terminu i jego historia por. **Bronk**: *Rozumienie, dzieje, język*, s. 260 nn.

²³¹ Niemiecki wyraz „Vorurteil”; przedrostek „vor” wskazuje w języku niemieckim na takie znaczenie terminu „Vorurteil”, które pozwalałoby na przełożenie tego terminu polskim „przed-sąd”. Tłumaczenie takie gubiłoby jednak pewne intuicje występujące w analizach Gadamera i wprowadzałoby, bez koniecznej potrzeby, neologizm; por. **Bronk**: *Rozumienie...*, s. 260, 538.

²³² **Gadamer**: *Wahrheit...*, s. 255.

²³³ Tamże, s. 255, przekł. za **Bronk**: *Rozumienie...*, s. 268.

w miarę zagłębiania się w sens przekazu, projekt sensu podlega ciągłej rewizji; eliminowane są przesady fałszywe, a prawdziwe ulegają modyfikacji. Przesady nie są produktem przeżyć jednostki, wynikiem jej indywidualnej historii życia, ani nie są wytworem działań podmiotu, lecz źródło swoje mają w tradycji, do której należy rozumiejący²³⁴. Podkreślić jednak trzeba, że przesady jako takie nie stoją do dyspozycji interpretującego tak, aby mógł on uprzednio, przed przystąpieniem do tekstu, oddzielić przesady produktywne (prawdziwe), które rozumienie umożliwiają, od nieproduktywnych (fałszywych), które przeszkadzają w rozumieniu i prowadzą do nieporozumień. Przesady nie są dane przedmiotowo. Niemożliwa jest ich obiektywizacja, gdyż zdanie sobie sprawy z bycia uwarunkowanym jakimś przesądem i jego zrozumienie odbywa się zawsze poprzez inne przesady. Weryfikacja przesądów dokonuje się dopiero w samym procesie rozumienia²³⁵. Proces ten polega na poszukiwaniu właściwego projektu i jest procesem nigdy nie zakończonym.

Wyniki Gadamera Kaufmann stosuje do hermeneutyki prawniczej. Uważa, że „to, co sędziemu jest »obiektywnie dane«, abstrakcyjna norma prawna i amorficzny przypadek, ani każde z osobna, ani razem, nie dają jeszcze prawa. Aby powstał z nich ukonkretyzowany »stan faktyczny« i normatywnie kwalifikowany »stan rzeczy«, norma i przypadek muszą zostać odpowiednio obrobione, musi dojść do głosu ich sens”²³⁶. Nie może się to jednak dokonać w dwóch izolowanych aktach, ale w mającym strukturę koła hermeneutycznego przechodzeniu tam i z powrotem od normy do przypadku i od przypadku do norm. „To, czy sens normy dotyczy danego przypadku, zależne jest od uprzedniego rozumienia przypadku, jak i z drugiej strony, sens danego przypadku nie da się z niego wywieść bez przedrozumienia norm”²³⁷. Sens norm jest zawsze zrelatywizowany do ich „zastosowań” (konkretnych lub jedy-

²³⁴ Gadamer: *Wahrheit...*, s. 277. Stąd też należymy do historii, w pewnym sensie jesteśmy jej więźniami. To ona określa przesady determinujące rozumienie (tamże, s. 261). Przesady będąc historyczną rzeczywistością bycia jednostki mają przewagę nad wydawanymi przez nią sądami, wyrażającymi w gruncie rzeczy jedynie to, co przemijające, ulotne, zmienne, przypadkowe. To zanurzenie w historii jest nie tylko niezbędnym warunkiem, ale stanowi także szansę dla rozumienia, bowiem przesady są wyrazem nieprzerwanej tradycji, która w bezpośredni sposób — niedostępny dla rozumiejącego podmiotu — jest zjednoczona z rzeczą, której dotyczy proces rozumienia (tamże, s. 279).

²³⁵ Tamże, s. 279.

²³⁶ Kaufmann: *Gedanken...* (1982), s. 541.

²³⁷ Tamże.

nie pomyślanych). Gdy analizujemy konkretne warunki życia, zwracamy uwagę na te elementy, z którymi związane są kwalifikacje normatywne przypisywane im przez normy, zakładane jest już zatem wstępne rozumienie norm²³⁸. W takim też znaczeniu znajdowanie prawa nie jest wyprowadzaniem rozstrzygnięć z ogólnych regulacji, ale jest sprowadzaniem do wzajemnej odpowiedniości norm i konkretnych warunków życia na podstawie innych relacji odpowiedniości między tego typu elementami, jest przechodzeniem od „znanych” rozstrzygnięć do nowych.

Kaufmann zwraca uwagę i na to, że przed zakończeniem procesu nie jest ustalone, które normy odegrają główną rolę w ocenie danego przypadku. Ponadto rozumienie każdej z norm uwikłane jest w rozumienie innych. Zasadniczo cały ich system jest istotny. „Prawo jest splotem stosunków, które wszystkie od siebie zależą i wzajemnie się warunkują. (...) Kiedy się stosuje *pewną* normę prawną, stosuje się całościowy układ **wszystkich** norm prawnych”²³⁹.

Zasadnicze pytanie brzmi: jaka jest podstawa wypracowywania „stanu rzeczy” i „stanu faktycznego”? Dzięki czemu proces urzeczywistniania prawa, w którym uczestniczy cały splot relacji jakim jest prawo, doprowadza do określonego rozstrzygnięcia, którego poprawność jest intersubiektywnie kontrolowalna? Co jest tym, do czego odnoszone są zarówno ogólne normy, jak i konkretne warunki życia; ze względu na co uznawane są one za siebie odpowiadające? Dla ustalenia owego podobieństwa i dla dokonania relatywnego zrównania niezbędne jest *tertium comparationis*. Wyznacza ono punkt widzenia, z którego dokonywane jest porównanie. Ów punkt widzenia nie jest czymś z góry ustalonym i nie daje się go określić na podstawie jakichś kryteriów formalnych, tym niemniej ma zasadnicze znaczenie dla treści wyciąganego wniosku. Od tego punktu widzenia zależy, czy stwierdzimy podobieństwo, czy różnicę. Na przykład to, czy kobieta jest podobna, czy niepodobna do mężczyzny, niedźwiedź do psa, lub samolot do okrętu, zależy od aspektu pod jakim ma nastąpić porównanie. Z punktu widzenia logiki, tam gdzie można zastosować wnioskowanie z analogii można też zastosować *argumentum a contrario*²⁴⁰. Co można powiedzieć o owym „ter-

²³⁸ Tenze: *Vorüberlegungen...* (1986), s. 267.

²³⁹ Tamże, s. 266. Por. Gadamer: *Wahrheit...*, s. 278 nn., gdzie Gadamer pisze o tzw. antycypacji pełności.

²⁴⁰ Por. Kaufmann: *Analogie...* (1982/1965k), s. 36; Kaufmann sam tu także wskazuje dyskusyjność tego zagadnienia. Por. Wolter/Lipczyńska: *Elementy logiki* (a), s. 211; autorzy wskazują, że

tium”? Czym ono jest? W jaki sposób można je ustalić? Pytanie to, będąc pytaniem o podstawy, na jakich opiera się wnioskowanie, jest równocześnie pytaniem o podstawy obowiązującego prawa. Poszukując na nie odpowiedzi Kaufmann analizuje to, co podlega „obróbce” w tym wnioskowaniu — biorące w nim udział pojęcia.

4. Pojęcia analogiczne

Mając zarysowaną ogólną strukturę wnioskowania z analogii, odgrywającego, zdaniem Kaufmanna, podstawową rolę w procesie znajdowania prawa, trzeba sięgnąć głębiej i spytać o strukturę treści „obrabianych” w tym wnioskowaniu. Ogólnie można powiedzieć, że analizowane wnioskowanie jest procesem przekształcania pewnych treści, a dokładniej mówiąc jest operacją na pewnych elementach, stanowiących jedność określonych treści. Jaka jest struktura tych elementów umożliwiająca wnioskowanie z analogii? Jaką strukturę mają pojęcia występujące w tym wnioskowaniu? W koncepcji Kaufmanna jest to pytanie o pojęcia analogiczne²⁴¹. Charakteryzuje on je jako pojęcia będące niejako pomiędzy pojęciami jednoznacznymi i wieloznacznymi. Jego zdaniem w przypadku pojęć analogicznych mamy do czynienia z obrazowym, symbolicznym, metaforycznym sposobem wyrażania, np. „głębia” duszy, „choroba” sztuki, „miękka” muzyka²⁴². „Pojęcie analogiczne z jednej strony przedkłada jakiś stały element decydujący o jedności, (...) w przeciwnym razie nie można by było przy jego pomocy niczego „pojąć”, z drugiej strony pojęcie takie musi być zdolne do przyjmowania różnych znaczeń, w przeciwnym razie nie mogłoby łączyć tego, co w różnorodności podobne”²⁴³.

określenie tego, czy w danym przypadku należy stosować argument z analogii, czy „argumentum a contrario”, byłoby możliwe na podstawie formy zdania tworzącego normę będącą przesłanką wnioskowania, gdyby w języku ustawodawcy odróżniano ściśle funktory implikacyjne „zawsze jeśli p, to q” od „tylko jeśli p, to q”. Ten ostatni postulat, ze względu na analogiczność rzeczywistości i praw wydaje się być niemożliwym do spełnienia. Por. Ziemiński: *Problemy podstawowe...*, s. 294.

²⁴¹ Por. Kaufmann: *Analogie...* (1982/1965k), s. 31; idąc za Bocheńskim (Formale Logik, 1956, s. 205 nn.), zwraca on uwagę, że w sensie logicznym mianem „pojęcie” określa się jedynie pojęcia jednoznaczne, jednak użycie w tym miejscu określenia „wyrażenie analogiczne” nie oddawałoby w sposób właściwy intencji autora, dla którego istotny jest sens, znaczenie wyrażań.

²⁴² Tamże.

²⁴³ Tamże.

Jedną z podstawowych funkcji pojęć analogicznych polega, zdaniem Kaufmanna, na umożliwieniu przenoszenia określeń z języka dotyczącego tego, co zmysłowo postrzegalne, na to, co duchowe. Ponieważ wszelkie poznanie wywodzi się z oglądu poprzez zmysły, żadne pojęcie nie może się obejść bez elementu wyobraźniowego. Nie mamy oglądu czysto duchowego, nie mamy więc pojęć właściwych do określania fenomenów duchowych²⁴⁴. Dlatego też, zdaniem Kaufmanna, o przedmiotach niedostępnych zmysłowemu oglądowi można mówić jedynie posługując się pojęciami analogicznymi. Istnieje jednak zawsze niebezpieczeństwo, że przedmiotowi, którego dotyczy pojęcie analogiczne, przypisane zostaną właściwości przedmiotu, od którego pochodzi moment wyobraźniowy, oglądowy, np. gdy osobie prawnej przypisuje się cechy „osoby naturalnej”²⁴⁵.

Odniesienie do czegoś duchowego, wykraczającego poza to, co pochodzi z oglądu zmysłowego, uważa Kaufmann za charakterystyczny moment pojęć analogicznych. W przypadku prawa owym elementem duchowym jest moment normatywny. „Praktycznie wszystkie pojęcia prawne, również tzw. deskryptywne, są pojęciami analogicznymi”²⁴⁶. Sens pojęć prawnych współokreślany jest zawsze elementem normatywnym, wyznaczonym przez kontekst, w którym zostały użyte. Na pierwszy plan wysuwa się prawny, normatywny aspekt ich treści. Tak na przykład za rzecz w sensie prawnym można uznać elektryczność, a to ze względu na normę zakazującą kradzieży²⁴⁷.

Warto tu zauważyć, że mimo, iż Kaufmann pisząc o analogii odwołuje się do tekstów św. Tomasza z Akwinu, w odróżnieniu od niego uważa analogiczność za właściwość pojęć związaną z ich wewnętrzną strukturą, podczas gdy u św. Tomasza analogiczność pojęć związana była z orzekaniem o rzeczywistości²⁴⁸.

Kaufmann analogiczność pojęć wiąże z tym typem analogii, który zwykle określaną jest mianem analogii metaforycznej. Zgodnie z tradycyjnym ujęciem analogia metaforyczna oparta jest na relacjach kategoryalnych²⁴⁹, a od analogii proporcjonalności w sensie właściwym różni

²⁴⁴ Tamże, s. 32.

²⁴⁵ Tamże.

²⁴⁶ Tamże. Wyjątek stanowią tylko określenia liczbowe, tamże, s. 31.

²⁴⁷ Por. tamże, s. 32.

²⁴⁸ Por. Tamże, s. 19, 31. Por. **Krąpiec**: *Język i świat realny* (a), s. 215 nn.; **Kluxen**: *Analogie* (a), szp. 223; **Kamiński**: *Pojęcie nauki i klasyfikacja nauk*, s. 11 n.

²⁴⁹ Por. **Krąpiec**: *Analogia* (a), szp. 494 n.; **Herbut**: *W sprawie analogii opartej na relacjach kategoryalnych* (a).

się przede wszystkim tym, że w tej ostatniej treść oznaczona wspólną nazwą zrealizowana jest niezależnie od ludzkiego poznania, podczas gdy w metaforze, dla samego faktu zaistnienia tego typu analogii, musi zaistnieć działanie poznawcze człowieka²⁵⁰. W analogii metaforycznej przeniesienie nazwy z przedmiotów, w których orzekana treść realizuje się w sposób właściwy (np. „uśmiech dziecka”, „uśmiech dziewczyny”) na inne przedmioty (np. „uśmiech słońca”, „uśmiech łąki”) zachodzi ze względu na swoiste efekty poznawcze lub poznawczo-wolitywne, które wywołują w podmiocie dane przedmioty²⁵¹. W koncepcji Kaufmanna nie można w ogóle mówić o analogii proporcjonalności właściwej. Wnioskowanie z analogii, na którego tle jest rozumiana analogiczność pojęć, jest w jego teorii procesem przekształcania relacji, kontekstów, do jakich określone treści są odniesione. U Kaufmanna analogiczność pojęć ma swoje źródło w relacjach między sensami (normatywnymi a nienormatywnymi) rozumianymi jako niesprzeczne jedności treści. Zasada się na relacjach między pojęciami²⁵², na relacjach wewnątrz języka, a nie na relacjach treści pojęć do przedmiotów, o których orzekają. Przedmiot jest w zasadzie dopiero konstytuowany w procesie rozumienia, a o jego strukturze wnosi się na podstawie struktury pojęć. Trudno tu zatem mówić o relacji między pojęciem (związanym z procesem poznania) a istotnie w swym istnieniu różną od niego rzeczywistością przedmiotową. Kaufmann sam zresztą przyznaje, że tradycyjne przeciwstawienie podmiot — przedmiot traci na znaczeniu, a w gruncie rzeczy w ogóle traci sens²⁵³. Można co najwyżej mówić o zastanej relacji między pewnymi sensami i tworzeniu nowej relacji. Takie rozumienie pojęć analogicznych jest ściśle związane z koncepcją wnioskowania z analogii. Pojęcie analogiczne jest tym postulowanym we wnioskowaniu „łącznikiem”, który jednoczy normatywność z faktycznością. W tym też sensie tak rozumiane pojęcia analogiczne są warunkiem możliwości wnioskowania z analogii, a tym samym i zachodzenia procesu znajdowania (urzeczywistniania prawa). Nie są jednak warunkiem najbardziej podstawowym. Kaufmann pyta dalej: co

²⁵⁰ Tamże, szp. 495; por. **Bejze**: *Analogia proporcjonalności i jej odmiany* (a).

²⁵¹ Por. **Krapiec**: *Język...* (a), s. 230 nn.

²⁵² Jest to oczywiście jedynie przybliżone określenie sensu. Sens jest w hermeneutyce filozoficznej pojęciem pierwotnym, niedefiniowalnym. Kaufmann nie podejmuje *explicite* zagadnienia różnicy między pojęciem i sensem. Wydaje się, że chodzi mniej więcej o to samo, o pewną jedność treści, a słowo „sens” w porównaniu ze słowem „pojęcie” bardziej podkreśla uwikłanie tej treści w proces rozumienia.

²⁵³ Por. **Kaufmann**: *Gedanken...* 1982, passim, zwł. s. 545 nn.

jest tym czymś, ze względu na co określone warunki życia łączone są w pojęciu analogicznym z pewną kwalifikacją normatywną? Kaufmann pyta o bytowe podstawy pojęć analogicznych, podstawy ugruntowujące niedowolność relacji związanych z pojęciem analogicznym. Jest to nieco inna wersja pytania o wspomniane wyżej *tertium comparationis*, o „naturę rzeczy”. Niedowolność (inaczej: niedyspozycyjność) wskazuje, zgodnie z konwergencyjną koncepcją poznania, na byt. Analogiczna struktura pojęć wskazuje w tej teorii na analogiczność bytu. Problematyka analogiczności bytu pojawia się zatem w kontekście pytania: jak należy pomyśleć rzeczywistość, aby zagwarantowana była możliwość wnioskowania analogicznego o wyżej zrekonstruowanej strukturze?

5. Analogiczność bytu

Wychodząc od procesu urzeczywistniania prawa, dążąc do wskazania ontologicznych podstaw wnioskowania przez analogię i pojęć analogicznych, Kaufmann proponuje określoną koncepcję analogiczności bytu. Koncepcja ta pretenduje w ramach jego teorii do bycia jednocześnie koncepcją bytu jako bytu. Rozumienie bytu jest sprawą pierwszorzędnej wagi dla zagadnienia ontologicznych podstaw prawa, gdyż wyznacza w dużej mierze sposób rozumienia owych podstaw w danej teorii, a to z kolei określa perspektywę teoretycznego ujęcia sprawiedliwości i w konsekwencji również możliwości przewyżczenia trudności klasycznego pozytywizmu prawnego i wyjaśnienia np. „ustawowego bezprawia”.

Kaufmann uważa, że choć koncepcja analogiczności bytu znajdowała w tradycji swoje zwieńczenie w koncepcji bytu absolutnego, to jednak główny punkt ciężkości nauki o analogii leży w sferze tego, co skończone. Problem istnienia Boga można wiązać z zagadnieniem, czy analogiczność bytu skończonego i analogiczność ludzkiego poznania jest zasadniczo defektem, czy też nie. Niemniej jednak, „czy się w Boga wierzy, czy nie, nie zmienia to jednak nic w strukturze bytu skończonego, sposobie naszego myślenia, naszego poznawania i naszego mówienia”²⁵⁴.

²⁵⁴ Tenże: *Analogie...* (1982/1965k), s. 20. Kaufmann odwołuje się tu do Krings: *Wie ist Analogie möglich?* (a), s. 110. Hermann Krings nie wspomina w tym miejscu o analogiczności bytu, a jedynie

Analogiczność bytu charakteryzuje Kaufmann nawiązując do tradycyjnego pojmowania tego typu analogii. Poszczególne byty istnieją partycypując w *jednym* byciu, ale w różny sposób²⁵⁵. „Bycie jest jedno jedyne, ale przysługuje wielu bytom w niejednakowy sposób, tzn. w rzeczach stworzonych urzeczywistnione jest jedynie analogicznie”²⁵⁶. Bycie i treści bytowe urzeczywistnione są w świecie w proporcjonalnych „stopniach”, którym odpowiada hierarchia bytowa²⁵⁷. Tej konstatacji dotyczącej ontologii odpowiada, zdaniem Kaufmanna, konstatacja teoriopoznawcza: istotę jakiegoś bytu poznajemy poprzez porównanie z innym bytem, który (przynajmniej z punktu widzenia porównania) jest bardziej znany niż byt, który ma być poznany. Zakładana jest przy tym analogia bytu: zgodność i różnica, jedność i mnogość bytu. Równość i odmienność zachodzi jedynie pod pewnym względem. Tak całkowita równość, jak i całkowita odmienność dwóch bytów (wzgl. stanów rzeczy), nie zachodzą nigdy w rzeczywistości lecz są wynikiem abstrakcji, dotyczą poznawczego ujęcia rzeczywistości: pierwsza wiąże się z identycznością, druga ze sprzecznością. Kaufmann stwierdza, że w rzeczywistości nie istnieją dwa całkowicie odmienne byty, gdyż wspólne wszystkim bytom jest to, że są²⁵⁸. „Bezpośrednio dana jest nie równość czy odmienność, ale analogiczność bytu, ponieważ za nim jeszcze uświadomiona zostanie jakaś zasada zrównania lub odróżniania, ujmowane są rzeczy w ich podobieństwie i odmienności”²⁵⁹. Analogiczność bytu jest warunkiem możliwości dojścia w naszym poznaniu i w naszych stosunkach do jakiegokolwiek porządku. Gdyby nie było różnic, bezsensowne i w ogóle niemożliwe byłoby tworzenie różnych słów i różnych norm. Gdyby zaś, z drugiej strony, nie było w rzeczach niczego wspólnego, musielibyśmy mieć dla każdej rzeczy odrębną nazwę i dla każdego ludzkiego działania osobną normę²⁶⁰. „Wszelki porządek, także

o analogiczności ludzkiego myślenia i języka. Krings konkluduje, że analogiczność jest nie tylko możliwa, ale i konieczna jako transcendentalny warunek możliwości poznania, nie wyciąga on jednak wniosków dotyczących struktury bytu.

²⁵⁵ Kaufmann: *Analogie...* (1982/1965k), s. 21; ujęcie partycypacji bytu w tomizmie egzystencjalnym por. Zdybicka: *Partycypacja bytu*, passim.

²⁵⁶ Kaufmann: *Analogie...* (1982/1965k), s. 21.

²⁵⁷ „So besteht, indem das Sein und Seingehalte in verhältnismäßigen »Stufen« im Universum verwirklicht sind, eine »Stufenordnung« des Seins”, tamże, s. 21 n.

²⁵⁸ Tamże, s. 29.

²⁵⁹ Tamże, s. 30.

²⁶⁰ Tamże.

porządek prawny istnieje tylko dzięki analogii bytu, która jest środkiem między identycznością i sprzecznością, między równością i odmiennością²⁶¹. Bez zgodności, tzn. przy pełnej heterogeniczności rzeczy i braku związków między nimi, nie byłoby żadnej możliwości porównania, a tym samym i żadnej możliwości poznania²⁶². Gdyby wielość była skrajnym pluralizmem, między poszczególnymi bytami nie byłoby żadnego powiązania, również myślnego. Natomiast bez różnorodności wszystko sprowadzałoby się do jednego i mielibyśmy tylko pozbawione wartości poznawczej powtarzanie tego samego²⁶³. Trzeba zauważyć, że w analizach proponowanych przez Kaufmanna pierwotną daną do wyjaśnienia jest poznanie. Moment istnienia w bycie pojawia się jako warunek gwarantujący jedność poznania świata. Łącząc zagadnienia analogii bytu, poznania, orzekania czy też wnioskowania z analogii, Kaufmann zaciera tradycyjnie uznawane różnice w pojmowaniu tych zagadnień²⁶⁴. Związane jest to z zacieraniem granic między epistemologią i teorią bytu²⁶⁵. Kaufmann przyjmuje, że sposób poznawania rzeczywistości i orzekania o niej określony jest sposobem bytowania; równocześnie jednak o sposobie bytowania wnioskuje ze struktury poznania i struktury języka. Ostatecznie to koncepcja poznania wyznacza koncepcję bytu. Koncepcja bytu jawi się jako odpowiedź na pytanie o transcendentálne warunki możliwości doświadczenia, poznania. Na podstawie struktury poznania Kaufmann wnioskuje o strukturze rzeczywistości²⁶⁶.

Z systemowego punktu widzenia, zgodnie z przyjmowaną przez Kaufmanna konwergencyjną koncepcją prawdy, stwierdzenie istnienia czegoś oparte jest jedynie na zgodności treści szeregu aktów poznawczych, jako postulowany warunek możliwości jedności poznania. W perspektywie omawianej teorii owa jedność jest pochodną konfiguracji treści przesądów, sensów, pojęć. Proces dochodzenia do „prawdy” polega u Kaufmanna na eliminowaniu z projektu rozumienia tych treści, które są z sobą sprzeczne, na takim przeinterpretowywaniu, które

²⁶¹ Tamże.

²⁶² Tamże, s. 22.

²⁶³ Tamże.

²⁶⁴ Znamienne, że nawiązując do tradycji filozoficznej nie zawsze zwraca uwagę, jakiego typu analogii dotyczy w pierwotnym tekście przytaczany fragment; np. pisząc o analogicznej strukturze bytowej odwołuje się do fragmentów dotyczących analogiczności orzekania, por. tamże, s. 18.

²⁶⁵ Por. tenże: *Gedanken...* (1982), *passim*. Jest to typowe dla filozofii kantowskiej proveniencji; por. **Bronk**: *Rozumienie...*, s. 439 n.

²⁶⁶ Na temat subiektywizacji bytu jako przedmiotu filozofii por. **Krąpiec**: *Metafizyka*, s. 99 nn.

pozwała na spójne rozumienie, na sprowadzenie do odpowiedniości. Podstawą jedności jest zatem niesprzeczność, spójność 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 nietrafne²⁶⁷. 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 sensory. 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. Problem ten będzie się przewijał w trakcie moich dalszych analiz.

²⁶⁷ Por. Kaufmann: *Gedanken...* (1982), passim, zwł. s. 545.

4 *Ontologiczne podstawy prawa*

Mając zarysowane Kaufmanna rozumienie prawa oraz cały kontekst systemowy podejmowanego problemu podstaw rozumienia prawa, pora na przedstawienie proponowanych przez omawianego autora konkretnych odpowiedzi na pytanie o bytowe podstawy prawa. Najpierw podejmę zagadnienie rozumienia „natury rzeczy”, która będąc podstawą sprowadzenia do odpowiedniości normy i konkretnych warunków życia, jest też podstawą prawa. Zasadniczym pytaniem w kontekście problemu możliwości przewyższenia pozytywizmu będzie pytanie o sposób jej istnienia. „Natura rzeczy” w teorii Kaufmanna nie jest jeszcze ostateczną bytową podstawą prawa, podstawą tą jest osoba. Zanalizowawszy koncepcję osoby, przejdę do przedstawienia niektórych konsekwencji proponowanej przez omawianego autora teorii, próbując dać odpowiedź na pytanie: czy i na ile jego propozycja pozwala uniknąć trudności, jakie niósł klasyczny pozytywizm prawny? Uczynię to w kontekście zagadnienia relacji prawa do moralności, zagadnienia, którego ujęcie jest niejako testem kontrolnym rozwiązania problemu klasycznego pozytywizmu prawnego.

1. „Natura rzeczy” i sposób jej istnienia

a. „Natura rzeczy” i typ

Znajdowanie konkretnego rozstrzygnięcia, w pełni rzeczywistego prawa jest sprowadzaniem do wzajemnej odpowiedniości norm praw-

nych i rzeczywistych warunków życia. Proces stanowienia prawa ma taką samą strukturę z tym, że jest wzajemnym dostosowywaniem do siebie idei prawa i możliwych przyszłych warunków życia. Pojawia się więc pytanie o coś trzeciego, *tertium*, w którym zgodne są idea prawa wzgl. norma z warunkami życia (możliwymi wzgl. konkretnymi), pytanie o pośrednik pozwalający sprowadzić do wzajemnej odpowiedniości znajdujące się na jakościowo różnych płaszczyznach powinność i byt. Pośrednik, który w równej mierze reprezentowałby to, co ogólne i to, co szczegółowe, normę i fakt.

Kaufmann w swej analizie procesu wnioskowania analogicznego wskazuje, iż norma prawna i konkretne warunki życia spotykają się w wytworzonych w tym procesie „stanie faktycznym” i „stanie rzeczy”. Omawiany autor stawia pytanie o to, co jest podstawą ich utworzenia. Czym jest „stan rzeczy”? Jest sensem konstruowanym z konkretnych warunków życia ze względu na normy. Czym jest „stan faktyczny”? Jest sensem wyinterpretowanym z normy prawnej ze względu na konkretne warunki życia. Normę prawną i konkretne warunki życia łączy zatem jeden wspólny dla nich sens wypracowany w procesie urzeczywistniania prawa (*mutatis mutandis* dotyczy to procesu stanowienia prawa). A zatem „tym tertium, pośrednikiem, tak procesu stanowienia prawa jak i jego znajdowania, jest »sens«, w którym idea prawa wzgl. norma prawna i warunki życia muszą być identyczne, aby mogły być sprowadzone do wzajemnej »odpowiedniości« (...) Ten sens nazywany też bywa »naturą rzeczy«. »Natura rzeczy« jest owym topos, w którym spotyka się byt z powinnością, jest metodycznym miejscem powiązania rzeczywistości z wartością²⁶⁸. (...) »Natura rzeczy« stanowi sedno wnioskowania z analogii, a tym samym jest podstawą stanowienia i znajdowania prawa. Wnioskowanie od stanu rzeczy do normy, wzgl. 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”²⁶⁹. W „natu-

²⁶⁸ Kaufmann: *Analogie...* (1982/1965k), s. 44. Zwrot „natura rzeczy” używany jest przez Kaufmanna zawsze w cudzysłowie, aby zdystansować się od tradycyjnego rozumienia tego terminu tak w nauce prawa, jak i w filozofii, w której natura związana jest z koncepcją substancji i pojmowana jest jako istota bytu, o ile jest on w działaniu; por. tamże, s. 74, wraz z licznymi wskazówkami bibliograficznymi dotyczącymi zagadnienia natury rzeczy; w języku polskim por. Rink: *Koncepcje „natury rzeczy” we współczesnej filozofii prawa*; Gizbert-Studnicki: *Koncepcje „natury rzeczy” w zachodniemieckiej filozofii prawa*.

²⁶⁹ Kaufmann: *Analogie...* (1982/1965k), s. 44.

rze rzeczy” z jednej strony idea prawa ukazuje się w „materialnej określoności”, w swej „otwartości na materię”, w której powinna się urzeczywistnić, a norma prawna jako odnosząca się do bytu; z drugiej zaś strony warunki życia ukazują się w swojej typowości, jako „określone przez ideę”²⁷⁰, „odniesione do wartości”²⁷¹. Kiedy myślimy na podstawie „natury rzeczy”, jesteśmy równocześnie przy konkretnych warunkach życia i przy wartości, doświadczamy analogiczności rzeczowości i jej polarności — równoczesnego odniesienia do bytu i powinności, doświadczamy „wzajemnego splotu struktur bytu i powinności”²⁷². W rzeczywistości nie ma granicy między bytem i wartością. „Wolne od wartości warunki życia i wartości oderwane od bytu są tworamii czysto myślowymi”²⁷³. Pytanie, czy „natura rzeczy” stanowi *ultimam rationem* wykładni prawa i jest tylko środkiem do uzupełniania luk w prawie²⁷⁴, czy też jest jednym ze źródeł prawa²⁷⁵, uważa Kaufmann za źle postawione. „Natura rzeczy” ani nie służy jedynie uzupełnianiu luk, ani nie jest źródłem prawa, tak jak jest nim np. norma prawna, ale jest pewnego rodzaju „katalizatorem” koniecznym tak w każdym akcie stanowienia prawa, jak i rozstrzygania konkretnego przypadku²⁷⁶.

Zdaniem Kaufmanna problem „natury rzeczy”, będący jednym z najbardziej aktualnych problemów filozofii prawa, łączy się z niemniej dziś aktualnym w teorii prawa zagadnieniem typu²⁷⁷. Proponowana przez niego teoria typu jest egzemplifikacją koncepcji analogiczności prawa na terenie teorii prawa. Stany faktyczne, o których mówi się w prawie karnym, uważa Kaufmann za stypizowane antywartościowe warunki życia²⁷⁸. Myślenie typologiczne jest myśleniem w oparciu o „naturę rzeczy”. Typ znajduje się pomiędzy tym, co ogólne i tym, co szcze-

²⁷⁰ Tamże, s. 46; por. **Maihofer**: *Die Natur der Sache*, s. 150.

²⁷¹ **Kaufmann**: *Analogie...* (1982/1965k), s. 46; por. **Radbruch**: *Rechtsphilosophie*, s. 87 nn., 114, 119, 217 n., tenże: *Vorschule der Rechtsphilosophie*, s. 33f.

²⁷² **Kaufmann**: *Analogie...* (1982/1965k), s. 46.

²⁷³ Tamże.

²⁷⁴ Por. **Radbruch**: *Netue der Sache*, s. 15.

²⁷⁵ Por. **Maihofer**: *Die Natur der Sache*, s. 172; por. **Gizbert-Studnicki**: *Koncepcje „natury rzeczy”...*, s. 142 nn.

²⁷⁶ **Kaufmann**: *Analogie...* (1982/1965k), s. 57.

²⁷⁷ Terminy „»natura rzeczy«” i „typ” używane są przez Kaufmanna często zamiennie. Przedmiotowo chodzi o to samo. Mówiąc o „naturze rzeczy” Kaufmann podkreśla aspekt „materialny”, znaczenie dla determinacji treści prawa; mówiąc o typie podkreśla aspekt formalny, miejsce w strukturze prawa; por. tenże: *Rechtsphilosophie...* (1989/1977), s. 12.

²⁷⁸ **Kaufmann**: *Analogie...* (1982/1965k), s. 47.

gólów. Typ normatywny, tak jak go rozumie Kaufmann, nie jest typem opartym o to, co przeciętne, lub co zachodzi najczęściej; różni się także od typu idealnego w rozumieniu M. Webera. Typ różni się od pojęć ogólnych, które poprzez pewną liczbę izolowanych „cech” określają wyraźnie zakres desygnatów, do których się odnoszą. Typ przystosowuje się do różnorodnej rzeczywistości, łączy to, co różne, uświadamia związki sensów; to, co ogólne jest w nim ujmowane oglądowo i „całościowo”²⁷⁹. Typ jest bliższy rzeczywistości, jest bogatszy treściowo i nie jest, tak jak abstrakcyjne pojęcie, ostro przeciwstawiony temu, co oglądowe. Nie daje się jednak zdefiniować, lecz jedynie można go opisywać, „wyjaśnić”²⁸⁰. Nie określa w sposób ścisły zakresu stanów rzeczy, których jest typem. Brak w konkretnym stanie rzeczy któregoś z elementów, za pomocą którego opisywany jest typ, nie musi prowadzić do niezaliczenia tego stanu rzeczy do danego typu. Dlatego też niemożliwa jest prosta subsumcja jakiegoś przypadku pod określony typ, stan rzeczy może być jedynie przyporządkowany jakiemuś typowi²⁸¹. Typ różni się też istotnie od tego, co jednostkowe. O typowości można jedynie mówić tam, gdzie mamy do czynienia z porównywalnością²⁸².

Typ nie jest wprawdzie czymś niezmiennym, sztywnym, ale nie może być dowolnie konstruowany. W stosunku do stanowienia prawa jest czymś uprzednio danym. Zadaniem ustawodawcy jest właśnie opisywanie typów normatywnych. Powodzenie czy niepowodzenie tak ustawodawstwa, jak i znajdowania konkretnych rozstrzygnięć zależą, zdaniem Kaufmanna, od właściwego ujęcia typów. Typy mogą być opisywane jedynie przy pomocy pojęć, które zawsze są ogólne. Choć opis taki nie będzie nigdy precyzyjny, to jednak pojęcia są niezbędne i pełnią ważną rolę przy formułowaniu prawa, dają mu formę i zapewniają pewność (bezpieczeństwo) prawa²⁸³. Ustawodawca może zrezygnować z opisu typu zadawalając się jego nazwaniem i przyporządkowując karę. Wiąże się to jednak z zagrożeniem pewności prawa i z możliwością jego nadużycia. Z drugiej strony, ustawodawca może próbować

²⁷⁹ Tamże, s. 48. Na określenie typu używa Kaufmann takich terminów jak: „Ordnungsbegriff”, „Funktionsbegriff”, „Sinnebegriff”, dla podkreślenia specyficznego rozumienia słowa „Begriff” stosuje cudzysłów. Por. **Lazari-Pawłowska**: *O pojęciu typologicznym w humanistyce* (a).

²⁸⁰ **Kaufmann**: *Analogie...* (1982/1965k), s. 47.

²⁸¹ Tamże, s. 48.

²⁸² Tamże.

²⁸³ Por. tamże, s. 49.

możliwie precyzyjnie określić stan faktyczny podlegający karze, gwarantując w ten sposób pewność prawa, ale może prowadzić to do niezyciowych rozwiązań. Trzecią możliwością, za którą opowiada się Kaufmann jako za najbardziej zgodną z analogiczną strukturą prawa, jest przyjęcie „metody egzemplifikującej”, która polega na opisanu jakiegoś przykładu danego typu i zaleceniu znajdowania prawa w oparciu o analogię²⁸⁴. W procesie urzeczywistniania prawa mamy do czynienia „z ciągłym to zamykaniem, to znów otwieraniem pojęć prawnych”²⁸⁵. Ustawodawca stara się możliwie precyzyjnie ująć za pomocą pojęć typowe warunki życia. Jednak niekiedy, aby móc oddać sprawiedliwość konkretnej rzeczywistości, przy podejmowaniu rozstrzygnięć pojęcia te trzeba, zdaniem Kaufmanna, niejako „rozerwać”. Znajduje to potem odzwierciedlenie w komentarzach, które owe modyfikacje znowu starają się ująć jednoznacznymi pojęciami, co z kolei znajduje wyraz w „skorygowanych” definicjach. Te zmodyfikowane definicje w konfrontacji z różnorodnością życia muszą po pewnym czasie ustąpić nowym²⁸⁶. Dla zapewnienia sprawiedliwego rozstrzygnięcia niezbędne są zarówno pojęcia, jak i typy. Trawestując Kanta Kaufmann pisze: „Pojęcia bez typów są puste; typy bez pojęć są ślepe”²⁸⁷. Kaufmann konkluduje, że uznanie zasady *nullum crimen sine lege* nie może pociągać za sobą zakazu analogii, gdyż zakaz taki zakłada, że w stanie faktycznym normy (hipotezie) przestępstwo można w sposób domknięty zdefiniować za pomocą jednoznacznych pojęć. Uznanie zasady *nullum crimen sine lege* wymaga raczej, aby typ podlegającego karze działania był ustalony w formalnej ustawie, tzn. musi być opisany w sposób mniej lub bardziej pełny. Typ też określa granice stosowania analogii w prawie karnym²⁸⁸.

b. Spór o uniwersalia

Istotnym problemem, zwłaszcza dla zagadnienia przewyciężenia pozytywizmu prawnego, jest problem sposobu istnienia typu i „natury

²⁸⁴ Tamże, s. 50.

²⁸⁵ Tamże.

²⁸⁶ Tamże, s. 52. Przykładem przytoczonym przez Kaufmanna jest ewolucja wielokrotnie zmienianej w niemieckim prawie karnym definicji pojęcia „Gewahrsam”, które odnosi się do typu, jakim jest sfera spokoju przysługująca osobie.

²⁸⁷ Tamże, s. 51.

²⁸⁸ Tamże, s. 52.

rzeczy". Przede wszystkim chodzi o to, czy w przypadku ich ustalania można mówić o poznawaniu, czy też jest to sprawa subiektywnego mniemania. Zdaniem Kaufmanna dochodzi tu do głosu tradycyjny spór o uniwersalia²⁸⁹. Problem uniwersaliów to „problem stosunku tego, co ogólne do tego, co szczegółowe, i ściśle z nim związany problem stosunku powinności do bytu”²⁹⁰. Ogólne zasady prawne i normy są tym, co ogólne, warunki życia — tym, co szczegółowe. Przedstawiając problem, Kaufmann nawiązuje do dokonanej przez Kanta krytyki metafizyki racjonalistycznej²⁹¹. Racjonalizm zmierzał do jednoznacznego poznania istoty bytów („*clare et distincte*”). Nauka miałaby posługiwać się pojęciami jednoznacznymi, które jednoznacznie orzekałyby o rzeczywistości, a poprzez quasi matematyczne „rachowanie” takimi pojęciami („*more geometrico*”) można by było uzyskiwać nową wiedzę o realnym świecie. Pojęciom tym miałyby odpowiadać realna rzeczywistość. Kaufmann uważa, że niewątpliwą zasługą Kanta było wykazanie niemożliwości jednoznacznego, na wzór matematyki i czystego przyrodoznawstwa, poznawania istoty bytów realnych, a przez to i nietrafności metafizyki racjonalizmu. Krytyka dokonana przez Kanta nie uderza, zdaniem Kaufmanna, w metafizykę klasyczną, która również odrzuca możliwość takiego typu poznania rzeczywistości. Kant przyjmował istnienie rzeczy samych w sobie i uznawał możliwość ujęcia istoty rzeczy właśnie na drodze analogii z tym, że nie nazywał tego poznaniem. Jeśli Kant nie uznaje metafizyki jako nauki, to wiąże się to przede wszystkim z zawężoną koncepcją nauki, a nie z koncepcją poznania²⁹². Po Kancie za rzeczywiste uznano jedynie poszczególne przedmioty, zanegowano natomiast realność istoty rzeczy i tego, co będąc ogólne, jest podstawą podobieństwa między poszczególnymi przedmiotami. Zdaniem Kaufmanna tak pojęty nominalizm prowadzi do poglądu, że w ogóle nie jest możliwe poznanie rzeczywistości, a to, co nazywamy poznaniem jest w gruncie rzeczy jedynie arbitralnym wyobrażeniem, fikcją, która z jakiś względów jest użyteczna²⁹³.

²⁸⁹ Na ten temat przede wszystkim tamże, s. 55 nn.; por. tenże: *Das Schuldprinzip* (1976/1961k), s. 93 nn., *Vorüberlegungen...*, s. 271 n.

²⁹⁰ Tenże: *Analogie...* (1982/1965k), s. 55.

²⁹¹ Tamże; por. tenże: *Das Schuldprinzip* (1976/1961k), s. 56 nn.

²⁹² Por. tenże: *Analogie...* (1982/1965k), s. 23.

²⁹³ Tamże, s. 24, jako typowy przykład wskazuje Kaufmann fikcjonalizm Vaihingera.

Omawiane zagadnienie ilustruje Kaufmann przedstawiając spór o istotę i sposób istnienia tzw. osoby prawnej²⁹⁴. Osoba prawna jest czymś, co w prawie określa się mianem fikcji prawnej. Fikcja prawna, przy rozstrzygnięciu określonej grupy przypadków, odsyła, w imię ekonomiki prawa i dla uniknięcia powtórzeń, do innego przypadku, którego następstwa prawne zostały już określone²⁹⁵. Jakie są jednak podstawy tego typu konstrukcji? Niekiedy, zgodnie z koncepcją racjonalistyczną, osoba prawna bywa traktowana jako osoba zbiorowa będąca, tak jak człowiek, bytem substancjalnym i posiadająca cechy osoby ludzkiej²⁹⁶. Konsekwentnie trzeba by uznać, że osoba prawna, w takim samym znaczeniu jak osoba naturalna, zdolna jest do świadomego postępowania, dokonywania przestępstw, posiada godność itd. Stanowisko takie nazywa Kaufmann „ontologizmem racjonalistycznym”²⁹⁷. Przeciwstawne stanowisko traktuje osobę prawną jedynie jako czystą fikcję, wymyśloną konstrukcję, której nie przysługuje żadna realność²⁹⁸. Jednak przyjęcie takiej koncepcji nie pozwala, zdaniem Kaufmanna, na określenie istoty osoby prawnej w oparciu o jakieś kryteria rzeczowe.

Jak to się ma do tradycyjnego sporu o uniwersalia? Nominalizm zaprzecza realnemu istnieniu tego, co ogólne: to, co ogólne „istnieje” jedynie *post rem*, jako pojęcie, pomyślana idea lub jedynie jako nazwa. Podobieństwo, typowość, „natura rzeczy” nie byłyby niczym więcej jak tylko wytworem ludzkiego umysłu. „Naturę rzeczy” trzeba by uznać za wynik samej aktywności podmiotu kwalifikującego normatywnie fakty i nadającego im coraz to nowy sens²⁹⁹. W związku z tym sens nie byłby czymś, co jest dane, ale byłby jedynie **przypisywany** faktom; to, co normatywne byłoby czysto subiektywne³⁰⁰. W takim przypadku nie ma właściwie poznania prawa, a to, co nazywne jest „poznaniem prawa” byłoby wytworem samego poznającego³⁰¹. „Z ściśle nominalistycznego punktu widzenia, poznanie jest w ogóle niemożliwe: to, co w sensie absolutnym jednostkowe, nie zawierające w sobie nic ogólnego, jest >ineffabile<”³⁰².

²⁹⁴ Tamże, s. 25 nn.

²⁹⁵ Por. *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, t. II, s. 415.

²⁹⁶ Tak na przykład Otton von Gierke, por. Kaufmann: *Analogie...* (1982/1965k), s. 25.

²⁹⁷ Tamże.

²⁹⁸ Tak zdaniem Kaufmanna np. Savigny i Windscheid, tamże.

²⁹⁹ Tamże, s. 55.

³⁰⁰ Tamże.

³⁰¹ Tamże, s. 56.

³⁰² Tamże.

Przeciwstawny do nominalizmu skrajny realizm głosi, że to, co ogólne — istota, istnieje realnie i substancjalnie *ante rem*. Stanowiska tego nie potwierdza doświadczenie. W naszym świecie są tylko poszczególne, jednostkowe byty; ogół jako taki nie występuje. „Nie dysponujemy bezpośrednim, adekwatnym, jednoznacznym poznanie ogółu, istoty, rzeczy w sobie, wartości”³⁰³.

Kaufmann proponuje rozwiązanie oparte na jego koncepcji analogii i określa je nawiązując do umiarkowanego realizmu (umiarkowanego idealizmu). „Ogół ani nie istnieje *ante rem*, ani nie jest obecny jedynie *post rem*, ale jest *in re*, jako noszona przez realne jednostki istota, urzeczywistniona analogicznie w różnych bytach”³⁰⁴. Zdaniem Kaufmanna tak samo urzeczywistnia się w poszczególnych bytach to, co normatywne. Ani typ, ani „natura rzeczy” nie istnieją same w sobie. „Natura rzeczy” jest „zachodzącą w rzeczywistości relacją między bytem i powinnością, między warunkami życia i jakością normatywną”³⁰⁵. Kaufmann argumentuje, że ponieważ wartość urzeczywistnia się analogicznie w bycie, zatem we wnioskowaniu z „natury rzeczy” mamy do czynienia z autentycznym poznanie, a nie ze stanowienie podmiotu³⁰⁶. Przy takim ujęciu istota fikcji polega na tym, że to, co różne, zrównuje się ze względu na jakiś istotny punkt widzenia — fikcja jest zrównaniem różnorodnych warunków życia ze względu na ich określony stosunek do pewnych norm³⁰⁷. Koncepcja analogicznego pojmowania osoby prawnej pozwala traktować osobę prawną jako coś realnego — nie jest dowolna relacja pewnych warunków życia do określonego zespołu norm. Tylko ze względu na te normy można mówić o osobie prawnej.

Ponieważ relacja warunków życia do kwalifikacji normatywnej nie jest dowolna, stąd też tworzenie tego, co nazywane tu jest fikcją (i w ogóle wprowadzanie nowych pojęć) nie jest dowolne. Oparcie kon-

³⁰³ Tamże.

³⁰⁴ Tamże.

³⁰⁵ Tamże, s. 56 n.

³⁰⁶ Pamiętać jednak trzeba, że o „bycie” i o „rzeczywistości” świadczy „niedyspocyjność” skonstruowanych sensów. Kaufmann wychodząc od struktury poznania, a dokładniej: ze struktury pojęć, wnioskuje o strukturze rzeczywistości. Skrajny realizm wiązał się z uznaniem jednoznacznych pojęć jako istotnych w procesie poznania i pojęciom tym miały odpowiadać „byt” o jednoznacznie, ogólnie określonej treści. Kaufmann podstawową funkcję w poznaniu przypisuje pojęciom analogicznym (specyficznym pojmowanym) i na podstawie ich struktury wnioskuje o strukturze rzeczywistości pozapojęciowej.

³⁰⁷ Tamże, s. 26.

cepcji fikcji prawnej o analogię pozwala uniknąć zagrożeń związanych z niedostrzeganiem istotnych różnic między osobą prawną, a osobą ludzką³⁰⁸. Występująca różnica jest niemniej ważna niż podobieństwo — określone stany faktyczne traktuje się jako równe jedynie pod pewnym względem (w przypadku prawa jedynie ze względu na relację do pewnych norm)³⁰⁹.

Koncepcja „natury rzeczy” umieszczona przez Kaufmanna w kontekście sporu o uniwersalia domaga się komentarza. Po pierwsze, trudno na gruncie jego teorii uznać za przekonującą argumentację na rzecz odrzucenia skrajnego realizmu, w której odwołuje się on, jako na rozstrzygające, na potoczne doświadczenie niewystępowania w świecie ogółów samych w sobie. Można bowiem zasadnie pytać jak istnieją zastane przesady (przed-sady), jak istnieją sensy — jedności treści, które wchodząc w proces rozumienia (sprowadzania do odpowiedniości) ulegają, co prawda, modyfikacji, ale w decydującej mierze determinują wynik owego procesu. Są one wobec niego uprzednie. Pierwotnie dana w procesie jest relacja konkretnego do ogólnych norm, pojęć, które są również „niedysponowalne”. Konsekwentnie należałoby uznać, że to, co normatywne istnieje także *ante rem*. Wówczas pojawia się problem bytowego ugruntowania tego, co ogólne i podstaw obowiązywania oddzielnego od konkretnego ogółu. Nawet jeśli uznać za poprawną odpowiedź, którą daje teoria na pytanie jak dochodzi do powiązania bytu i powinności, to trudno znaleźć zadowalającą odpowiedź na pytanie: **dlaczego** do niego dochodzi, dlaczego to, co powinno jest powinno?

Uwaga druga, Kaufmann uznaje „naturę rzeczy” za „*uniwersale in re*, coś powinno w bycie”³¹⁰. Trzeba tu jednak pamiętać o teoretycznym kontekście tego stwierdzenia. To, co jest dane to pewien proces myślowy i na jego podstawie wnioskuje się o rzeczywistości. Proces urzeczywistniania prawa, i będący jego podstawą proces sprowadzania

³⁰⁸ Tamże, s. 32.

³⁰⁹ Por. tamże, s. 25 n. Kaufmann przytacza jeszcze szereg przykładów tego typu analogii stosowanych w niemieckim prawie cywilnym i karnym, na przykład dziecko pozamajążeńskie traktowane jest w świetle prawa rodzinnego jako niespokrewnione z ojcem. Oznacza to, że pod względem stosunków określanych przez prawo rodzinne, i tylko pod tym względem, dziecko takie zrównane jest z innymi niespokrewnionymi z ojcem osobami. Na tak rozumianej analogii oparta jest, zdaniem Kaufmanna, również metoda polegająca na wskazaniu „szczególnie ciężkich przypadków” jakiegoś przestępstwa i powierzenie sędziemu zadania karania w podobny sposób przypadków danego rodzaju, czyli przypadków analogicznych, por. tamże, s. 26, 28.

³¹⁰ Tamże, s. 44.

do odpowiedniości norm i konkretnych warunków życia, jest mającym strukturę analogii procesem hermeneutycznym. O konkretnych warunkach życia wchodzących w ten proces można tylko mówić jako o pewnym sensie, określonym układzie treści, który jest pewnym projektem rozumienia. Podobnie norma może wejść w proces urzeczywistniania prawa jako projekt rozumienia tekstu prawnego. Proces hermeneutyczny, prowadzący do sprowadzenia do odpowiedniości norm i warunków życia, ze swej istoty jest procesem, w którym przemianie, „obróbce” podlegają sensy (projekty sensów). Projekty rozumienia norm i warunków życia podlegają interpretacji, której celem jest wypracowanie jednego „wspólnego” sensu. Ponieważ ustalenie tego sensu jest niedowolne i intersubiektywnie kontrolowalne (w takim znaczeniu, że inne podmioty dojdą do podobnego rezultatu), zatem, zgodnie z przyjmowaną przez Kaufmanna koncepcją prawdy, powtarzalnemu zespolowi treści odpowiada byt. Z systemowego punktu widzenia „natura rzeczy” jest rezultatem konstrukcji, której zasadą jest jedność rozumienia sensów („nienormatywnych” i „normatywnych”), a nie transcendentna wobec układów sensów rzeczywistość. Sprowadzenie do odpowiedniości bytu i powinności — tego, co faktyczne, z tym, co normatywne — jest wynikiem pewnego procesu, który jest dziełem podmiotu. Poza tym procesem realne prawo (a jest nim właśnie odpowiedniość bytu i powinności) nie istnieje, stąd można też mówić o akcie twórczym³¹¹. Bytowa podstawa „natury rzeczy” jest w gruncie rzeczy korelatem skonstruowanego sensu. Podmiot urzeczywistniający prawo wprowadza moment subiektywny przede wszystkim w takim znaczeniu, że kontekst, w którym interpretuje normy, jest właśnie jego własnym i niepowtarzalnym. Jednak normy i kontekst wyznaczający sens (przede wszystkim przesady w znaczeniu hermeneutycznym) są czymś zastanym, czym dowolnie manipulować nie można, choć ów kontekst zmienia się wraz z każdym aktem podmiotu.

W teorii proponowanej przez Kaufmanna koncepcja „natury rzeczy” nie daje jeszcze podstaw do ostatecznego rozumienia niedowolności prawa, gdyż można pytać, co jest „materiałem” wyjściowym procesu i co jest podstawą regularności jego zachodzenia — współgranie tych dwóch elementów sprawia, że wynik procesu jest niedowolny. Pytanie o ostateczne, bytowe podstawy prawa jest pytaniem o ostateczne

³¹¹ Tamże, s. 57.

podstawy niedowolności, „niedyspozycyjności” prawa (wyniku procesu jego urzeczywistniania). Pojawia się pytanie o rzeczywistość, której dotyczy prawo i o podmiot urzeczywistniający prawo.

2. Koncepcja osoby

„Natura rzeczy” nie jest w koncepcji Kaufmanna ostateczną, bytową podstawą prawa. Najważniejsze pytanie pozostało jeszcze bez odpowiedzi. „Jeżeli ten cały układ stosunków, jakim jest prawo, nie ma się rozsypać — a to znaczy: jeśli nie ma być możliwe dowolne nazywanie go »prawem« — wówczas musi być jakiś bytowy fenomen, dowolnie nie dający się manipulować, konstytuujący tożsamość, który jest równocześnie obecny tak wewnątrz, jak i poza procesem urzeczywistniania prawa i który zabezpiecza proces **prawny**; fenomen, który sam musi mieć ze swej istoty charakter relacyjny i być procesualny i historyczny. Jest to pytanie o **bytowy charakter relacji** (...). Ostatecznie jest to pytanie o rzeczywistość”³¹². Jaka jest ostateczna podstawa tego, co nazywamy prawem? Co jest tą rzeczywistością, tym przedmiotem, ze względu na który prawo jest sprawiedliwe, słuszne?³¹³ Odpowiedź Kaufmanna jest następująca: tym poszukiwanym „może być tylko człowiek, ale nie człowiek empiryczny, ale człowiek jako **osoba**”, tzn. jako „zespół relacji, w których człowiek znajduje się do innych ludzi lub do rzeczy”³¹⁴. To czego dotyczy konkretne prawo, „*ipsa res iusta*”, to „konkretny osobowy stosunek między ludźmi i rzeczami”³¹⁵. Podstawą legitymizacji prawa, tym, co decyduje o jego sprawiedliwości, jest przyznawanie każdemu tego, co mu się jako osobie należy³¹⁶. Te zgodne z tradycyjnym pojmowaniem sprawiedliwości stwierdzenia nabierają w teorii Kaufmanna swoistego znaczenia. Osoba jest tym pośrednikiem, w którym to, co istotnie różne — norma i stan rzeczy, sprowadzane jest do odpowiedniości. Osoba jako tak rozumiany pod-

³¹² Tenze: *Vorüberlegungen...* (1986), s. 270.

³¹³ Por. tenże: *Problemggeschichte...* (1989/1985), s. 139.

³¹⁴ Tamże, s. 140.

³¹⁵ Tenże: *Gedanken...* (1982), s. 547.

³¹⁶ Por. tenże: *Problemggeschichte...* (1989/1984), s. 140; *Vorüberlegungen...* (1986), s. 275.

miot jest właśnie tym, co dane, co stałe w procesie urzeczywistniania prawa. Z jednej strony jest „miejszem”, w którym dokonują się procesy urzeczywistniania prawa: osoba jest tym, co Kaufmann określa jako „»jak« (...) dyskursu normatywnego”³¹⁷, tym, co „poza” procesem określa procedurę³¹⁸. Ten aspekt osoby jest związany z momentem formalnym prawa. Z drugiej strony osoba determinuje treść prawa³¹⁹, jest „przedmiotem” prawa. Kaufmann określa ten aspekt jako „co” procesu urzeczywistniania prawa. Osoba to właśnie te relacje, które w procesie podlegają „obróbce”. Osoba, będąc jednocześnie „jak” i „co” procesu urzeczywistniania prawa, jest też, mówiąc innymi słowy, strukturalną jednością relacji i tego, między czym ta relacja zachodzi³²⁰. Osoba nie jest ani przedmiotem, ani podmiotem. Nie jest substancją. Prawo jest relacją bytu i powinności. To, co powinno związane jest z tym, co ogólne. To, co ogólne nie istnieje samo w sobie, nie jest realne³²¹. Stąd też „osoba jako taka” również nie jest realna³²². „Prawo nie obowiązuje nigdy dla pojedynczego człowieka, ale zawsze tylko dla »stosunku«, w jakim ludzie znajdują się między sobą i wobec rzeczy”³²³. Osoba istnieje tylko „pomędzy”. „Osoba jest *relacjonalna, dynamiczna, historyczna*. Osoba nie jest stanem, ale *wydarzeniem*, osoba jest aktem”³²⁴. Tak scharakteryzowana osoba jest, zdaniem Kaufmanna, podstawą do przewyciężenia trudności racjonalistycznych koncepcji prawa naturalnego, a równocześnie jest tym, co dane, co nie stoi do dowolnej dyspozycji i gwarantuje moment „niedyspozycyjności” prawa, a tym samym uniknięcie trudności klasycznego pozytywizmu.

Wskazanie na osobę, jako bytową podstawę prawa, jest wnioskiem zwieńczającym analizy Kaufmanna. Określa on swoją teorię jako „u-gruntowaną w osobie proceduralną teorię sprawiedliwości”³²⁵. „Idea prawa jest ideą osobowego człowieka — albo jest niczym”³²⁶.

³¹⁷ Tenze: *Problemggeschichte...* (1989/1984), s. 140.

³¹⁸ Por. tenze: *Vorüberlegungen...* (1986), s. 275.

³¹⁹ Por. tamże.

³²⁰ „Struktureinheit von Relatio und Relata”, tamże.

³²¹ Por. tamże, s. 272.

³²² „Ich gehe sogar soweit, daß ich »die Person als solche« nicht als real ansehe”, tamże.

³²³ Tamże s. 273.

³²⁴ Tamże, s. 274.

³²⁵ „eine personal fundierte Theorie der Gerechtigkeit”, tenze: *Problemggeschichte...* (1989/1985), s. 141.

³²⁶ Tenze: *Vorüberlegungen...* (1986), s. 276; *Problemggeschichte...* (1989/1985), s. 141; por. tenze: *Kann die Natur...* (1987), 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”.

Osoba uznana za podstawę prawa jest rzeczywistością postulowaną w analizach procesu urzeczywistniania prawa, jest warunkiem możliwości tego procesu (z jednej strony zapewniającym jego jedność, z drugiej — gwarantującym momenty niedowolności stwierdzone w tym procesie). Byt, jakim jest osoba, jest w omawianej teorii tożsamy z prawem. Nie może być ona niczym ponad to, co dane w prawie, czego prawo dotyczy, o czym traktuje. Nadanie zespołowi relacji miana osoby trzeba uznać za zabieg arbitralny. Kaufmanna pojęcie osoby niewiele ma wspólnego z tradycyjnym pojmowaniem osoby jako jednostkowej substancji natury rozumnej³²⁷. Kaufmann odrzuca substancjalność i jednostkowość. Jeśli osoba jako zespół relacji jest podstawą prawa, to pojawić się muszą trudności wynikające z pierwszeństwa przed konkretnym człowiekiem tego, co ponadjednostkowe³²⁸. Trudno w takiej teorii wskazać ostateczne podstawy odrzucenia systemów prawnych typu totalitarnego. To prawo określa cele właściwe człowiekowi jako osobie. Cele realizujące dany byt są pochodną istoty tego bytu³²⁹. Ustalenie tego co dobre dla osoby ludzkiej, co sprawiedliwe, co się należy osobie, może być w omawianej koncepcji oparte jedynie o zastany system norm i ich aplikacji do konkretnych sytuacji. Jeśli bycie osobą uzna się za istotę człowieczeństwa, to konsekwentnie trzeba by uznać, że szeroko rozumiane prawo określa istotę bytu ludzkiego. Istota człowieka byłaby funkcją prawa. Cel, który określają normy, nie jest określany bytem człowieka — podmiotu, lecz jest determinowany czymś „zewnętrznym” — zastanymi, zmieniającymi się w każdym momencie relacjami³³⁰.

Kaufmann nie wskazuje „niedyspozycyjnych”, bytowych podstaw w człowieku dla bycia osobą. „Człowiek nie jest »z natury« osobą. Osobami stają się ludzie przez to, że *uznają się nawzajem za osoby* (przez co równocześnie uznają prawo)”³³¹. O tym, kim jest osoba decy-

³²⁷ „Persona est rationalis naturae individua substantia”, jest to określenie Boecjusza z książki *De duobus naturis*.

³²⁸ Konkretny człowiek nie jest tu bytową podstawą dla uznania podstawowych cech decydujących o jego transcendencji wobec społeczeństwa: godności, zupełności i podmiotowości prawa, w tradycyjnym rozumieniu tych słów, por. **Krapiec**: *Człowiek i prawo naturalne*, s. 151 nn.

³²⁹ Wydaje się, że godzi się na to również Kaufmann stwierdzając, iż człowiek realizuje się poprzez swoje dzieła, por. **Kaufmann**: *Recht und Sittlichkeit aus rechtsphilosophischer Sicht* (1982), s. 57.

³³⁰ Nie byłoby w bycie człowieka podstaw jego godności będącej podstawą zakazu traktowania człowieka wyłącznie jako środka, por. **Krapiec**: *Człowiek i prawo naturalne*, s. 152 n.

³³¹ **Kaufmann**: *Vorüberlegungen...* (1986), s. 274 n.

dują w gruncie rzeczy relacje prawne, których treść nie stoi do dyspozycji człowieka³³². Ludzie wchodzą w te relacje poprzez wzajemne uznanie się jako osoby, uznanie prawa³³³. Nie ma zatem systemowych podstaw zabezpieczających przed uznaniem, że to prawo określa dopiero, kto z ludzi jest osobą.

Człowiek jako osoba jest podmiotem prawa o tyle, że urzeczywistniając prawo „obrabia” zastane sensory, zależnie od ich aktualnej konfiguracji³³⁴. Ponadto trzeba pamiętać, że w teorii Kaufmanna człowiekowi przysługują realnie prawa dopiero wtedy, gdy zostanie on uznany za osobę i sam uzna innych za osoby³³⁵. Pojawia się tu też pytanie, czy można u Kaufmanna powiedzieć, że człowiek jest osobą. Uznanie tego ostatniego prowadziłoby do twierdzenia, że człowiek nie jest substancją, i do paradoksu, że ludzie istnieją relacyjnie — „pomiędzy” sobą. Bycie osobą jest w tej teorii jedynie relacyjną właściwością bytu ludzkiego.

Warto też zwrócić uwagę na konsekwencje uznania osoby za fenomen bytowy jednoczący całość prawa. „Prawo jest układem stosunków, które wszystkie od siebie na wzajem zależą i wzajemnie się warunkują”³³⁶. Osoba to układ relacji. Stąd osoba, która ma być ontyczną podstawą prawa, istniejąc „pomiędzy”, musi zawierać w sobie całość, wszystkie relacje. Będąc też owym „jak” procesu urzeczywistniania prawa, jeśli ma gwarantować jego jedność, musi być wspólnym źródłem wszystkich procedur. Podmiotem prawa byłaby więc jedna osoba. Prawo tworząc osobę jako przedmiot i podmiot prawa, bytowo się usamodzielnia. Bytowo usamodzielniają się relacje i one określają byt „substancjalny” — konkretnego człowieka. Kaufmann nie wskazuje też ostatecznych podstaw rozumienia, skąd się bierze normatywny, zobowiązujący charakter sensów, wobec których staje i które konstruuje „empiryczny człowiek”. Pojawia się pytanie, dlaczego cele stawiane w prawie, mają być celami „empirycznego człowieka”? Dlaczego ów „empiryczny człowiek” ma być karany w imię tak pojętej osoby? Poja-

³³² Por. tamże, s. 273.

³³³ Por. tamże, s. 275.

³³⁴ Jest to zupełnie inne od tradycyjnego rozumienie podmiotowości prawa, por. Krapiec: *Człowiek i prawo naturalne*, s. 151 n.

³³⁵ Godziło wprost we wszystkie trzy tradycyjnie wymieniane cechy osoby odróżniające ją od społeczeństwa.

³³⁶ Kaufmann: *Vorüberlegungen...* (1986), s. 266.

wia się problem stosowalności wypracowanej teorii do rzeczywistości, której teorią pretenduje ona być — do rzeczywistości konkretnego człowieka stojącego wobec prawa.

3. Prawo a moralność

Koncepcja osoby znajduje dookreślenie przy podejmowaniu przez Kaufmanna zagadnienia moralności. Ujęcie moralności i jej relacji do prawa ma kapitalne znaczenie dla problematyki sprawiedliwości, gdyż łączy się z zagadnieniem oceniania słuszności prawa. Analizując poglądy Kaufmanna dotyczące relacji prawo — moralność, będę się starał dopełnić zarysowaną koncepcję podstaw rozumienia prawa i wyeksplikować dalsze jej konsekwencje.

a. Charakterystyka ogólna

Kaufmann pisze, że nie można podać definicji moralności, można ją jedynie na różne sposoby charakteryzować — przede wszystkim przez porównanie do dziedzin pokrewnych, zwłaszcza prawa³³⁷. Moralność określa on wstępnie jako „sposoby zachowania wspólne jakiemuś narodowi lub plemieniu, do których niedostosowanie się pociąga za sobą sankcję”³³⁸, lub jako pewnego typu reguły zachowania³³⁹. Takie określenie wskazuje na pokrewieństwo z dziedziną prawa orzekanego przez wymiar sprawiedliwości. Błędne są według niego tak stanowiska uznające całkowitą odrębność dziedzin prawa i moralności, jak i te koncepcje, które uznają ich tożsamość. Teorią pierwszego typu jest, jego zdaniem, klasyczny pozytywizm, drugiego — racjonalistyczna koncepcja prawa naturalnego³⁴⁰. Relację między prawem a moralnością charakteryzuje jako „polarną”, jako „relatywne przeciwieństwo i ścisły rzeczowy związek”³⁴¹. Jedność tych dziedzin ugruntowana jest w osobie:

³³⁷ Por. Kaufmann: *Moral* (1986), szp. 1219; por. Fuchs: *Glaube, Sittlichkeit, Recht*.

³³⁸ Kaufmann: *Recht und Ethik* (1986), s. 381.

³³⁹ Por. tamże.

³⁴⁰ Por. tenże: *Moral* (1987), szp. 1219 n.

³⁴¹ Tamże, szp. 1220.

„Jeśli relację prawa do moralności pojmujemy jako polarny (...) układ stosunków, wówczas powstaje pytanie o punkt odniesienia, z którego ten układ stosunków musi być określony. (...) Człowiek jako osobowa istota jest *tertium comparationis* relacji między prawem i moralnością”³⁴². Kaufmann ma tu na myśli stosunek między prawem „instytucjonalnym” a moralnością. Pamiętać jednak trzeba, że prawo „instytucjonalne” było dla niego jedynie punktem wyjścia dla rekonstrukcji struktury procesu urzeczywistniania prawa w ogóle. Czy rozstrzygnięcie podejmuje sędzia, czy konkretny człowiek, struktura procesu wiązania bytu i powinności się nie zmienia. Moralność również jest prawem, stąd wyniki uzyskane w analizie urzeczywistniania prawa „instytucjonalnego” zachowują w zasadzie swoją ważność, a w analizach moralności pełniej zarysowuje się uniwersalny wymiar tych wyników³⁴³.

Kaufmann odrzuca te koncepcje, które przeciwstawiają prawo moralności. Jego zdaniem nie jest trafne uzasadnianie tego przeciwstawienia odwołujące się do odmienności przedmiotu tych dziedzin: prawo — stosunki międzyludzkie, moralność — człowiek jako istota jednostkowa, osoba. To, co specyficznie osobowe charakteryzuje Kaufmann jako „zdolność do duchowej samoświadomości i do wynikającego z niej samoposiadania”³⁴⁴. Człowiek jest osobą, tzn. „jest istotą skierowaną ku samookreśleniu i samorealizacji”³⁴⁵. „Być osobą (...) oznacza zdolność i zadanie opowiadania się za samym sobą”³⁴⁶. Takie ujęcie osoby nie jest niezgodne z tym zarysowanym uprzednio w kontekście analizy prawa. Podkreślona jest tu nieodzowność człowieka w procesie urzeczywistniania prawa, jego rola jako „miejsca” samorozumienia i samorealizacji osoby. Nie ma tu jednak elementów pozwalających przewyciężyć wcześniej zarysowane trudności z powiązaniem istoty osoby, jako zespołu relacji, z konkretnym człowiekiem. Tym, co pierwsze pozostaje proces urzeczywistniania prawa i zespół relacji. Znajdowanie rozstrzygnięcia, pojmowane jako wypracowanie sensu pozwalającego na spójne rozumienie całości systemu, zakłada właśnie rozumienie całości prawa, czyli rozumienie osoby; słuszne rozstrzygnięcie wypra-

³⁴² Tenze: *Recht und Sittlichkeit...* (1982), s. 55 n.

³⁴³ Por. tenże: *Analogie...* (1982/1965k), s. 11.

³⁴⁴ Tenze: *Die ontologische Struktur der Handlung* (1966), s. 101.

³⁴⁵ Kaufmann: *Recht und Sittlichkeit...* (1982), s. 56 n.

³⁴⁶ Tamże, s. 57.

cowywane jest w oparciu o prawo — jest opowiedzeniem się za prawem jako systemem relacji, czyli opowiedzeniem się za osobą. To, co określa człowieka jako osobę jest poza nim. Akcent jest ciągle położony na system relacji, do którego człowiek się „podłącza”. Konkretny człowiek **może** się włączyć do systemu jako podmiot dokonujący procesów rozumienia i **może** być do niego włączony jako element relacji branych pod uwagę w tych procesach. Jego istota zdaje się być jednak określana przez „całość”. Kaufmann pisze: „Ponieważ człowiek z natury skierowany jest na (...) pełnię istoty, a jako jednostka może osiągnąć ten cel tylko w części, dlatego łączy się z innymi, aby w ten sposób osiągnąć zwiększoną pełnię swojego bytu”³⁴⁷. Istota konkretnego człowieka wydaje się tu być utożsamiana z istotą osoby wyznaczoną całością relacji prawnych. Mocno zarysowuje się tu problem nadrzędności zespołu społecznie ukonstytuowanych relacji przed istotą konkretnego człowieka i problem bytowych podstaw, zabezpieczających system prawa przed przekształceniem się w system zbrodniczy wobec jednostki.

Niczego nowego w tej sprawie nie wnosi stwierdzenie, iż osobowa samorealizacja człowieka we współzyciu z innymi możliwa jest jedynie wtedy, „gdy w jego historycznym byciu zostanie mu zapewnione to, co mu się należy”³⁴⁸. Zapewnienie tego jest właśnie podstawowym celem prawa. „Prawo skierowane jest więc na cel moralny. (...) Prawo może i musi (...) w takiej mierze stworzyć wolność zewnętrzną, aby mogła się rozwijać wewnętrzna wolność spełniania moralnej powinności”³⁴⁹. Postulat ten, jako nadrzędny, można i trzeba widzieć w kontekście warunków zachodzenia procesu urzeczywistniania prawa. Prawo istnieje bowiem tylko jako akt osoby, optymalizacja wolności jest optymalizacją warunków zachodzenia procesu urzeczywistniania prawa, brak wolności niszczy „jak” tego procesu. Stąd postulat zabezpieczania wolności aktów osobowych może być, spójnie z analizowaną teorią, interpretowany jako postulat, którego celem ostatecznym jest sam proces

³⁴⁷ Tamże, s. 57. Por. Kant: *Uzasadnienie metafizyki moralności*, 430, przeł. M. Wartenberg, s. 64: „co do (...) obowiązku względem samego siebie, to nie wystarcza, że czyn nie sprzeciwia się człowieczeństwu w naszej osobie, jako celowi samemu w sobie, lecz musi się także z nim zgadzać. W człowieczeństwie tkwią zadatki większej doskonałości, które należą do celu przyrody ze względu na podobieństwo w podmiocie, którym jesteśmy; zaniedbywanie ich zgadzałoby się może z biedą z utrzymaniem ludzkości jako celu samego w sobie, ale nie z krzewieniem tego celu”.

³⁴⁸ Kaufmann: *Recht und Ethik* (1986), s. 382.

³⁴⁹ Tamże, s. 383; por. tenże: *Recht und Sittlichkeit...* (1982), s. 58; „prawo może umożliwiać moralne wypełnienie powinności, i to też musi czynić”, tamże, s. 59.

ureczywistniania prawa jako całości, przede wszystkim realizacja prawa, a nie człowieka. Nie są też ukazane ontologiczne podstawy przyznania **każdemu** człowiekowi prawa do „osobowej realizacji”.

Analizując argumenty za przeciwstawieniem prawo — moralność, Kaufmann zwraca uwagę na przytaczane zwykle w argumentacji opozycje: nakaz — powinność, zewnętrzność — wewnętrzność i heteronomia — autonomia, i wskazuje, że nie stanowią one o istotnej różnicy między prawem i moralnością. Po pierwsze, niesłuszny jest jego zdaniem pogląd, jakoby prawo uzasadniało nakazy (Imperative), za którymi stoi przymus i sankcja, natomiast etyka — powinności³⁵⁰. „Również prawo jest tylko dlatego powinno, że u jego podstaw tkwi wartość; (...) ostatecznie, wiążąca moc etyki, tak samo, jak i prawa, może być ugruntowana jedynie w wartości, która wiąże sumienie”³⁵¹. Z drugiej zaś strony, sankcja nie jest obca moralności, np. wyrzuty sumienia i potępienie społeczne. Po drugie, istotnej różnicy nie można również upatrywać przyznając prawu kompetencje w zakresie tego, co zewnętrzne, natomiast moralności tego, co wewnętrzne. „Również w prawie duże znaczenie mają procesy wewnętrzne, takie jak wiedza, wola, zamiar, dobra wiara, pomyłka, zgoda, brak zgody; choć prawdą jest i to, że nigdy nie chodzi jedynie o działania wewnętrzne. Z drugiej zaś strony, nie jest jeszcze moralnym osiągnięciem sama »dobra wola«, »pobożne życzenie«, za którymi nie następuje czyn”³⁵².

Zdaniem Kaufmanna nietrafne jest również stanowisko upatrujące istotną różnicę między omawianymi tu dziedzinami w tym, że moralność miałaby być ugruntowana w autonomii, zaś prawo w heteronomii. Wynikiem heteronomicznego uzasadniania prawa nie może być autentyczna normatywna obowiązywalność, powinność. „Ze zwykłego faktu, jak nakaz albo konsens, nie wynika nigdy powinność”³⁵³. Tego, co normatywne nie można też oprzeć na autonomii pojętej w sposób skrajny. Jeśli człowiek sam tworzy zasady moralne i poza nim samym nie ma innego prawodawcy, wówczas nierozwiązywalny pozostaje pro-

³⁵⁰ Tamże, s. 385.

³⁵¹ Tamże, s. 385, por. tamże, s. 384. Stąd też zdania prawne nie są nakazami, ale normami: „Skoro prawo jest normą, nie może się zadowolić legalnością, gdyż norma domaga się moralności”, tamże, s. 385.

³⁵² Tamże. Kaufmann nie zagłębia się w strukturę czynu i przytoczone stwierdzenie jest upraszczające, trudno np. odmówić wartości moralnej związanej z już podjętą decyzją, której realizację uniemożliwiły niespodziewane okoliczności zewnętrzne.

³⁵³ Tamże, s. 383.

blem uogólniania³⁵⁴. Poszukując właściwego ujęcia autonomii, Kaufmann sięga do Kanta analiz woli powszechnie prawodawczej: „Wola (...) nie tylko podlega prawu, ale podlega mu tak, że należy ją uważać także za nadającą sobie samej prawa i właśnie dlatego dopiero podległą prawu (za którego twórcę sama może się uważać)”³⁵⁵. Autonomia oznacza udział w powszechnym prawodawstwie³⁵⁶. Ale Kaufmann zaraz podkreśla, że „autonomia, o której mówi Kant, nie przysługuje człowiekowi jako »fizycznej istocie zmysłowej«, ale jedynie »człowieczeństwu w nim«. Zatem dopiero tam, gdzie zostają zerwane granice indywidualności i dokonany jest przełom do ponadindywidualnej ogólności, pojawia się kantowska idea autonomii — a przez to zarazem godność i nienaruszalność ludzkiej osoby”³⁵⁷. Tak rozumiana autonomia dotyczy tak prawa „instytucjonalnego”, jak i prawa moralnego. To, co Kant określa tu mianem „człowieczeństwa”, Kaufmann określiłby zapewne mianem „osoby”. W innym kontekście powraca tu myśl, że coś ponadindywidualnego konstytuuje godność i nienaruszalność konkretnego człowieka.

Generalnie można powiedzieć, że Kaufmann nie wprowadza istotnych różnic strukturalnych pomiędzy prawem i moralnością. W analizach dotyczących moralności przyjmuje koncepcję osoby wypracowaną w ogólnej analizie prawa. Jediną znacznieszą różnicą między prawem „instytucjonalnym” a moralnością, o której omawiany autor wyraźnie mówi, jest to, że „prawo nie ma do czynienia z całym kompleksem wartości moralnych, ale tylko z jedną jedyną — ze sprawiedliwością, która wcale nie jest najwyższą z wartości podstawowych, a jest raczej najniższą, ale za to najbardziej elementarną i najbardziej znaczącą dla ludzkiego współżycia. Co może i musi być w każdym razie wymagane od wszystkich przez prawo (...), to mogą być tylko pewne proste czyny moralne, które dotyczą najkonieczniejszych warunków ludzkiego współżycia”³⁵⁸. Jak to rozumieć w kontekście całości teorii? Prawo „instytucjonalne” ma zapewnić to, co umożliwiałoby osobową samorealizację człowieka, zabezpieczyć wolność niezbędną dla procesu urzeczy-

³⁵⁴ Tamże. Znowu typowy dla Kaufmanna tok rozumowania: jak trzeba pomyśleć „rzeczywistość”, aby uniknąć określonych trudności epistemologicznych.

³⁵⁶ Kant: *Uzasadnienie...*, 431, przeł. M. Wartenberg, 65 n.; por. Kaufmann: *Recht und Ethik* (1986), s. 383.

³⁵⁶ Kaufmann: *Recht und Ethik* (1986), s. 384; por. Kant: *Uzasadnienie...*, 435.

³⁵⁷ Kaufmann: *Recht und Ethik* (1986), s. 383.

³⁵⁸ Kaufmann: *Recht und Sittlichkeit...* (1982), s. 62.

wistniania prawa w szerokim znaczeniu. Wskazywana przez Kaufmanna różnica nie jest też podstawą do przeciwstawiania dziedziny prawa moralności. W proces rozumienia prowadzący do rozstrzygnięcia w prawie „instytucjonalnym” wchodzi również relacje do norm (i ich aplikacji) spoza tego prawa. Pojawia się tu istotne zagadnienie ewentualnego konfliktu między rozstrzygnięciem na podstawie norm prawa „instytucjonalnego”, a rozstrzygnięciem na podstawie innych norm. Problem ten prowadzi do zagadnienia tzw. epikei i do problematyki prawa do sprzeciwu wobec władzy.

b. Epikeia. Prawo do sprzeciwu

Zagadnienie stosunku prawa do moralności oraz problem podstaw sprawiedliwości, związane z możliwością oceny słuszności prawa pozytywnego (stanowionego, zwyczajowego), niejako ogniskują się w zagadnieniu prawości, oraz prawa do sprzeciwu wobec władzy. Prawość (*επιείκεια*) pojmował Arystoteles jako korekturę sprawiedliwości pozytywnej, która konieczna jest ze względu na niemożliwość ujęcia w ogólnych normach zasad oceny wszystkich możliwych przypadków konkretnych. W ujęciu Arystotelesa, przez wzgląd na prawość, sprawiedliwe może się okazać postępowanie sprzeczne z literą prawa³⁵⁹. Jak to zagadnienie przedstawia się w analizowanej koncepcji? W Kaufmanna teorii prawa nie jest w żadnym przypadku możliwa ocena konkretnego stanu rzeczy bez ogólnych norm, które są pierwotną podstawą dla określenia słuszności lub niesłuszności. Rezygnując z norm zawartych w ustawach trzeba przyjąć inne normy³⁶⁰. Ich podstawą nie może być jego zdaniem indywidualny osąd, którego treść w aspekcie normatywnym pochodziłaby z poznawanego stanu rzeczy. Kaufmann mówi o tym bardzo wyraźnie, kiedy dyskutuje z tzw. szkołą wolnego orzecznictwa, głoszącą, że konkretna sytuacja niesie w sobie również i prawo, a ustawy są jedynie niezobowiązującymi zaleceniami dla sędziego. Polemizując z takim poglądem Kaufmann pisze: „»Wolne znajdowanie prawa przez sędziego« bez jakiejś normy ogólnej nie byłoby żadnym znajdowaniem **prawa**, ale aktem samowoli — przy

³⁵⁹ Por. Arystoteles: *Etyka Nikomachejska*, 1137b 12 n.; **Krapiec**: *Człowiek i prawo naturalne*, s. 241 n.

³⁶⁰ Por. **Kaufmann**: *Analogie...* (1982/1965k), s. 11.

czym nie można zaprzeczyć, że niekiedy akt samowoli może wypaść „sprawiedliwiej« niż orzeczenie osiągnięte w sposób metodyczny”³⁶¹. „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 wycucia sprawiedliwości i wycuciem prawa”³⁶². Można u Kaufmanna mówić o przekształcaniu sposobu rozumienia ustaw (norm) ze względu na konkretny przypadek. Każdy proces znajdowania prawa odnoszący ogólne ustawy do konkretnych sytuacji jest zawsze modyfikacją ustaw i przystosowaniem tego, co ogólne do konkretnych warunków życia. I w tym sensie można też mówić u Kaufmanna o prawości, jako dostosowywaniu ogólnie sformułowanych norm do konkretnych sytuacji. Nie ma jednak kryterium konkurencyjnego wobec prawa „instytucjonalnego”, które pozwałoby w imię sprawiedliwości odrzucić rozstrzygnięcie uzyskane przez interpretację norm stanowionych. „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 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”³⁶³. Znowu proces urzeczywistniania prawa ma pierwszeństwo przed jednostką.

W ciągłej modyfikacji sposobu rozumienia stanowionych norm prawnych upatruje też Kaufmann istotę funkcjonowania „prawa do sprzeciwu”. Miejsce na jego oddziaływanie widzi on w systemie funkcjonowania prawa w każdym „prawie sprawiedliwym społeczeństwie” (pełna sprawiedliwość jest nieosiągalnym ideałem — wypracowanie projektu rozumienia pociąga za sobą, w imię spójności, potrzebę kolejnego aktu „sprowadzania do odpowiedniości”). Wskazuje on, że tradycyjna nauka o prawie do sprzeciwu, jako „prawa do *cywilnej obrony* przed *zbrodniczą władzą zwierzchnią*, która sprawuje swoją władzę w ten sposób, że prowadzi to do fizycznego lub psychicznego za-

³⁶¹ Tamże, s. 43.

³⁶² Tenże: *Recht und Gesetz* (1962), s. 20 n.; por. tenże: *Recht und Sittlichkeit...*, (1982), s. 60.

³⁶³ Tamże.

grożenia narodu”³⁶⁴, nie daje się pogodzić z wynikami jego własnych analiz³⁶⁵. Zgodnie z „klasyczną” koncepcją, „jak długo porządek państwowy utrzymuje się jeszcze w granicach prawa, albo przynajmniej najbardziej elementarne zasady państwa prawa nie są całkowicie przekreślone, nie zachodzi jeszcze sytuacja szczególna, do której ograniczone powinno być prawo do sprzeciwu; bezpieczeństwo prawne musi mieć pierwszeństwo przed możliwymi niepokojami związanymi ze zwalczaniem bezprawia. Natomiast wtedy, gdy pozostałości państwa prawnego zostają odrzucone i umocni się panowanie przemocy, sprzeciw nie ma już sensu, gdyż nie ma perspektyw powodzenia (...), co więcej — jest niedozwolony, gdyż sprzeciw jest uprawomocniony tylko wówczas, gdy ma szanse powodzenia”³⁶⁶.

Gdzie zatem jest miejsce na prawo do sprzeciwu? Wskazuje on, że niebezpieczeństwo powstania systemu prawa perwersyjnego zaczyna się tam, „gdzie prawo i państwo prawa traktuje się jako pewien stan, (...) jako osiągnięty cel, na którym można poprzestać. Konsekwencją takiego sposobu myślenia jest z konieczności skostnienie (...), a przez to i alienacja prawa, gdyż tylko wtedy prawo pozostaje prawem, kiedy żyje, tzn. nieustannie jest formowane i kształtowane. Żywe zaś jest jedynie to, co niegotowe, procesualne”³⁶⁷. Prawo do sprzeciwu powinno być pojmowane jako strukturalny moment prawa gwarantujący jego modyfikację, gwarantujący nieprzerwaną, ewolucyjną zmianę prawa³⁶⁸.

Skoro prawo to odpowiedniość bytu i powinności osiągnięta przez uzgodnienie w jednym sensie — „naturze rzeczy” sensów normatywnych i opisowych, i skoro prawo jest układem obejmującym relacje między wszystkimi sensami, to każdy akt urzeczywistniania prawa jest próbą wytworzenia sensu spójnego ze wszystkimi innymi elementami systemu, jakim jest prawo. Modyfikacja dokonuje się ze względu na

³⁶⁴ Tenże: *Das Widerstandsrecht in Geschichte und Grundgesetz* (1986), s. 62.

³⁶⁵ Por. tamże.

³⁶⁶ Tamże. Kaufmann wielokrotnie przytacza w swych pracach, jako dobrze charakteryzujące jego koncepcję, słowa Ericha Kästnera wygłoszone przez niego na posiedzeniu PEN-Klubu w 1953 r. w 25 rocznicę publicznego spalenia książek przez faszystów: „Zdarzeniom lat 1933-1945 można było zapobiec najpóźniej do 1928 roku. 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”, cyt. za Kaufmann: *Das Widerstandsrecht der Kleinen Münze* (1981), s. 93.

³⁶⁷ Kaufmann: *Das Widerstandsrecht in Geschichte...* (1986), s. 65.

³⁶⁸ Stąd ulubione przez Kaufmanna określenie praw sprzeciwu jako *das Widerstandsrecht der kleinen Münze*, por. np. tytuł: *Das Widerstandsrecht der kleinen Münze* (1981).

spójność rozumienia pojawiających się projektów rozumienia (sensów). „Byt” jest wtórny wobec konstruowanych sensów, jest ich korelatem. Bezpieczeństwo prawne odgrywa w takiej perspektywie pierwszorzędą rolę. Wystąpienie przeciwko bezpieczeństwu prawnemu jest u Kaufmanna równoznaczne z negacją prawa w ogóle (również prawa moralnego), gdyż zanegowanie bezpieczeństwa jest równocześnie pozbawieniem podstaw zachodzenia procesu urzeczywistniania prawa. Brak by wówczas było punktu odniesienia gwarantującego możliwość spójnego interpretowania sensów normatywnych i nienormatywnych, brak by było podstaw ich jedności. Stojące, zdaniem Kaufmanna, u podstaw sprawiedliwości bezpieczeństwo prawne nie pozwala kwestionować obowiązujących norm. Również wtedy, gdy obowiązujące normy oparte są na sile, która zdolna była je wprowadzić i egzekwować — nie ma bowiem podstaw, by je kwestionować, jeśli sprzeciw nie ma szans powodzenia. To właśnie siła wydaje się ostatecznie określać, który z nie dających się pogodzić systemów normatywnych jest prawem, a który nie. Prawomocny jest taki sprzeciw, który prowadzi do sukcesu, a zatem wtedy, gdy ten system, przeciwko któremu się występuje, jest słabszy. Takie postawienie sprawy niesie też inne konsekwencje, które trudno pogodzić z uznanym do wyjaśnienia faktem ustawowego bezprawia. Właściwie żadne wprowadzanie prawa siłą nie jest wystąpieniem przeciw obowiązującemu prawu, ale jest realizacją prawa. W momencie wkroczenia nowej siły niosącej system prawny, poprzednie ustawy przestają być ustawami, a prawo znajdujące na ich podstawie przestaje być prawem, nie można zatem w zasadzie nigdy mówić o aktualnym systemie jako niesprawiedliwym. O niesprawiedliwości można jedynie mówić z punktu widzenia nowego systemu, z tym, że „niesprawiedliwy” znaczy właściwie tylko tyle, że poprzedni system nie dawał się spójnie połączyć z nowym. Jednak u podstaw obowiązywalności ostatecznie stoi siła potwierdzająca różnice i wyłączająca z procesu urzeczywistniania prawa określone normy i ich interpretacje. Nie widać też możliwości pogodzenia tych konsekwencji omawianej teorii ze stwierdzeniem, że źródłem obowiązywalności prawa nie może być faktyczność.

Poza tym warto zauważyć, że z punktu widzenia podstaw omawianej teorii nie istnieją racje upoważniające do radykalnego zakwestionowania ważności jakiegokolwiek ustawy. Jej treść mogłaby być zakwestiono-

wana jedynie w imię spójności systemu prawnego³⁶⁹. Wiadomo jednak, że zgodność zachodzi zawsze jedynie w pewnym aspekcie i jest związana z określoną interpretacją, zmieniającą się w każdym nowym procesie rozumienia. Każda nowa norma staje się równoprawną częścią systemu norm. Dyskusyjna może być jedynie interpretacja norm i ich stosowalność do danych warunków życia (możliwych lub konkretnych) — dotyczy to jednak wszystkich norm bez wyjątku. To, co jest zasadą znalezienia sprawiedliwego prawa, to spójna interpretacja. Nową normę trzeba zinterpretować w świetle innych, ale i te domagają się reinterpretacji ze względu na nową. Nie ma zatem podstaw do uznania jakiegokolwiek ustawy za zbrodniczą lub niesprawiedliwą. Kategoria sprawiedliwości ma pełne zastosowanie jedynie w odniesieniu do konkretnego rozstrzygnięcia. Poprawna, a zatem i sprawiedliwa interpretacja (i aplikacja) to taka, która uwzględniając konkretne warunki życia tak modyfikuje rozumienie norm, że możliwe jest utworzenie jednego sensu, w którym „spotka” się to, co normatywne z tym, co faktyczne. Warunkiem wypracowania tego sensu jest znalezienie niesprzecznej interpretacji systemu norm³⁷⁰. Sprzeczność rozstrzygnięć uzasadnionych różnymi normami nie jest podstawą do zakwestionowania norm, lecz jedynie do zakwestionowania sposobu ich interpretacji (rozumienia). Niesprawiedliwe rozstrzygnięcie to jedynie takie, u którego podstaw tkwią jakieś uchybienia w procesie urzeczywistniania prawa.

³⁶⁹ Jedyne ograniczenie mogłoby dotyczyć norm sprzecznych z już obowiązującymi. Przy uznaniu jednak, iż kontekst determinuje znaczenie, konstrukcja normy całkowicie sprzecznej z którąś z dotychczasowych jest w zasadzie niemożliwa, gdyż niemożliwe jest wprowadzenie zdania o identycznym znaczeniu z którymkolwiek innym, a tym samym niemożliwe jest wprowadzenie sprzeczności.

³⁷⁰ „Wenn man eine Gesetzesnorm anwendet, wendet man das Gesamtgefüge aller Gesetzesnormen an”, tenże: *Vorüberlegungen...* (1986), s. 266. 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. *Gadamer: Wahrheit und Methode*, s. 286 ff.

Uwagi podsumowujące

Poszukiwanie podstaw tego co „niedyspozycyjne” w prawie, poszukiwanie ontologicznych podstaw prawa, wiodło Kaufmanna od rekonstrukcji procesu urzeczywistniania prawa, poprzez analizę zagadnienia analogiczności, do wskazania na osobę (specyficznie pojętą), jako na ostateczny, bytowy fundament prawa. Podstawowe pytanie, które kierowało tymi poszukiwaniami, można sformułować jako pytanie o warunki możliwości zachodzenia procesu urzeczywistniania prawa. Innymi słowy, o rzeczywistości tkwiącej u podstaw prawa wnioskuje Kaufmann kierując się pytaniem: jak należy pomyśleć rzeczywistość, aby możliwy był proces znajdowania prawa. Proponowana rekonstrukcja procesu jest oparta o analizę prawa „instytucjonalnego”, którego ujęcie staje się dla Kaufmanna paradygmatem pojmowania prawa w ogóle. Znajdowanie prawa jest w swej istocie procesem rozumienia zmierzającym do spójnej interpretacji zastanych treści normatywnych i faktycznych. Kaufmann przyjmuje konwergencyjną koncepcję prawdy (i poznania), zgodnie z którą niedyspozycyjność treści aktów poznanych wskazuje i określa byt. Analogiczna struktura prawa ufundowana jest na analogicznej strukturze procesu jego urzeczywistniania, procesu, który oparty jest na wnioskowaniu z analogii. Wnioskowanie to wskazuje na analogiczność języka, pojęć i bytu jako na warunki możliwości tego typu wnioskowania. Struktura poznania i treści aktów poznawczych wyznaczają strukturę swych bytowych podstaw. W takiej perspektywie pojawia się koncepcja „natury rzeczy” jako bytowej podstawy prawa, która jest pojmowana jako korelat sensu konstruowanego w procesie sprowadzenia do odpowiedniości normy i konkretnych warunków życia. Ostateczną, zdaniem Kaufmanna, ontologiczną pod-

stawą prawa jest osoba pojęta jako zespół relacji składających się na prawo jako całość. Osoba pojawia się w teorii jako warunek jedności procesu urzeczywistniania prawa i bytowy korelat treści obecnych w tym procesie.

Teoria wskazuje na strukturę urzeczywistniania prawa ujaśniając proces dostosowywania ogólnych norm prawnych do konkretnej sytuacji. Analiza wykazała, że propozycję omawianego autora trudno jednak uznać za zadowalającą odpowiedź na pytanie o bytowe podstawy prawa.

Teoria nie daje podstaw rozumienia fenomenu „ustawowego bezprawia”, którego wyjaśnienie było jednym z głównych celów Kaufmanna. Znajdujący prawo sprowadza do odpowiedniości konkretny przypadek z już **zastanymi** normami, dążąc do utworzenia sensu spójnego z rozumieniem innych rozstrzygnięć w ramach obowiązującego systemu. Uznanie realnego istnienia korelatu tego sensu — „natury rzeczy” nie jest wskazaniem niczego, co byłoby czymś niezależnym od systemu i procesów w nim zachodzących. Podstawą wypracowania rozstrzygnięcia jest już dany system norm i ich aplikacji oraz zasada niesprzeczności. Nie wskazuje zewnętrznej, wobec systemu obowiązującego prawa, podstawy sprawiedliwości podejmowanych rozstrzygnięć. Aby zapewnić możliwość spójnej interpretacji (i reinterpretacji związanej z kolejnymi rozstrzygnięciami), która jest warunkiem koniecznym, aby prawo w ogóle mogło istnieć, pierwszorzędną rolę trzeba przyznać bezpieczeństwu prawnemu, którego gwarantem jest prawo zinstytucjonalizowane. Okazuje się, że za obowiązujący trzeba zawsze uznać ten system, który przede wszystkim gwarantuje bezpieczeństwo prawne, a zatem siła stoi u podstaw obowiązywania danego prawa. Konsekwencja ta kłóci się w sposób oczywisty z intencjami twórcy teorii, który dążył do dowartościowania elementu treściowego. Koncepcja Kaufmanna nie dopuszcza możliwości zakwestionowania bezpieczeństwa prawnego, na co wyraźnie wskazuje sposób ujęcia przez omawianego autora prawa do sprzeciwu wobec władzy. Spójność interpretacji całości jako zasada znajdowania rozstrzygnięć, czy to przez ustawodawcę, czy przez sędziego, w dużej mierze gwarantuje ewolucyjność zmian i przewidywalność rozstrzygnięć. Teoria nie wskazuje jednak jakichkolwiek podstaw wyznaczających granice owym zmianom. W zasadzie każda formalnie ustanowiona norma staje się częścią systemu. Ograniczenia dotyczą jedynie jej interpretacji: musi ona być

tak rozumiana, aby całość była spójna. Każda norma nakazuje reinterpretację innych elementów systemu i jest równoprawną jego częścią; nie ma podstaw do kwestionowania wprowadzonej normy jako niesprawiedliwej (choć można oczywiście wysuwać zastrzeżenia co do jej przydatności, precyzyjności sformułowania itp.). Kwestionować można tylko rozstrzygnięcia.

Uznając ontologiczny fundament prawa — osobę za układ relacji tożsamy z całością relacji składających się na prawo, uznaje się tym samym za ostateczne źródło prawa pewną rzeczywistość ponadindywidualną. Rzeczywistość ta ma pierwszeństwo przed jednostką. Z ontologicznego punktu widzenia nie to, kim jest człowiek, decyduje, że dane prawo jest słuszne, ale to prawo jako system określa rozumienie człowieka. Urzeczywistnianie prawa w działaniu człowieka, jako urzeczywistnianie osoby jest urzeczywistnianiem jednej ponadindywidualnej istoty.

Kaufmann nie ugruntowuje tego, co normatywne w strukturze bytu ludzkiego. To, co normatywne jest pierwotną daną. W ogóle nie podejmuje on pytania, skąd w ogóle się bierze normatywność jako specyficzna właściwość pewnych treści. Jest to pytanie zasadniczej wagi dla rozumienia konkretnego człowieka stojącego wobec prawa, gdyż dopiero odpowiedź na nie pozwoli zrozumieć, dlaczego w ogóle coś powinienem. Relacja człowieka do konkretnego bytu jako dobra jest w analizowanej teorii wtórna wobec procesu urzeczywistniania prawa, którego wynik determinowany jest konfiguracją elementów **zastanych** przez człowieka. Nie zostały wskazane bytowe podstawy treści dobra określonego przez prawo jako treści, do których realizacji przyporządkowany jest konkretny człowiek. Jeśli bowiem nawet poznaje on treść powinną do realizacji, to dlaczego, w jakim celu ma on ją realizować? Podstawowe pytanie, jakie tu się pojawia, można sformułować następująco: dlaczego człowiek przyporządkowany jest do właściwego sobie dobra jako celu działania? Jeśli zatem uzna się, że prawo jest pierwotne wobec przyporządkowania konkretnego człowieka do bytu jako dobra, że przyporządkowanie to konstytuowane jest w procesie urzeczywistniania prawa, wówczas albo pojawi się trudność w uzasadnieniu, dlaczego obowiązuje ono konkretnego człowieka, albo trzeba uznać, że to, kim jest człowiek, determinowane jest przez nadrzędny wobec niego system. W tym ostatnim przypadku człowiek rozumiany być musi jako jedynie część całości, a wtedy brak podstaw zakazu

instrumentalnego traktowania człowieka i otwarta jest droga do wszelkich przejawów totalitaryzmu.

W jakim kierunku trzeba szukać możliwości przewyciężenia trudności? Przyjmując normy czy powinność za punkt wyjścia dla rozumienia dobra, bierzemy za przedmiot analiz nie byt, w którym uprzedmiotowane jest działanie, ale sam pośrednik, poprzez który dane jest dobro jedynie od strony treściowej. Wskazywana w takiej perspektywie bytowa podstawa powinności będzie zawsze korelatem pewnej treści, która przedmiotowo dana jest jedynie w świadomości (tak też jest w przypadku sensu zwanego przez Kaufmanna „naturą rzeczy”). Jeśli interpretowane normy (prawo) konstytuują dobro, będące celem działania, to tym samym determinują rozumienie natury bytu działającego, który w takiej perspektywie jest jedynie funkcją systemu prawa. Źródłem problemu wyjaśnienia obowiązywania prawa dla konkretnego człowieka można się dopatrywać właśnie w redukowaniu podstawy rozumienia dobra do ujmowanej w autorefleksji treści powinności. Redukcja ta jest konsekwencją przyjęcia przez Kaufmanna konwergencyjnej koncepcji prawdy, a przez to uznania zapośredniczonego w pojęciach, treściowego ujęcia rzeczywistości za podstawowe i jedyne, na którym może być oparta teoria bytu i prawa. Przy takim podejściu analogiczność prawa, pojęć i bytu jest warunkiem możliwości procesu przekształcania sensów, którego celem jest wypracowanie spójnej interpretacji całości prawa. Istnienie, jako moment konstytutywny bytu, jest warunkiem poznania, jest postulowane ze względu na możliwość jedności doświadczenia i poznawania.

Możliwe jest jednak i inne podejście do problemu rozumienia bytu i dobra. W poznaniu spontanicznym afirmujemy byt przede wszystkim nie jako pewną niesprzeczną, zdeterminowaną treść, ale jako coś **istniejącego**. Wraz z pewną treścią (daną za pośrednictwem pojęć) współdane jest też bezpośrednio istnienie bytu³⁷¹. Nie spójność treści, jak to ma miejsce w teoriach wychodzących od analizy procesów poznawczych, ale aktualizujący treść akt istnienia jest podstawą jedności bytu. Takie spojrzenie umożliwia też wyjście poza konwergencyjną koncepcję prawdy. Można także wskazać, że o przyporządkowaniu podmiotu działającego do dobra dowiadujemy się nie tylko poprzez

³⁷¹ Por. **Krapiec**: *Człowiek i prawo naturalne*, s. 106 nn.

ujęcie powinna treści. W spontanicznym poznaniu dane jest również przyporządkowanie podmiotu do bytu jako celu jego działania (działania w najszerszym tego słowa znaczeniu). Stwierdzenie, że coś jest dobrem, jest pierwotne wobec treściowej determinacji tego dobra. Poznawane dobro ma zawsze jakąś treść, nie ma jednak podstaw, aby koncepcję dobra opierać wyłącznie na treściowym, zapośredniczonym w pojęciach, poznaniu. Zwłaszcza w poznaniu samego siebie w kontekście swojego działania dostrzegalne jest koniecznościowe przyporządkowanie potencjalności bytu ludzkiego do aktualizującego go, współmiernego przedmiotu działania. Podstawową relacją jest relacja człowieka do dobra, a nie człowieka do prawa. Owo przyporządkowanie do dobra znajduje wyraz w każdym wydawanym przez nas sądzie praktycznym, determinującym co i jak należy w danym momencie czynić³⁷². Wyjaśniając tego rodzaju dane, można też znaleźć podstawy rozumienia prawa i jego analogiczności. Analogiczna jest właśnie transcendentálna relacja możności do aktu: konieczna relacja bytu ludzkiego do proporcjonalnego, aktualizującego go przedmiotu działania, przy czym relacja ta nigdy nie konkretyzuje się w identyczny sposób. Przyporządkowanie to można wyrazić zasadą *dobro należy czynić*. Zasada ta nie jest w takim ujęciu uogólnieniem szeregu norm treściowych, których przedmiot (to, co powinno do wykonania) określa wspólna nazwa „dobro”. Pojęcie dobra otrzymane przez uogólnianie norm treściowych jest w zasadzie puste, gdyż nie ma choćby bardzo ubogiej, wspólnej wszystkim normom treści. Natomiast w ujęciu alternatywnym zasada ta jest swoistym streszczeniem sądów, stwierdzających przyporządkowanie człowieka do dobra, które rozumiane jest jako byt będący celem działania. W takiej perspektywie problem przejścia od bytu do powinności w ogóle się nie pojawia. Treściowa determinacja powinności okazuje się jedynie wyrazem aspektowego ujęcia treści bytu jako przedmiotu działania. Podstawą relatywnej jedności normy i warunków życia nie jest spójna interpretacja prowadząca do konstrukcji „natury rzeczy”, lecz konieczne, bo oparte na potencjalności bytu ludzkiego, przyporządkowanie człowieka do działania realizującego jego możności.

Kaufmann, nie bez racji, wskazuje na doniosłą rolę, jaką odgrywają normy w ocenie konkretnej sytuacji, w poszukiwaniu (treściowym

³⁷² Por. Krapiec: *Człowiek i wartości*, s. 44 n.

doprecyzowywaniu) przez człowieka właściwego jemu dobra. Zrekonstruowana przez niego struktura procesu dochodzenia do określenia prawa dla konkretnej sytuacji w dużej mierze odpowiada procesom znajdowania rozstrzygnięć, mającym miejsce nie tylko w nauce prawa. Kaufmanna analizy procesu urzeczywistniania prawa ukazują złożoność struktury tych procesów i wskazują na istotne momenty pozwalające lepiej rozumieć prawo, nie mogą być jednak podstawą budowania filozoficznej teorii prawa i człowieka, pretendującej do wskazania ostatecznych, bytowych podstaw rozumienia prawa. Wyniki Kaufmanna mogą nabrać pełnej wartości dopiero w ogólniejszej perspektywie, obejmującej szersze doświadczenie w punkcie wyjścia.

Bibliografia

A. PRACE ARTHURA KAUFMANNA

W niniejszej bibliografii zmierzałem do wskazania wszystkich prac Arthura Kaufmanna, które ukazały się w języku niemieckim do 1989 roku włącznie, oraz do wskazania wszystkich miejsc publikacji danej pracy*. Bibliografia obejmuje też ważniejsze prace opublikowane później.

I. Książki

Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts. Zugleich ein Leitfaden durch die moderne Schuldlehre, Mainz **1949**, Krach; przejrzone wznowienie, Aalen 1985, Scientia.

Naturrecht und Geschichtlichkeit, Tübingen **1957**, Mohr (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, z. 197); w: Rechtsphilosophie im Wandel (1972); wyd. 2, zmienione, 1984, s. 1 nn.

Die eigenmächtige Heilbehandlung, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” **1961**, s. 341 nn.; Sonderdruck: Berlin 1961, Gruyter; w: Schuld und Strafe (1966), s. 193 nn.; wyd. 2, przejrzone, 1983, s. 165 nn.

Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, Heidelberg **1961**; wyd. 2, przejrzone i uzupełnione dodatkiem, Heidelberg 1976, Winters (Heidelberger rechtswissenschaftliche Abhandlungen, t. 9). Część opublikowana pt. Rechtspositivismus und Naturrecht in erkenntnistheoretischer Sicht (1972).

* Wyrazy podziękowania kieruję w tym miejscu do prof. Arthura Kaufmanna, którego życzliwa pomoc umożliwiła przygotowanie tej bibliografii.

- Gesetz und Recht*, w: Existenz und Ordnung. Festschrift für Erik Wolf zum 60. Geburtstag, wyd. T. Würtenberger, W. Maihofer i A. Hollerbach, Frankfurt am M. **1962**, Klostermann, s. 357 nn.; Saarbrücken 1966 (Saarbrücker Universitätsreden, z. 4); w: Rechtsphilosophie im Wandel (1972), s. 135 nn.; wyd. 2, zmienione, 1984, s. 131 nn.
- Recht und Sittlichkeit*, Tübingen **1964**, Mohr (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, z. 282/283); „Rivista Internazionale di Filosofia Politica e Sociale“ 1966, s. 46 nn., 211 nn., 361 nn.; w: Rechtsphilosophie im Wandel (1972), s. 219 nn.; wyd. 2, zmienione, 1984, s. 201 nn.
- Analogie und „Natur der Sache“*. *Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, Karlsruhe **1965**, Müller Jur. (Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe 1965/66), wyd. 2, poprawione i uzupełnione posłowiemi, Heidelberg 1982, Dekker & Müller (Heidelberger Forum, 12); w: Rechtsphilosophie im Wandel (1972), s. 272 nn.
- Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil*, współłaut.: J. Baumann i in., Tübingen **1966** (1969² t. 1), Mohr.
- Schuld und Strafe. Studien zur Strafrechtsdogmatik*, Köln **1966**; wyd. 2, przejrzone, 1983, Heymanns.
- Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil: Politisches Strafrecht*, współłaut.: J. Baumann i in., Tübingen **1968**, Mohr.
- Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil: Sexualdelikte. Straftaten gegen Ehe, Familie und Personenstand. Straftaten gegen den religiösen Frieden und die Totenruhe*, współłaut.: J. Baumann i in., Tübingen **1968**, Mohr.
- Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil: Straftaten gegen die Person*, t. 1, współłaut.: J. Baumann i in., Tübingen **1970**, Mohr.
- Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil: Straftaten gegen die Person*, t. 2, współłaut.: G. Arzt i in., Tübingen **1971**, Mohr.
- Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie. Ein Leitfaden*, współłaut.: W. Hassemer, Frankfurt am M. **1971**, Athenäum.
- Das Studium an der juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München*, współłaut.: E. Behrendt, München **1971** (1972²), Boorberg.
- Wozu Rechtsphilosophie heute?*, Frankfurt am M. **1971**, Athenäum; w: Beiträge zur Juristischen Hermeneutik (1984), s. 1 nn.
- Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges*, Frankfurt am M. **1972**, Athenäum; wyd. 2, zmienione, Köln 1984, Heymanns.
- Alternativ-Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes*, współłaut.: G. Arzt i in., Tübingen **1973**, Mohr.
- Fachstudienführer: Rechtswissenschaft*, współłaut.: E. Behrendt, Grafenau-Döfflingen **1973** (1977²), Lexika (Fachstudienführer: 2. Rechtswissenschaft).

- Entwurf eines Gesetzes gegen Ladendiebstahl*, współaut.: G. Arzt i in., Tübingen **1974**, Mohr.
- Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Betriebsjustiz*, współaut.: G. Arzt i in., Tübingen **1975**, Mohr.
- Tendenzen im Rechtsdenken der Gegenwart*, Tübingen **1976**, Mohr (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, z. 464/465); w: Beiträge zur Juristischen Hermeneutik (1984), s. 127 nn.
- Beziehungen zwischen Recht und Novellistik*, „Neue Juristische Wochenschrift“ **1982**, s. 606 nn.; Stuttgart 1987, Boorberg.
- Die Parallelwertung in der Leiensphäre. Ein sprachphilosophischer Beitrag zur allgemeinen Verbrechenlehre*, München **1982**, Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften (Bayerische Akademie der Wissenschaften. Philosophisch-historische Klasse, Sitzungsberichte Jg. 1982, z. 4).
- Strafrecht zwischen Gestern und Morgen. Ausgewählte Aufsätze und Vorträge*, Köln **1983**, Heymanns.
- Beiträge zur Juristischen Hermeneutik — sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen*, Köln **1984**, Heymanns.
- Theorie der Gerechtigkeit. Problemgeschichtliche Betrachtungen*, Frankfurt am M. **1984**, Metzner (Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, z. 1).
- Alternativ-Entwurf. Novelle zur Strafprozeßordnung. Reform der Hauptverhandlung*, współaut., oprac. zespół niemieckich i szwajcarskich wykładowców prawa karnego (Arbeitskreis AE), Tübingen **1985**, Mohr.
- Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe* (AE-Sterbehilfe), współaut., oprac. zespół profesorów prawa karnego i medycyny oraz ich współpracowników, wyd. J. Baumann, H. J. Bochnik i A.-E. Brauneck, Stuttgart **1986**, Thieme.
- Gerechtigkeit — der vergessene Weg zum Frieden. Gedanken eines Rechtsphilosophen zu einem politischen Thema*, München **1986**, Piper (SP 478). Część opublikowna pt. Die Kommunikationsgemeinschaft der Vernünftigen (1986).
- Gesetz und Evangelium*, współaut.: W. Pannenberg, München **1986**, Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften (Bayerische Akademie der Wissenschaften. Philosophisch-historische Klasse, Sitzungsberichte Jg. 1986, z. 2.), s. 25 nn.
- Gustav Radbruch: Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat*, München **1987**, Piper (SP 5247).
- Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit*, München **1989**, Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften (Bayerische Akademie der Wissenschaften. Philosophisch-historische Klasse, Sitzungsberichte Jg. 1989, z. 7).

Das Gewissen und das Problem der Rechtsgeltung, Heidelberg **1990**, Müller Jur. (Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, t. 190).

Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit. Abschiedsvorlesung, Heidelberg **1990**, Decker & Müller (Heidelberger Forum, t. 64).

Vom Ungehorsam gegen die Obrigkeit. Aspekte des Widerstandsrechts von der antiken Tyrannis bis zum Unrechtsstaat unserer Zeit, vom leidenden Gehorsam bis zum zivilen Ungehorsam im modernen Rechtsstaat, Heidelberg **1990**, Decker & Müller (Heidelberger Forum, t. 64).

II. Artykuly

Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, „Juristenzeitung“ **1954**, s. 653 nn.; w: Schuld und Strafe (1966), s. 102 nn.; wyd. 2, przejrzane, 1983, s. 79 nn.

Um das Gesetz gegen jugendgefährdende Schriften. Zu einer bedeutsamen Entscheidung des Bundesgerichtshofs, „Stimmen der Zeit“ **1955/56**, s. 421 nn.

Zur wiedergutmachungsrechtlichen Stellung der Zeitbeamten, „Zeitschrift für Beamtenrecht“ **1955**, s. 331 nn.

Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum, „Juristenzeitung“ **1956**, s. 353 nn., 393 nn.; w: Schuld und Strafe (1966), s. 122 nn.; wyd. 2, przejrzane, 1983, s. 99 nn.

Um die Todesstrafe, „Ruperto Carola“ — Mitteilungen der Vereinigung der Freunde der Studentenschaft der Universität Heidelberg e. V., **1957**, t. 21, s. 44 nn.; w: Schuld und Strafe (1966), s. 13 nn.; wyd. 2, przejrzane, 1983, s. 1 nn.

Ärztliche Schweigepflicht und bonum commune, „Die neue Ordnung“ **1958**, z. 2, s. 189 nn.; „Arzt und Christ“ 1959, s. 51 nn.

Binding, Karl, w: Staatslexikon, wyd. Görres-Gesellschaft, wyd. 6, t. 2, Freiburg **1958**, Herder, szp. 33 nn.

Der Mensch im Recht, „Ruperto Carola“ — Mitteilungen der Vereinigung der Freunde der Studentenschaft der Universität Heidelberg e. V., **1958**, t. 23, s. 72 nn.; w: Rechtsphilosophie im Wandel (1972), s. 24 nn.; wyd. 2, zmienił, 1984, s. 23 nn.

Recht als Maß der Macht, „Stimmen der Zeit“ **1958/59**, s. 22 nn.; w: Rechtsphilosophie im Wandel (1972), s. 35 nn.; wyd. 2, zmienił, 1984, s. 33 nn.

Zur Rechtsmittelbeschränkung in Jugendstrafsachen, „Juristenzeitung“ **1958**, s. 9 nn.

Feuerbach, Paul Johann Anselm, w: Staatslexikon, wyd. Görres-Gesellschaft, wyd. 6, t. 3, Freiburg **1959**, Herder, szp. 254 nn.; wyd. 7, całkowicie na nowo opracowane, t. 2, 1986, szp. 565 nn.

Gedanken zur Überwindung des Rechtsphilosophischen Relativismus, „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie“ **1960**, s. 553 nn.; w: Rechtsphilosophie im Wandel (1972), s. 53 nn.; wyd. 2, zmienił, 1984, s. 51 nn.

- Liszt, Franz von*, w: Staatslexikon, wyd. Görres-Gesellschaft, wyd. 6, t. 5, Freiburg **1960**, Herder, szp. 404 nn.; wyd. 7, całkowicie na nowo opracowane, t. 3, 1987, szp. 927 nn.
- Zur Frage der Beleidigung von Kollektivpersönlichkeiten*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“ **1960**, s. 418 nn.; w: Schuld und Strafe (1966), s. 237 nn.; wyd. 2, przejrane, 1983, s. 205 nn.
- Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht*, w: Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, Göttingen **1961** (1971), Vandenhoeck & Ruprecht, s. 200 nn.; w: Schuld und Strafe (1966), s. 67 nn.; wyd. 2, przejrane, 1983, s. 49 nn.
- Radbruch, Gustav*, w: Staatslexikon, wyd. Görres-Gesellschaft, wyd. 6, t. 6, Freiburg **1961**, Herder, szp. 579 nn.; wyd. 7, całkowicie na nowo opracowane, t. 4, 1988, szp. 624 nn.
- Die ontologische Struktur des Rechts*, po raz pierwszy opublik. pt. La struttura ontologica del diritto, „Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto“ **1962**, s. 549 nn.; w: Die ontologische Begründung des Rechts, wyd. A. Kaufmann (1965), s. 470 nn.; w: Rechtsphilosophie im Wandel (1972), s. 104 nn.; wyd. 2, zmienione, 1984, s. 101 nn.
- Todesstrafe*, w: Staatslexikon, wyd. Görres-Gesellschaft, wyd. 6, t. 7, Freiburg **1962**, Herder, szp. 1002 nn.; wyd. 7, całkowicie na nowo opracowane, t. 5, 1989, szp. 482 nn.
- Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit*, „Juristenzeitung“ **1963**, s. 425 nn.; w: Schuld und Strafe (1966), s. 264 nn.; wyd. 2, przejrane, 1983, s. 229 nn.
- Zum Irrtum beim unechten Unterlassungsdelikt*, „Juristenzeitung“ **1963**, s. 504 nn.; w: Schuld und Strafe (1966), s. 146 nn.; wyd. 2, przejrane, 1983, s. 121 nn.
- Zur rechtsphilosophischen Situation der Gegenwart*, „Juristenzeitung“ **1963**, s. 137 nn.; w: Rechtsphilosophie im Wandel (1972), s. 172 nn.; wyd. 2, zmienione, 1984, s. 167 nn.
- Für und wider Strafrechtsreform*, „Saarbrücker Zeitung“ **1964** nr 50, z dnia 29.II., nr 52, z dnia 3.III., nr 58, z dnia 10.III., nr 59, z dnia 11.III.
- Gedanken zur Strafrechtsreform*, „Civitas“ — Jahrbuch für christliche Gesellschaftsordnung, **1964**, s. 22 nn.; w: Schuld und Strafe (1966), s. 292 nn.
- Gesetzesstaat — Richterstaat — Rechtsstaat*, po raz pierwszy opublik. pt. „Stato della legge“ e „stato di diritto“, w: Dommatica, Teoria Generale e Filosofia del Diritto; Stato di Diritto e Stato di Giustizia. Atti del VI Congresso Nazionale di Filosofia del Diritto, I Comunicazione, Milano **1964**, s. 214 nn.; w: Rechtsphilosophie im Wandel (1972), s. 207 nn.
- Die Irrtumsregelung im Strafgesetz-Entwurf 1962*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“ **1964**, s. 543 nn.; w: Schuld und Strafe (1966), s. 154 nn.; wyd. 2, przejrane, 1983, s. 129 nn.

- Der praktische Fall — Strafrecht: Der überfallene Spaziergänger*, wspólaut.: W. Hassemer, „Juristische Schulung“ **1964**, s. 151 nn.
- Die Strafrechtsreform*, „Deutsche Polizei“ Beilage, Landesbezirk Saarland, **1964**, z. 7, s. 51 nn.
- Die arztrechtlichen Bestimmungen im Strafgesetz-Entwurf 1962*, „Medizinische Klinik“ — Die Wochenschrift für Klinik und Praxis, **1965**, s. 431 nn., 474 nn.
- Freirechtsbewegung — lebendig oder tot? Ein Beitrag zur Rechtstheorie und Methodenlehre*, w: E. Fuchs, Gerechtigkeitswissenschaft. Ausgewählte Schriften zur Freiheitslehre, wyd. A. S. Foulkes i A. Kaufmann, Karlsruhe **1965**, Müller Jur., s. 1 nn.; „Juristische Schulung“ 1965, s. 1 nn.; w: Rechtsphilosophie im Wandel (1972), s. 251 nn.; wyd. 2, zmienione, 1984, s. 231 nn.
- Probleme des Arztstrafrechts — unter besonderer Berücksichtigung der ärztlichen Aufklärungspflicht und der ärztlichen Schweigepflicht*, „Saarländisches Ärzteblatt“ **1965**, s. 550 nn.
- Die ontologische Struktur der Handlung. Skizze einer personalen Handlungslehre*, w: Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Helmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1.5.1965, wyd. F. Geerds i W. Naucke, Berlin **1966**, Duncker & Humblot, s. 79 nn.; w: Schuld und Strafe (1966), s. 25 nn.; wyd. 2, przejrzone, 1983, s. 11 nn.
- Über Grund und Zweck der Strafe*, w: Schuld und Strafe (**1966**); wyd. 2, przejrzone, 1983, s. 8 nn.; „Botschaft und Dienst“ 1984, nr 5, s. 8 nn.
- Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht*, „Juristenzeitung“ **1967**, s. 553 nn.; w: Programm für ein neues Strafgesetzbuch, wyd. J. Baumann, Frankfurt am M. 1968, Fischer Bücherei (952), s. 56 nn.; w: Strafrecht zwischen Gestern und Morgen (1983), s. 9 nn. Część opublikowana pt. Einige Bemerkungen zum Thema „Willensfreiheit“ (1972).
- Die finale Handlungslehre und die Fahrlässigkeit*, „Juristische Schulung“ **1967**, s. 145 nn.; w: Strafrecht zwischen Gestern und Morgen (1983), s. 99 nn.
- Der Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches und das Erbe Radbruchs*, w: Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, wyd. A. Kaufmann (**1968**), s. 324 nn.; w: Mißlingt die Strafrechtsreform?, wyd. J. Baumann, Neuwied 1969, s. 93 nn.; w: Strafrecht zwischen Gestern und Morgen (1983), s. 31 nn.
- Betrifft: Strafrechtsreform*, „Speculum“ — Saarbrücker Studentenzeitung, **1968**, nr 3.
- Martin Luther King. Gedanken zum Widerstandsrecht*, „Junge Kirche“ — Eine Zeitschrift europäischer Christen, **1968**, s. 512 nn.; „Saarbrücker Zeitung“ 1968, nr 104, z dnia 5./6.V., s. 11; z nieznacznymi zmianami w: Rechtsphilosophie im Wandel (1972), s. 326 nn.; wyd. 2, zmienione, 1984, s. 251 nn.; w: Vom Ungehorsam gegen die Obrigkeit (1991), s. 1 nn.
- Probleme des ärztlichen Strafrechts*, „Forum des praktischen Arztes“ **1968**, z. 5, s. 11 nn., z. 6, s. 9 nn.; w: Die Funkpostille — Saarländischer Rundfunk, 1968/69 s. 142 nn.

- Die ultima irratio*, „Speculum“ — Saarbrücker Studentenzeitung, **1968**, nr 4, s. 10 n.; w: Rechtsphilosophie im Wandel (1972), s. 334 nn.; w: Vom Ungehorsam gegen die Obrigkeit (1991), s. 9 nn.
- Die Geschichtlichkeit des Rechts im Licht der Hermeneutik*, w: Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, wyd. P. Bockelmann, A. Kaufmann i U. Klug (**1969**), s. 274 nn.; z nieznanymi zmianami w tekście i z pominięciem niektórych wskazówek bibliograficznych, w: Rechtstheorie. Ansätze zu einem kritischen Rechtsverständnis, wyd. A. Kaufmann (1971), s. 81 nn. W nowym opracowaniu: Die Sprache als hermeneutischer Horizont der Geschichtlichkeit des Rechts (1972).
- Schuldstrafrecht und Resozialisierung*, „Radius“ **1970**, nr 2, s. 37 nn.; w: Strafrecht zwischen Gestern und Morgen (1983), s. 43 nn.
- Der Schutz von Ehe und Familie im kommenden Strafrecht*, w: Tagung der Ersten Arbeitsgruppe der Rabanus-Maurus-Akademie, **1970**, s. 2 nn.
- Bemerkungen zur Reform des § 218 StGB aus rechtsphilosophischer Sicht*, w: Das Abtreibungsverbot des § 218 StGB. Eine Vorschrift, die mehr schadet als nützt, wyd. J. Baumann, Darmstadt **1971**; wyd. 2, poszerzone, 1972, Luchterhand (Demokratie und Rechtsstaat. Kritische Abhandlungen zur Rechtsstaatlichkeit in der Bundesrepublik, wyd. F. Benseler, t. 20), s. 46 nn.; w: Strafrecht zwischen Gestern und Morgen (1983), s. 187 nn.
- Strafrecht und Strafvollzug*, w: Die Strafvollzugsreform. Eine kritische Bestandsaufnahme, wyd. A. Kaufmann (**1971**), s. 35 nn.; w: Strafrecht zwischen Gestern und Morgen (1983), s. 53 nn.
- Die verworfene Vergeltung*, „Süddeutsche Zeitung“ **1971**, nr 68, z dnia 20./21.III., s. 113 nn.
- Vorschläge zur Neugestaltung des § 218 StGB*, „Arzt und Christ“ **1971**, s. 151 nn.; w: Strafrecht zwischen Gestern und Morgen (1983), s. 195 nn.
- Die Aufgabe der Philosophie im kybernetischen Zeitalter*, w: Rechtsphilosophie im Wandel (**1972**), s. 369 nn.; wyd. 2, zmienione, 1984, s. 259 nn.
- Einige Bemerkungen zum Thema „Willensfreiheit“*, w: Rechtsphilosophie im Wandel (**1972**), s. 321 nn. Wyciąg z: Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankes im Strafrecht. Ein Beitrag zur Strafrechtsreform (1967).
- Ethische Normen im Wandel — aus der Sicht des Juristen*, „Forum Haus Ortlorn“ — Freundesbrief **1972**, nr 1(68): Normen im Wandel, s. 19 nn.
- Das Recht im Spannungsfeld von Identität und Differenz. Meditationen über ein unauslotbares Thema*, w: Recht als instrument van behoud en verandering. Opstellen

- aangeboden aan Prof. mr. J.J.M. van der Ven, wyd. A. G. de Groot, Deventer **1972**, Kluwer, s. 65 nn.; w: Beiträge zur Juristischen Hermeneutik (1984), s. 161 nn.
- Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung. Dargestellt am Problem des Schwangerschaftsabbruchs*, w: Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, wyd. F.-C. Schroeder i H. Zipf, Karlsruhe **1972**, Müller Jur., s. 327 nn.; w: Strafrecht zwischen Gestern und Morgen (1983), s. 147 nn.
- Rechtspositivismus und Naturrecht in erkenntnistheoretischer Sicht*, w: Rechtsphilosophie im Wandel (**1972**), s. 71 nn.; wyd. 2, zmienione, 1984, s. 69 nn. Nieznacznie zmieniony wyciąg z: Das Schuldprinzip (1961), s. 44 nn.
- Die Sprache als hermeneutischer Horizont der Geschichtlichkeit des Rechts*, w: Rechtsphilosophie im Wandel (**1972**), s. 338 nn. Nowe opracowanie: Die Geschichtlichkeit des Rechts im Licht der Hermeneutik (1969).
- Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik*, po raz pierwszy opublik. pt. Dal Giusnaturalismo e dal Positivismo Giuridico all'Ermeneutica, „Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto“ **1973**, s. 712 nn.; „Juristenzeitung“ 1975, s. 333 nn.; w: Beiträge zur Juristischen Hermeneutik (1984), s. 79 nn.
- Elektronische Datenverarbeitung im Recht — Chancen und Gefahren*, w: Münchener Ringvorlesung. EDV im Recht. Möglichkeiten und Probleme, wyd. A. Kaufmann (**1973**), s. 1 nn.; w: Beiträge zur Juristischen Hermeneutik (1984), s. 153 nn.
- Die „ipsa res iusta“*, w: Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, wyd. G. Paulus, U. Diderichsen i C.-W. Canaris, München **1973**, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, s. 27 nn.; w: Beiträge zur Juristischen Hermeneutik (1984), s. 53 nn.
- Klausur Nr. 7 — Thema: Strafrecht und Strafvollzug*, w: Wahlfach-Examinatorium. WEX 3. Strafvollzug, wyd. R. Maurach i E. Behrendt, Karlsruhe **1973**, Müller Jur., s. 110 nn.
- Mensch und Recht in einer paradoxen Welt*, „Radius“ **1973**, nr 2, s. 36 nn.
- Über den Zirkelschluß in der Rechtsfindung*, w: Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, wyd. K. Lackner i in., Berlin **1973**, Gruyter, s. 7 nn.; w: Beiträge zur Juristischen Hermeneutik (1984), s. 65 nn.
- Verführung Minderjähriger — was heißt das heute noch?*, „Eltern“ **1973**, nr 15, s. 45 nn.
- Rechtsphilosophie der Hoffnung*, w: Dimensionen des Rechts. Gedächtnisschrift für René Marcic, wyd. M. Fischer i R. Jacob, t. 1, Berlin **1974**, Duncker & Humblot, s. 101 nn.

- Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit*, w: Einheit und Vielfalt des Strafrechts. Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, wyd. J. Baumann i K. Tiedemann, Tübingen **1974**, Mohr, s. 295 nn.
- Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht*, w: Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag, wyd. C. Roxin, Berlin **1974**, Gruyter, s. 89 nn.; w: Strafrecht zwischen Gestern und Morgen (1983), s. 81 nn.
- Werner Bergengruen vor dem Forum der Strafrechtslehre Hans Welzels*, w: Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, wyd. G. Stratenwerth i in., Berlin **1974**, Gruyter, s. 197 nn.
- Lebenslänglich*, „Radius“ **1975**, nr 1, s. 44 nn.; w: Strafrecht zwischen Gestern und Morgen (1983), s. 1 nn.
- Eine Chance für den Schuldigen. Plädoyer wider die lebenslange Freiheitsstrafe*, „Süddeutsche Zeitung“ **1976**, nr 112, z dnia 15./16.V., s. 101 n.
- Friedrich Carl von Savigny*, w: Die Großen der Weltgeschichte, wyd. K. Fassmann, t. 7, Zürich **1976**, Kindler, s. 402 nn.
- Prüfungsgespräch über das Widerstandsrecht*, w: Wahlfach-Examinatorium. Rechtsphilosophie, wyd. R. Maurach i E. Behrendt, współwyd. A. Kaufmann i in., Karlsruhe **1976**, Müller Jur., s. 141 nn.
- Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, w: Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, wyd. G. Warda i in., Berlin **1976**, Gruyter, s. 27 nn.; w: Strafrecht zwischen Gestern und Morgen (1983), s. 69 nn.
- Recht und Gerechtigkeit in schematischer Darstellung*, w: Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, wyd. A. Kaufmann i W. Hassemer (**1977**), s. 273 nn.
- Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik*, w: Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, wyd. A. Kaufmann i W. Hassemer (**1977**); wersja poszerzona i zmieniona, wyd. 5, 1989, s. 1 nn.; w jęz. pol.: Filozofia prawa, teoria prawa, dogmatyka prawa, przeł. J. Stelmach, w: Współczesna teoria i filozofia prawa na zachodzie Europy. Wybór tekstów, wyd. T. Gizbert-Studnicki i in., Kraków 1985, s. 7 nn.
- Strafrechtspraxis und sittliche Normen*, „Juristische Schulung“ **1978**, s. 361 nn.; w: Strafrecht zwischen Gestern und Morgen (1983), s. 167 nn.
- Einige Bemerkungen zur Frage der Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, w: Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, wyd. A. Kaufmann i in. (**1979**), s. 67 nn.; w: Beiträge zur Juristischen Hermeneutik (1984), s. 119 nn.

- Der praktische Fall — Strafrecht: Der vorgetauschte Selbstmord*, wspólaut.: U. Neumann, „Juristische Schulung“ **1981**, s. 670 nn.
- Das Widerstandsrecht der kleinen Münze*, „Süddeutsche Zeitung“ **1981**, nr 300, z dnia 31.12.1981/1.1.1982, s. 45 n.; w: Objektivierung des Rechtsdenkens. Gedächtnisschrift für Ilmar Tammelo, wyd. W. Krawietz, T. Mayer-Maly i O. Weinberger, Berlin 1984, Duncker & Humblot, s. 85 nn.; w: Beiträge zur Juristischen Hermeneutik (1984), s. 197 nn.
- Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik*, w: Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, wyd. N. Horn, München **1982**, Beck, t. I, s. 537 nn.; w: Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofia del Derecho y Filosofia Social — Coordinada por José Luis Curiel B., Vol. VI, Mexico 1982, Universidad Nacional Autonpma de Mexico, s. 5 nn.; w: Das Naturrechtsdenken heute und morgen. Gedächtnisschrift für René Marcic, wyd. D. Mayer-Maly i P. M. Simons, Berlin 1983, Duncker & Humblot, s. 597 nn.; w: Beiträge zur Juristischen Hermeneutik (1984), s. 89 nn.
- Gutachten zur „Früheuthanasie“, „Gynäkologie und Geburtshilfe“* **1982**, nr 2, s. 21 nn.
- Recht und Sittlichkeit aus rechtsphilosophischer Sicht*, w: Recht und Sittlichkeit, wyd. J. Gründel, Freiburg (Schweiz) **1982**, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, Herder (Studien zur theologischen Ethik, t. 10), s. 48 nn.
- Zur ethischen und strafrechtlichen Beurteilung der sogenannten Früheuthanasie*, „Juristenzeitung“ **1982**, s. 481 nn.; w: Strafrecht zwischen Gestern und Morgen (1983), s. 117 nn.
- Euthanasie — Selbsttötung — Tötung auf Verlangen*, w: Contemporary Problems in Criminal Justice. Essays in Honour of Professor Shigemitsu Dando, Tokyo **1983**, s. 97 nn.; „Medizinrecht“ 1983, s. 121 nn.; w: Strafrecht zwischen Gestern und Morgen (1983), s. 137 nn.
- Die Idee der Toleranz aus rechtsphilosophischer Sicht*, w: Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag, wyd. G. Kohlmann, t. 1, Köln **1983**, Deubner, s. 97 nn.; w: Tradition and progress in modern legal cultures, Beiheft des „Archivs für Rechts- und Sozialphilosophie“, nr 23, Stuttgart 1985, Steiner, s. 18 nn.; w: Beiträge zur Juristischen Hermeneutik (1984), s. 209 nn.
- Paul Johann Anselm Feuerbach: „Die hohe Würde des Richteramts“*, w: Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April **1983**, wyd. C.-W. Canaris i U. Diderichsen, München 1983, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, s. 319 nn.; Vom Ungehorsam gegen die Obrigkeit (1991), s. 25 nn.

Recht und Gnade in der Literatur, „Keio Law Review“ **1983**, nr 4, Special Issue. In Commemoration of the 125th Anniversary of Keio University Tokyo, s. 1 nn.; „Neue Juristische Wochenschrift“ **1984**, s. 1062 nn.; w: Beiträge zur Juristischen Hermeneutik (1984), s. 227 nn. Wersja skrócona zob.: Schwert und Palmenzweig. Recht und Gnade als Motive der Literatur (1985).

Recht und Sprache, w: Sprache und Wissenschaft, wyd. U. Dümüller i M. Sviar, Bern **1983**, Haupt (Berner Universitätsschriften, z. 30), s. 9 nn.; w: Beiträge zur Juristischen Hermeneutik (1984), s. 101 nn.

Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus, w: Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus, Beiheft des „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie“, nr 18, wyd. H. Rottleuthner, Stuttgart **1983**, Steiner, s. 1 nn.; „Politik und Kultur“ **1983**, z. 2, s. 13 nn.; „Information Philosophie“ **1984**, nr 3, s. 3 nn.; w: Beiträge zur Juristischen Hermeneutik (1984), s. 173 nn.

Gesetz und Evangelium, w: Gedächtnisschrift für Peter Noll, wyd. R. Hauser, J. Rehberg i G. Stratenwerth, Zürich **1984**, Schulthess Polygraphischer, s. 61 nn.

Paul Johann Anselm v. Feurbach — Jurist des Kritizismus. Eine Skizze, w: Land und Reich — Stamm und Nation. Probleme und Perspektiven bayerischer Geschichte. Festgabe für Max Spindler zum 90. Geburtstag, wyd. A. Kraus, t. 3: Vom Vormärz bis zum Gegenwart, München **1984**, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, s. 181 nn.

Das Prinzip Toleranz. Ein Kapitel praktischer Rechtsphilosophie, „Süddeutsche Zeitung“ **1984**, nr 214, z dnia 15./16.IX., s. 139.

Über den „Wesensgehalt“ der Grund- und Menschenrechte, „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie“ **1984**, s. 384 nn.

Der entfesselte Prometheus. Fragen der Humangenetik und der Fortpflanzungstechnologien aus rechtlicher Sicht, w: Genforschung — Fluch oder Segen? Interdisziplinäre Stellungnahmen, wyd. R. Flöhl, München **1985**, Schweizer (Gentechnologie — Chancen und Risiken, t. 3), s. 259 nn.; Sonderausgabe, **1986**; z nieznanymi zmianami pt. Humangenetik und Fortpflanzungstechnologien aus rechtlicher, insbesondere strafrechtlicher Sicht, w: Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag, wyd. R. D. Herzberg, Köln **1985**, Heymanns, s. 649 nn.

Gustav Radbruch und die koreanische Rechtsphilosophie. Eine Skizze anhand dreier Dissertationen, w: Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong, wyd. H.-H. Jescheck, Tokio **1985**, Seibundo, s. 112 nn.

Kritisches zur Risikoerhöhungstheorie, w: Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck, t. 1, wyd. T. Vogler, Berlin **1985**, Duncker & Humblot, s. 273 nn.

- Das Problem der Abhängigkeit des Strafrichters vom medizinischen Sachverständigen*, „Juristenzeitung“ **1985**, s. 1065 nn.; w: Technologischer Fortschritt als Rechtsproblem. Studium Generale Universität Heidelberg. Wintersemester 1984/85, Heidelberg 1986, s. 110 nn.
- Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*, w: Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, wyd. A. Kaufmann i W. Hassemer (1977), wyd. 4 (**1985**), s. 23 nn.; wersja zmieniona: wyd. 5, 1989, s. 25 nn.
- Der prometheische Traum des Menschen. Fortpflanzung zwischen Technik und Strafrecht*, „Frankfurter Allgemeine Zeitung“ **1985**, nr 288, z dnia 12.XII., s. 10 n.
- Schuld und Prävention*, w: Festschrift für Rudolf Wassermann zum 60. Geburtstag, wyd. Ch. Broda, E. Deutsch i H. J. Vogel, Neuwied **1985**, Luchterhand, s. 889 nn.
- Schwert und Palmenzweig. Recht und Gnade als Motive der Literatur*, „Nürnberger Zeitung“ **1985**, nr 159, z dnia 13.VII. Wersja skrócona pracy: Recht und Gnade in der Literatur (1983).
- Handlungstheorie im Strafrecht*, w: Staatslexikon, wyd. Görres-Gesellschaft, wyd. 7, całkowicie na nowo opracowane, t. 2, Freiburg **1986**, Herder, szp. 1190 nn.
- Hegelianismus*, w: Ergänzbares Lexikon des Rechts, Gruppe 2: Rechtsphilosophie, wyd. N. Achtenberg, Neuwied **1986**, Luchterhand, 180, s. 1 nn.
- Historische Rechtsschule*, w: Ergänzbares Lexikon des Rechts, Gruppe 2: Rechtsphilosophie, wyd. N. Achtenberg, Neuwied **1986**, Luchterhand, 200, s. 1 nn.
- Kantianismus*, w: Ergänzbares Lexikon des Rechts, Gruppe 2: Rechtsphilosophie, wyd. N. Achtenberg, Neuwied **1986**, Luchterhand, 260, 1 nn.
- Die Kommunikationsgemeinschaft der Vernünftigen*, „Münchner Forum“, Juni **1986**, s. 53 nn. (Münchner Diskussionsforum für Entwicklungsfragen e. V., Berichte und Protokolle, z. 82). Wyciąg z: Gerechtigkeit — der vergessene Weg zum Frieden (1986).
- Lebenslänglich?*, w: Umfrage: Lebenslänglich?, „Zukunft“ **1986**, nr 2, s. 19 n. Umfrage, s. 19 nn.
- Recht und Ethik*, w: Handwörterbuch religiöser Gegenwartsfragen, wyd. U. Ruh, D. Seeber i R. Walter, Freiburg **1986**, Herder, s. 381 nn.
- Rechtsphilosophische Aspekte wissenschaftlicher Tierversuche*, w: Tierversuche und medizinische Ethik. Beiträge zu einem Heidelberger Symposium, wyd. W. Hardegg

i G. Preiser, Hildesheim **1986** Weidmann (Frankfurter Beiträge zur Geschichte, Theorie und Ethik der Medizin, t. 3), s. 118 nn.

Über die gerechte Strafe. Ein rechtsphilosophischer Essay, w: Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, wyd. H. J. Hirsch, G. Kaiser i H. Marquart, Berlin **1986**, Gruyter, s. 425 nn.

Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft. Ansätze zu einer Konvergenztheorie der Wahrheit, „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie“ **1986**, s. 425 nn.; z nieznacznymi zmianami pt. Die Rechtswissenschaft in der Spannung zwischen Normativität und Wissenschaftlichkeit, w: Zukunft der Wissenschaften. Studium Generale. Sommersemester 1986, Heidelberg 1986, Ruprecht-Karls-Universität, s. 24 nn.; w jęz. pol.: O naukowości nauk prawnych. Podstawy konwergencyjnej teorii prawdy, przeł. G. Skąpska (w skróconej wersji), „Colloquia Communia” 1988/89, nr 6/1, s. 83 nn.

Unzeitgemäße Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht, „Jura” **1986**, s. 225 nn.

Vorüberlegungen zu einer juristischen Logik und Ontologie der Relationen. Grundlegung einer personalen Rechtstheorie, „Rechtstheorie” — Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts, **1986**, s. 257 nn.; w jęz. pol.: Rozważania wstępne nad logiką prawniczą i ontologią relacji. Założenia personalistycznej teorii prawa, przeł. G. Skąpska (w skróconej wersji), „Colloquia Communia” 1988/89, nr 6/1, s. 93 nn.

Das Widerstandsrecht in Geschichte und Grundgesetz, w: Der Rechtsstaat und seine Feinde, Beiträge der Tagung „Rechtsstaat und seine Feinde” der Akademie für Politik und Zeitgeschehen der Hans-Seidel-Stiftung, wyd. B. Rill i R. Scholz, Heidelberg **1986**, Decker & Müller (Heidelberger Forum, t. 40), s. 57 nn.; w: Vom Ungehorsam gegen die Obrigkeit (1991), s. 37 nn.

Zur Ethik der Genetik, „Widerspruch” — Münchner Zeitschrift für Philosophie, **1986**, nr 1, s. 24 n.

Einige Anmerkungen zu Irrtümern über den Irrtum, w: Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar **1987**, wyd. W. Küper, I. Puppe i J. Tenckhoff, Berlin 1987, Gruyter, s. 185 nn.

Feindbilder, w: Denkanstöße '88. Ein Lesebuch aus Philosophie, Natur- und Humanwissenschaften, wyd. H. Bohnet-von der Thüsen, München **1987**, Piper (SP 727), s. 87 nn.

- Gustav Radbruch — Leben und Werk*, w: *Gustav-Radbruch-Gesamtausgabe*, t. 1: *Rechtsphilosophie I*, wyd. A. Kaufmann (1987), s. 17 nn.
- Gustav Radbruch: Leben und Werk im Spiegel der Gesamtausgabe*, „Frankfurter Rundschau“ 1987, nr 161, z dnia 16.VI., s. 11; „Recht und Politik“ 1987, nr 3, s. 117 nn.
- Hände weg von symbolischen Gesetzen!*, „Ärztliche Praxis“ 1987, s. 205.
- Kann die Natur Norm menschlichen Verhaltens sein? Zum Naturbegriff in Recht und Philosophie*, w: *Was ist das: die Natur? Über einen schwierigen Begriff*, wyd. W. Böhme, Karlsruhe 1987 (Herrenalber Texte, t. 77), s. 33 nn.; „Zeitwende“ 1989, s. 3 nn.
- Moral*, w: *Staatslexikon*, wyd. Görres-Gesellschaft, wyd. 7, całkowicie na nowo opracowane, t. 3, Freiburg 1987, Herder, szp. 1219 nn.
- Der praktische Fall — Strafrecht: Der versicherte Lastzug*, „Juristische Schulung“ 1987, s. 306 nn.
- Rechtsphilosophische Reflexionen über Biotechnologie und Bioethik an der Schwelle zum dritten Jahrtausend*, „Juristenzeitung“ 1987, s. 837 nn.; Beiheft des „Archivs für rechts- und Sozialphilosophie“, nr 39, wyd. T. D. Campbell i in., Stuttgart 1991, Steiner, s. 13 nn.
- Der Bundesgerichtshof und die Sitzblockade*, „Neue Juristische Wochenschrift“ 1988, s. 2581 nn.; w: *Vom Ungehorsam gegen die Obrigkeit* (1991), s. 51 nn.
- Die Geschichtlichkeit des Rechts unter rechtstheoretisch-methodologischem Aspekt*, „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie“ Supplementum II, 1988, s. 114 nn.
- Moderne Strafrechtsprobleme und die katholische Kirche*, „The Review of Comparative Law“ 1988, vol. 1, Lublin 1988, Redakcja Wydawnictw Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego, s. 125 nn.
- Naturrechtslehre nach 1945. Die Naturrechtsrenaissance der ersten Nachkriegsjahre — und was daraus geworden ist*, „Anstöße“ Zeitschrift der Evangelischen Akademie Hofgeismar, 1988, z. 1, s. 14 nn.
- Recht und Rationalität. Gedanken beim Wiederlesen der Schriften von W. Maihofer*, w: *Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschrift für Werner Maihofer*, wyd. A. Kaufmann (1988), s. 11 nn.
- Rechtsphilosophie*, w: *Staatslexikon*, wyd. Görres-Gesellschaft, wyd. 7, całkowicie na nowo opracowane, t. 4, Freiburg 1988, Herder, szp. 705 nn.

- Strafrecht und Freiheit*, „Fundamenta Psychiatrica. Psychiatrie in Theorie und Praxis“ **1988**, nr 3, s. 146 nn.
- Gerechtigkeit*, in: Brockhaus-Enzyklopädie, wyd. 19, t. 8, Mannheim **1989**, Brockhaus, szp. 346 nn.
- Gerechtigkeit — Aspekte aus der Sicht von Rechtsphilosophie und Rechtspraxis*, w: Gerechtigkeit — aktuelle Dimensionen einer Grundkategorie, wyd. T. Evers, Hofgeismar **1989**, Evangelische Akademie (Hofgeismarer Protokolle, t. 255), s. 7 nn.
- Läßt sich die Hauptverhandlung in Strafsachen als rationaler Diskurs auffassen?*, w: Dogmatik und Praxis des Strafverfahrens, wyd. H. Jung i H. Müller-Dietz, Köln **1989**, Heymanns, 15 nn.
- Moderne Rechtsprobleme und die katholische Kirche — unter besonderer Berücksichtigung des Strafrechts*, w: Kirche im Kontext der modernen Gesellschaft. Zur Strukturfrage der römisch katholischen Kirche, wyd. H. J. Pottmeyer, Freiburg im B. **1989**, Schnell & Steiner, s. 35 nn.; w: Vom Ungehorsam gegen die Obrigkeit (1991), s. 61 nn.
- Die „Natur“ in rechtswissenschaftlichen und rechtsphilosophischen Argumentation*, w: Mensch und Natur. Auf der Suche nach der verlorenen Einheit, wyd. G. Fuchs, Frankfurt am M. **1989**, Knecht, s. 121 nn.; w: Was lehrt uns die Natur? Die Natur in den Künsten und Wissenschaften. Eine Ringvorlesung der Universität München, wyd. V. Schubert, St. Ottilien 1989, Eos (Wissenschaft und Philosophie — Interdisziplinäre Studien, t. 6), s. 191 nn.
- Das Problem der Schuld aus strafrechtlich-rechtsphilosophischer Sicht*, w: Schuld — Strafe — Versöhnung, wyd. A. Köpcke-Duttler, Mainz **1989**.
- Über das Problem der rechtswissenschaftlichen Erkenntnis*, w: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, wyd. G. Dornseifer i in., Köln **1989**, Heymanns, s. 1 nn.
- Vierzig Jahre Rechtsentwicklung — dargestellt an einem Satz des Grundgesetzes*, w: Ein ganz normaler Staat? Perspektiven nach 40 Jahren Bundesrepublik, wyd. W. Bleek i H. Maull, München **1989**, Piper (SP 1028), s. 51 nn.
- Richtiges Recht — eine Skizze*, „Universitas“ **1990**, s. 150 nn.
- Die Bedeutung Gustav Radbruchs für die Rechtsphilosophie im Ausgang des Kaiserreichs*, Beiheft des „Archivs für Rechts- und Sozialphilosophie“, nr 43, wyd. G. Sprenger, Stuttgart **1991**, Steiner, s. 101 nn.

Fünfundvierzig Jahre erlebte Rechtsphilosophie, w: Rechts und Sozialphilosophie in Deutschland heute, Beiheft des „Archivs für Rechts- und Sozialphilosophie“, nr 44, wyd. R. Alexy, R. Dreier i U. Neumann, Stuttgart **1991**, Steiner, s. 144 nn.

Gustav Radbruch, w: Kindlers neues Literatur Lexikon, red. R. Radler, t. 13, wyd. W. Jens, München **1991**, Kindler, s. 886 n.

Juristische Überlegungen im Umkreis von Sterbehilfe und Früheuthanasie, w: „Soll das Baby leben?“ Über Früheuthanasie und Menschenwürde, Beiträge einer Tagung der Evangelischen Akademie Baden vom 5.-7. September 1990 in Bad Herrenalb, Karlsruhe **1991**, Evangelische Akademie Baden (Herrenalber Protokolle 75; Schriftenreihe der Evangelischen Akademie Baden, t. 80), s. 10 nn.

Die Naturrechtsdiskussion in der Rechts- und Staatsphilosophie der Nachkriegszeit, Beilage zur Wochenzeitung „Das Parlament“ **1991**, nr 33, z dnia 6.VIII., s. 3 nn.

Über die Tapferkeit des Herzens. Zum Gedächtnis der „Weißen Rose“, „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie“ **1991**, s. 1 nn.; w: Vom Ungehorsam gegen die Obrigkeit (1991), s. 81 nn.

Niderstand im „Dritten Reich“ — am Beispiel der Münchener Studentengruppe „Weiße Rose“, w: 15. Weltkongreß für Rechts- und Sozialphilosophie. Plenarreferate, Göttingen, 18.-24. August **1991**, s. 265 nn.

III. Wydane pisma

Gustav Radbruch: Aphorismen zur Rechtsweisheit, Göttingen **1963**, Vandenhoeck & Ruprecht (Kleine Vandenhoeck-Reihe 162,163).

Ernst Fuchs: Gerechtigkeitswissenschaft. Ausgewählte Schriften zur Freirechtslehre, współwyd.: A. S. Foulkes, Karlsruhe **1965**, Müller Jur.

Gustav Radbruch: Vorschule der Rechtsphilosophie, wyd. 3, zmienione i uzupełnione wykazem literatury, Göttingen **1965**, Vandenhoeck & Ruprecht.

Die ontologische Begründung des Rechts, Darmstadt **1965**, Wissenschaftliche Buchgesellschaft (Wege der Forschung, t. 22).

Die Peinliche Gerichtsordnung Keiser Karls V. von 1532 (Carolina). Erläutert von Gustav Radbruch, wyd. 3, Stuttgart **1967** (1984^e), Reclam.

- Gustav Radbruch: Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik. Im Anhang: Zur Systematik der Verbrechenslehre — sowie: Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken*, Darmstadt **1967**, Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, Göttingen **1968**, Vandenhoeck & Ruprecht.
- Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, współwyd.: P. Bockelmann i U. Klug, Frankfurt am M. **1969**, Klostermann.
- Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft*, współwyd.: W. Maihofer i in., „Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie“, t. 1, Bielefeld **1970**.
- Gustav Radbruch: Kulturlehre des Sozialismus. Ideologische Betrachtungen*, wyd. 4, Frankfurt am M. **1970**, Athenäum.
- Rechtspolitik und Gesetzgebung. Eine Schriftenreihe*, współwyd.: E. Gessler i in., t. 1, Bad Homburg **1970**; t. 2 nn., Frankfurt am M. 1971 nn., Gehlen.
- Münchener Universitätschriften. Juristische Fakultät. Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung. Eine Schriftenreihe*, współwyd.: S. Gagnér i D. Nörr, t. 1-26, Berlin **1971-1976**, t. 27 nn., Ebelsbach 1977 nn., Gremer.
- Rechtstheorie. Ansätze zu einem kritischen Rechtsverständnis. Eine Einführung*, Karlsruhe **1971**, Müller Jur.
- Die Strafvollzugsreform. Eine kritische Bestandsaufnahme*, Karlsruhe **1971**, Müller Jur.
- Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft*, współwyd.: W. Maihofer i in., „Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie“, t. 2, Düsseldorf **1972**.
- Zur Effektivität des Rechts*, współwyd.: W. Maihofer i in., „Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie“, t. 3, Düsseldorf **1973**.
- Widerstandsrecht*, współwyd.: L. E. Backmann, Darmstadt **1972**, Wissenschaftliche Buchgesellschaft (Wege der Forschung, t. 173),
- Münchener Ringvorlesung: EDV und Recht — Möglichkeiten und Probleme*, Berlin **1973**, Schweizer.
- Internationales Jahrbuch für interdisziplinäre Forschung*, współwyd.: R. Schwarz i in., Berlin **1974** nn.

- Wahlfach-Examinatorium. Rechtsphilosophie*, wyd. R. Maurach i E. Behrendt, współwyd. A. Kaufmann i in., Karlsruhe **1976**, Müller Jur.
- Zur Soziologie des Gerichtsverfahrens*, współwyd.: W. Maihofer i in., „Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie”, t. 4, Opladen **1976**.
- Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, współwyd.: W. Hassemer, Heidelberg **1977** (1981³); wyd. 4, całkowicie na nowo opracowane i poszerzone, 1985; wyd. 5, poszerzone i zmienione, 1989, Müller Jur.
- Rechtsbedürfnis und Rechtshilfe. Empirische Ansätze im internationalen Vergleich*, współwyd.: W. Maihofer i in., „Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie”, t. 5, Opladen **1978**.
- Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, współwyd.: G. Bemann, D. Krauß i K. Volk, München **1979**, Beck'sche Verlagsbuchhandlung.
- Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht*, współwyd.: W. Maihofer i in., „Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie”, t. 6, Opladen **1980**.
- Argumentation und Recht*, Beiheft des „Archivs für Rechts- und Sozialphilosophie”, nr 14, współwyd.: W. Hassemer i U. Neumann, Wiesbaden **1980**, Steiner.
- Organisation und Recht. Organisatorische Bedingungen des Gesetzesvollzugs*, współwyd.: W. Maihofer i in., „Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie”, t. 7, Opladen **1980**.
- Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft*, współwyd.: W. Maihofer i in., „Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie”, t. 8, Opladen **1982**.
- Gegentendenzen zur Verrechtlichung*, współwyd.: W. Maihofer i in., „Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie”, t. 9, Opladen **1983**.
- Karl Engisch: Beiträge zur Rechtstheorie*, współwyd.: P. Bockelmann i U. Klug, Frankfurt am M. **1984**, Klostermann.
- Das sogenannte Rechtsgefühl*, współwyd.: W. Maihofer i in., „Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie”, t. 10, Opladen **1985**.
- Gustav-Radbruch-Gesamtausgabe, Bd. 1: Rechtsphilosophie I*, Heidelberg **1987**, Müller Jur.
- Implementation von Gerichtsentscheidungen*, współwyd.: W. Maihofer i in., „Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie”, t. 11, Opladen **1987**.

- Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*, współwyd.: W. Maihofer i in., „Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie“, t. 13, Opladen **1988**.
- Gustav-Radbruch-Gesamtausgabe, Bd. 16: Biographische Schriften*, Heidelberg **1988**, Müller Jur.
- Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag*, współwyd.: E.-J. Mestmäcker i H. F. Zacher, Frankfurt am M. **1988**, Klostermann.
- Moderne Medizin und Strafrecht. Ein Vademecum für Ärzte und Juristen über strafrechtliche Grundfragen ärztlicher Tätigkeitsbereiche*, Heidelberg **1989**, Müller Jur. (Motive, Texte, Materialien, t. 47).

IV. Recenzje

- Gustav Radbruch: Der Geist des englischen Rechts (1956³)*, „Ruperto Carola“ — Mitteilungen der Vereinigung der Freunde der Studentenschaft der Universität Heidelberg e. V. **1957**, t. 21, s. 246 nn.
- Gustav Radbruch: Paul Johann Anselm v. Feuerbach — Ein Juristenleben (1957²)*, „Ruperto Carola“ — Mitteilungen der Vereinigung der Freunde der Studentenschaft der Universität Heidelberg e. V. **1957**, t. 21, s. 245 n.
- René Marcic: Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat. Recht als Maß der Macht. Gedanken über den demokratischen Rechts- und Sozialstaat (1957)*, „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie“ **1959**, s. 134 nn.
- Philosophie und Recht. Festschrift zum 70. Geburtstag von Carl August Emge (1960)*, wyd. U. Klug, „Archiv für die zivilistische Praxis“ **1961**, s. 71 nn
- Horst Franzheim: Die Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat (1961)*, „Juristenzeitung“ **1962**, s. 782 n.
- Schuld und Sühne — Dreizehn Vorträge über den deutschen Strafprozeß, hrsg. v. Burghard Freudenfeld (1960)*, „Die neue Ordnung“ **1962**, s. 455 nn.
- Erich Haag: Die Entwicklung der Neueren katholischen Naturrechtslehre (1962)*, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte“ **1963**, t. 80, Kanonistische Abteilung XLIX, s. 505 nn.
- Hans Roemer: Die ärztliche Aufklärungspflicht vom Standpunkt und aus der Erfahrung des Arztes; Georg Schwalm: Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht aus der Sicht des Juristen (1961)*, „Juristische Rundschau“ **1963**, s. 158 n.

- Pier Luigi Zampetti: Il problema della giustizia nel protestantesimo tedesco contemporaneo (1962)*, „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie“ **1963**, s. 114 nn.
- Giorgio Del Vecchio: Grundlagen und Grundfragen des Rechts — Rechtsphilosophische Abhandlungen (1963)*, „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie“ **1964**, s. 127 nn.
- Heinz Müller-Dietz: Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht (1967), Strafbegriff und Strafrechtspflege (1968)*, „Juristenzeitung“ **1970**, s. 388 n.
- Zong Uk Tjong: Der Weg des rechtsphilosophischen Relativismus bei Gustav Radbruch (1967)*, „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie“ **1970**, s. 596 nn.
- Dieter Moench: Die methodologischen Bestrebungen der Freiheitsbewegung auf dem Wege zur Methodenlehre der Gegenwart (1971)*, „Neue Juristische Wochenschrift“ **1972**, s. 1265.
- Hans-Joachim Rudolphi: Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums (1969)*, „Juristenzeitung“ **1974**, s. 269 n.
- Jürgen Sandweg: Rationales Naturrecht als revolutionäre Praxis. Untersuchungen zur „Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte“ von 1789 (1972)*, „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie“ **1974**, s. 590 nn.
- Günther Küchenhoff: Rechtsbesinnung — Eine Rechtsphilosophie (1973)*, „Juristenzeitung“ **1975**, s. 646 n.
- Reinhold Zippelius: Rechtsphilosophie. Ein Studienbuch (1982)*, „Neue Juristische Wochenschrift“ **1983**, s. 1102 n.
- Thodor Blank: Die strafrechtliche Bedeutung des Art. 20 IV GG (Widerstandsrecht) (1982)*, „Neue Juristische Wochenschrift“ **1984**, s. 1673 n.
- Troike-Strombaci, H.-E. Helffrich-Mariani: Wörterbuch des italienisch-deutschen Privat- und Wirtschaftsrechts. t. 2: Italienisch-Deutsch (1985)*, „Juristenzeitung“ **1985**, s. 1044 n.
- Grzegorz Leopold Seidler: Rechtssystem und Gesellschaft (1985)*, „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie“ **1986**, s. 545 nn.
- Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag, hrsg. v. Werner Krawietz, Helmut Schelsky, Günther Winkler (1984)*, „Zeitschrift für Rechtspolitik“ **1986**, s. 323 n.
- Walter Grasník: Über Schuld, Strafe und Sprache (1987)*, „Neue Juristische Wochenschrift“ **1988**, s. 2785 n.

Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie?, hrsg. v. Gerd Roellecke (1988), „Zeitschrift für Rechtspolitik“ **1989**, s. 230.

V. Miscellanea

Gustav Radbruch zum Gedächtnis, „Badische Neueste Nachrichten“ **1949**, z dnia 25.XI., s. 2.

Zum 100. Geburtstag von Karl Lilienthal, „Ruperto Carola“ — Mitteilungen der Vereinigung der Freunde der Studentenschaft der Universität Heidelberg e. V., **1953**, t. 11/12, s. 56 n.

Repetitor und studentische Arbeitsgemeinschaften, „Juristenzeitung“ **1955**, s. 77 n.

Anmerkung zu dem Beschluß des OLG Nürnberg — Strafsenat vom 7.08.1956 — Ws 267/56 — betr. ärztliches Berufsgeheimnis: Frage der Beschlagnahmefähigkeit von Krankenpapieren nach Entbindung von der Schweigepflicht, „Neue Juristische Wochenschrift“ **1958**, s. 272 n.

Anmerkung zu dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 21.11.1958 — 1 StR 458/58 — betr. Fortsetzungszusammenhang zwischen einfacher und schwerer Bestechlichkeit, „Juristenzeitung“ **1958**, s. 375 nn.

Ein Leben im Geiste — Zum 80. Geburtstag von Gustav Radbruch (21. November 1958), „Heidelberger Tageblatt“ **1958**, nr 266, z dnia 18.XI., s. 6.

Einleitung, w: G. Radbruch: Aphorismen zur Rechtsweisheit, wyd. A. Kaufmann (**1963**) s. 5 nn.

Eine katholische Universität?, „Frankfurter Allgemeine Zeitung“ **1964**, nr 217, z dnia 18.IX.

Konsequenzen des Schuldstrafrechts, „Frankfurter Allgemeine Zeitung“ **1964**, nr 44, z dnia 21.II., s. 9.

Einleitung, w: E. Fuchs: Gerechtigkeitswissenschaft. Ausgewählte Schriften zur Freirechtslehre, wyd. A. S. Foulkes i A. Kaufmann (**1965**), s. 1 nn.

Einleitung, w: Die ontologische Begründung des Rechts, wyd. A. Kaufmann (**1965**), s. 1 nn.

Offener Brief an Bundesjustizminister Dr. Bucher — betr. Streit um die Verjährungsfrist, „Saarbrücker Zeitung“ **1965**, nr 34, z dnia 10.II.; „Speculum“ — Saarbrücker Studentenzeitung, 1965, nr 2, s. 6 n.; „Frankfurter Rundschau“ 1965, nr 41, z dnia 18.II., s. 7.

Die Alternative: Konservierung oder Reformierung des Strafrechts, „Speculum“ — Saarbrücker Studentenzeitung, **1967**, nr 6, s. 8.

Einleitung, w: G. Radbruch: Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik, wyd. A. Kaufmann (**1967**), s. VII nn.

Schuldstrafrecht und Alternativ-Entwurf, „Der Spiegel“ **1967**, nr 20, z dnia 8.V., s. 14 n.

Einleitung, w: Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, wyd. A. Kaufmann (**1968**), s. 11 nn.

Zum Widerstandsrecht, „Saarbrücker Zeitung“ **1968**, nr 121, z dnia 15./16.V.

Ist Frigidität ein Scheidungsgrund?, „Eltern“ **1969**, nr 4, s. 242 n.; „Es“ 1969, z. 6, s. 84 n.

Perversität in der Ehe ein Scheidungsgrund?, „Eltern“ **1969**, nr 7, s. 189.

Einleitung, w: G. Radbruch: Kulturlehre des Sozialismus. Ideologische Betrachtungen, wyd. A. Kaufmann (**1970**), s. 5 nn.

Offener Brief an Bundeskanzler Willy Brandt — betr. Reform der sogenannten Demonstrationsdelikte, „Abendzeitung“ **1970**, z dnia 31.I./1.II., s. 4.

Zu Martin Buchhorn: Helft denen im Labyrinth — Strafvollzug: Mitverantwortung einsehen lernen, „Saarbrücker Zeitung“ **1970**, z dnia 18./19.XI.

Zu § 184 StGB: Verbreitung unzüchtiger Schriften, „Eltern“ **1970**, z dnia 1.VI., s. 235 n.

Brief an einen Bischof. Offener Brief an Julius Kardinal Döpfner — betr. § 218 StGB, w: Das Abtreibungsverbot des § 218 StGB. Eine Vorschrift, die mehr schadet als nützt, wyd. J. Baumann, Darmstadt **1971**, Luchterhand (Demokratie und Rechtsstaat. Kritische Abhandlungen zur Rechtsstaatlichkeit in der Bundesrepublik, t. 20); wyd. 2, poszerzone, 1972, s. 149 nn.

Einleitung, w: Rechtstheorie. Ansätze zu einem kritischen Rechtsverständnis. Eine Einführung, wyd. A. Kaufmann (**1971**), s. 1 nn.

Fristen-Lösung. Zum Spiegel-Gespräch mit Bundesjustizminister Jahn, ein Leserbrief (Stellungnahme zu § 218 StGB), „Der Spiegel“ **1971**, nr 49, z dnia 29.XI., s. 8, 10.

Stellungnahme zur Gefangenen-Zeitung, „Gefangenen-Zeitung“ **1971**, nr 1, s. 5 n.

Wer ist Jesus von Nasareth — für mich?, „Mitten in der Welt“ — Hefte zum christlichen Leben, **1971/72**, s. 72; w: Wer ist Jesus von Nasareth — für mich? 100 zeitgenössische Zeugnisse, wyd. H. Spaemann, München 1973 (1974²), Kösel, s. 72 n.

- Vorwort*, w: Die Strafvollzugsreform. Eine kritische Bestandsaufnahme, wyd. A. Kaufmann (1971), s. 7 nn.
- Einleitung*, w: Widerstandsrecht, wyd. A. Kaufmann (1972), s. IX nn.; pt. Vom „unzeitigen“ Widerstand, w: Vom Ungehorsam gegen die Obrigkeit (1991), s. 13 nn.
- Geleitwort*, w: L. Ernst: Der Verkehr der Strafgefangenen mit der Außenwelt, Berlin 1972, Schweizer, s. VII n.
- Marxistische Rechtstheorie*, „Zur Debate“ — Themen der Katholischen Akademie in Bayern, 1973, nr 8, s. 8.
- Vorwort zum Neudruck*, w: L. Cardanus: Die Lehre vom Widerstandsrechts des Volks gegen die rechtmäßige Obrigkeit im Luthertum und im Calvinismus des 16. Jahrhunderts, Neudruck der Dissertation Bonn 1903, Darmstadt 1973, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, s. V nn.; pt. Das Widerstandsrecht in der Luther-Zeit, w: Vom Ungehorsam gegen die Obrigkeit (1991), s. 19 nn.
- Vorwort*, w: Münchener Ringvorlesung: EDV und Recht — Möglichkeiten und Probleme, wyd. A. Kaufmann (1973), s. 1.
- Geleitwort*, w: D. Gernert: Einführung in die Datenverarbeitung für Juristen. Ein Programmierkurs mit juristischen Beispielen, München 1974, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, s. V n.
- Der Wunsch zu sterben. Bemerkungen zu § 216 StGB (Tötung auf Verlangen)*, „Süddeutsche Zeitung“ 31 (1975), nr 38, z dnia 15./16.II.
- Vorwort*, w: T. Hobbes: Naturrecht und allgemeines Staatsrecht in den Anfangsgründen, Darmstadt 1976, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, s. V nn.
- Bemerkung zu Art. 109 Abs. 2 der Weimarer Reichsverfassung*, „Münchener Katholische Kirchen-Zeitung“ 1977, z dnia 2.X., s. 10.
- Geleitwort*, w: A. Ollero: Rechtswissenschaft und Philosophie — Grundlegendiskussion in Deutschland, Frankfurt 1978, Gremer, s. IX.
- Bemerkung zu: „Ertl zollt Schönhuber Respekt“*, „Süddeutsche Zeitung“ 1982, nr 71, z dnia 26.III., s. 12.
- Anmerkung zum Problem der Tötung auf Verlangen durch Unterlassen (zu Lambert Krause „Juristische Schulung“ 1983, H. 10)*, „Juristische Schulung“ 1983, s. 975.
- Humanae vitae — eine inhumane Enzyklika*, „Süddeutsche Zeitung“ 1984, nr 190, z dnia 18./19.VIII., s. 91.

- Sucher nach Gerechtigkeit. Zum 85. Geburtstag des Rechtsphilosophen Karl Engisch*, „Süddeutsche Zeitung“ **1984**, nr 63, z dnia 15.III., s. 14.
- Toleranz und Recht durch Liebe*, „Süddeutsche Zeitung“ **1984**, nr 238, z dnia 13./14.X., s. 9.
- Vorwort*, w: Shing-I Liu: Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache, Teil II: Deutsch-Chinesisch, München **1984**, Beck.
- Nachruf für Walter Gustav Becker*, „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie“ **1985**, s. 545.
- Erklärung zu der von der Bundesregierung geplanten Einführung des „Kronzeugen“*, „Dokument und Analyse“ **1986**, nr 12, s. 10; „Die Zeit“ 1986, nr 47, z dnia 14.XI., s. 8; i w innych gazetach niemieckich.
- Sterbehilfe kann nur Leidenshilfe sein*, „Ärztliche Praxis“ **1986**, s. 1719.
- Unchristliche Schaltstellen der Macht*, „Süddeutsche Zeitung“ **1986**, nr 185, z dnia 14./15.VIII., s. 23.
- Vorwort*, w: Shing-I Liu: Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache, Teil I: Chinesisch-Deutsch, München **1986**, Beck.
- Geleitwort*, w: K. Engisch: Die Einheit der Rechtsordnung, niezmienny przedruk wydania z 1935, Heidelberg **1987**, Winters, s. V n.
- Nachruf für Alwin Diemer*, „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie“ **1987**, s. 541 n.
- Zum Spiegel-Gespräch mit Bundesinnenminister Friedrich Zimmermann über Koalition und Sicherheitspolitik („Der Spiegel“ 1986, Nr 49), ein Leserbrief (betr. Kronzeugen)*, „Der Spiegel“ **1987**, nr 1, s. 12.
- Bloße Teilnahme nicht bestrafen. Zu § 125 StGB*, „Pro-Contra“ Das Meinungsmagazin **1988**, nr 6, s. 12.
- Forum Gentechnologie (Interview)*, „XOOM“ — Das Hochschulmagazin **1988**, nr 7, s. 10 nn.
- Kuriose Wissenschaft aus Bremen*, „Süddeutsche Zeitung“ **1988**, nr 148, z dnia 30.VI., s. 44.
- Das Lebensrecht des ungeborenen Kindes*, „Süddeutsche Zeitung“ **1988**, nr 88, z dnia 16./17.IV., s. 175.
- Nachruf für Joseph J. M. van der Ven*, „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie“ **1988**, s. 414 nn.

Nachruf für Paul Bockelmann, w: Bayerische Akademie der Wissenschaften, Jahrbuch 1987, München **1988**, s. 278 n.

Vorwort, w: Vom Recht des Widerstehens, wyd. A. Köpcke-Duttler i G. Metz, Frankfurt am M. **1988**, Haag & Herchen, s. 1.

Das wäre liberale Politik. Offener Brief an Bundesjustizminister Hans A. Egelhard, „Frankfurter Rundschau“ **1988**, z dnia 29.III., s. 4.

Einleitung zum 5. Kapitel, w: Moderne Medizin und Strafrecht. Ein Vademecum für Ärzte und Juristen über strafrechtliche Grundfragen ärztlicher Tätigkeitsbereiche, wyd. A. Kaufmann (**1989**), s. 231 n.

Erwiderung. Religiöse Intoleranz? (zu Norbert Hoerster, „Juristenzeitung“ 1989, S. 382), „Juristenzeitung“ **1989**, s. 681 n.

Glückwunsch: Karl Engisch 90. Jahre alt, „Juristenzeitung“ **1989**, s. 286.

Vorwort, w: Moderne Medizin und Strafrecht. Ein Vademecum für Ärzte und Juristen über strafrechtliche Grundfragen ärztlicher Tätigkeitsbereiche, wyd. A. Kaufmann (**1989**), s. V n.

Wie wenig menschliches Leben gilt, „Süddeutsche Zeitung“ **1989**, nr 99, z dnia 29./30.IV./1.V.

B. LITERATURA POMOCNICZA

Zagadnienia ogólne

Alexy R.: *Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation*, „Rechtstheorie“ Beiheft 2, 1981, s. 177 nn.

Arystoteles: *Analityki pierwsze*, w: tenże: *Dzieła wszystkie*, t. 1, przeł. K. Leśniak, Warszawa 1990, s. 127 nn.

Arystoteles: *Etyka Nikomachejska*, przeł. D. Gromska, Warszawa 1982.

Arystoteles: *Metafizyka*, przeł. K. Leśniak, Warszawa 1983.

Arystoteles: *Retoryka. Poetyka*, przeł. H. Podbielski, Warszawa 1988.

- Baratta A.:** *Natur der Sache und Naturrecht*, w: *Die ontologische Begründung des Rechts*, wyd. A. Kaufmann, Darmstadt 1965 (1959, w jęz. wł.), s. 104 nn.
- Bergbohm K.:** *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, t. 1, Leipzig 1892; niezmienny przedruk, Glashütten im Taunus 1973.
- Blühdorn J.-G./Jamme Ch.:** *Positiv, Positivität*, w: *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, t. 7, wyd. J. Ritter i K. Gründer, Basel 1989, szp. 1106 nn.
- Böckenförde E.-W.:** *Kritik der Wertbegründung des Rechts. Überlegungen zu einem Kapitel „Rechtsphilosophie“*, w: *Oikeiosis. Festschrift für Robert Spaemann*, wyd. R. Löw, Weinheim 1987, s. 1 nn.
- Broekman J. M.:** *Minimalna zawartość pozytywizmu. Pozytywizm w prawie i teorii prawa*, przeł. M. Zirk-Sadowski, „Studia Prawno-Ekonomiczne”, 1987, s. 7 nn.
- Bronk A.:** *Rozumienie, dzieje, język. Filozoficzna hermeneutyka H.-G. Gadamera*, Lublin 1982.
- Buczyńska H.:** *Peirce*, Warszawa 1965.
- Bydlinski F.:** *Gesetzesstücke. § 7 ABGB und die „Reine Rechtslehre“*, w: *Gedenkschrift für Franz Geschnitzer*, Innsbruck 1969, s. 101 nn.
- Deitz L.:** *Physis/Nomos, Physis/Thesis*, w: *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, t. 7, wyd. J. Ritter i K. Gründer, Basel 1989, szp. 967 nn.
- Delhaye Ph.:** *Permanenc du droit naturelle*, Louvain 1967.
- Diels H.:** *Die Fragmente der Vorsokratiker*, Berlin 1922⁴.
- Dimensionen der Hermeneutik. Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag*, wyd. W. Hassemer, Heidelberg 1984.
- Ellscheid G.:** *Hermeneutik zwischen Lebenswelt und System*, w: *Dimensionen der Hermeneutik. Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag*, wyd. W. Hassemer, Heidelberg 1984, s. 29 nn.
- Ellscheid G.:** *Das Naturrechtsproblem. Eine systematische Orientierung*, w: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, wyd. A. Kaufmann i W. Hassemer, München 1989, s. 143 nn.
- Ehrlich S.:** *Wstęp do nauki o państwie i prawie*, Warszawa 1979.
- Engisch K.:** *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart 1959 (1956).

- Gadamer H.-G.:** *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, wyd. 3, rozszerzone, Tübingen 1972 (1960).
- Gilson E.:** *Jedność doświadczenia filozoficznego*, Warszawa 1968.
- Gizbert-Studnicki T.:** *Koncepcje „natury rzeczy” w zachodniemieckiej filozofii prawa*, „Etyka” 19 (1981), s. 133 nn.
- Habermas J.:** *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt am M. 1983.
- Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, wyd. F. Stier-Somolo i A. Elster, Berlin 1927.
- Hartmann N.:** *Zur Grundlegung der Ontologie*, Berlin 1948.
- Hassemer W.:** *Die Hermeneutik im Werk Arthur Kaufmanns*, w: *Dimensionen der Hermeneutik. Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag*, wyd. W. Hassemer, Heidelberg 1984, s. 1 nn.
- Haymann F.:** *Kants Kritismus und die naturrechtlichen Strömungen der Gegenwart*, Berlin 1924.
- Heidegger M.:** *Kant a problem metafizyki*, przeł. B. Baran, Warszawa 1989.
- Höffe O.:** *Moral und Recht: philosophische Perspektive*, w: *Recht und Sittlichkeit*, wyd. J. Gründel, Freiburg im B. 1982, s. 19 nn.
- Höffe O.:** *Naturrecht*, w: *Staatslexikon*, wyd. Göres-Gesellschaft, t. 2, Freiburg im B. 1986⁷, szp. 1296 nn.
- Höffe O.:** *Das Naturrecht angesichts der Herausforderung durch den Rechtspositivismus*, w: *Das Naturrechtsdenken heute und morgen. Gedächtnisschrift für René Marcic*, wyd. D. Mayer-Maly i P. M. Simons, Berlin 1983, s. 303 nn.
- Höffe O.:** *Naturrecht und positives Recht: Wieder eine gängige Alternative*, „Merkur-Deutsche Zeitschrift für europäisches Denken” 1983, s. 613 nn.
- Höffe O.:** *Politische Gerechtigkeit. Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat*, Frankfurt am M. 1987.
- Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, wyd. L. Philipps, Heidelberg 1991, Decker & Müller (Heidelberger Forum, t. 61).
- Kamiński S.:** *Pojęcie nauki i klasyfikacja nauk*, Lublin 1970.
- Kant I.:** *Uzasadnienie metafizyki moralności*, przeł. M. Wartenberg, Warszawa 1984.

- Kelsen H.:** *Was ist juristischer Positivismus?*, „Juristenzeitung“ 1965, s. 465 nn.
- Kern L.:** *Von Habermas zu Rawls. Praktischer Diskurs und Vertragsmodell im entscheidungslogischen Vergleich*, w: *Gerechtigkeit — Diskurs oder Markt? Die neuen Ansätze in der Vertragstheorie*, wyd. L. Kern i H.-P. Müller, Opladen 1986.
- Kielski A.:** *Recenzja: F. Haymann, Kants Kritismus und die naturrechtlichen Strömungen der Gegenwart, Berlin 1924*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny“ 1925, s. 715 n.
- Kleppel E.:** *Autonomie und Anerkennung. Eine Untersuchung des Verhältnisses der Grundlagen der südwestdeutschen Kantschule zum Sittlichkeitsbegriffe Kants*, Frankfurt am M. 1978.
- Koller P.:** *Zur Verträglichkeit von Rechtspositivismus und Naturrecht*, w: *Das Naturrechtsdenken heute und morgen. Gedächtnisschrift für René Marcic*, wyd. D. Mayer-Maly i P. M. Simons, Berlin 1983, s. 337 nn.
- Krąpiec M. A.:** *Realizm ludzkiego poznania*, Poznań 1959.
- Krąpiec M. A.:** *Człowiek i prawo naturalne*, Lublin 1986 (1975).
- Krąpiec M. A.:** *Metafizyka*, Lublin 1978.
- Krąpiec M. A.:** *Człowiek i wartości*, w: tenże: *Człowiek — kultura — uniwersytet*, Lublin 1982, s. 43 nn.
- Kühl K.:** *Naturrecht. Neuere Diskussion*, w: *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, t. 6, wyd. J. Ritter i K. Gründer, Basel 1984, szp. 609 nn.
- Kupiszewski H.:** *Prawo rzymskie a współczesność*, Warszawa 1988.
- Larenz K.:** *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin 1960.
- Langrod J. S.:** *O tzw. prawie sędziowskim*, „Państwo i Prawo“ 1946, nr 8, s. 17 nn.
- Litauer J. J.:** *O metodzie wypełniania luk w prawie*, „Państwo i Prawo“ 1947, nr 7-8, s. 14 nn.
- Llompert J.:** *Die geschichtliche und übergeschichtliche Unbeliebigkeit im Naturrechtsdenken der Gegenwart. Eine rechtsphilosophisch-ideengeschichtliche Skizze*, w: *Das Naturrechtsdenken heute und morgen. Gedächtnisschrift für René Marcic*, wyd. D. Mayer-Maly i P. M. Simons, Berlin 1983, s. 97 nn.
- Luhmann N.:** *Legitimation durch Verfahren*, Darmstadt 1978 (1969).

- Luhmann N.:** *Positives Recht und Ideologie*, „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie“ 1967, s. 567 nn.
- Maihofer W.:** *Die Natur der Sache*, „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie“ 1958, s. 145 nn.
- Mały słownik terminów i pojęć filozoficznych*, oprac. A. Podsiad i Z. Więckowski, Warszawa 1983.
- Marcic R.:** *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat. Recht als Maß der Macht*, Berlin 1957.
- Martyniak Cz.:** *Recenzja: G. Radbruch, Zarys filozofii prawa, Warszawa 1938*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny“ 1939, s. 543 nn.
- Mehrheitsprinzip, Konsens und Verfassung*, wyd. H. Hattenhauer i W. Kaltefleiter, Heidelberg 1986.
- Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, wyd. W. Maihofer, Darmstadt 1981 (1962).
- Das Naturrechtsdenken heute und morgen. Gedächtnisschrift für René Marcic*, wyd. D. Mayer-Maly i P. M. Simons, Berlin 1983.
- Naucke W.:** *Konsens als Quelle richtigen Rechts; Richtiges Recht als Grenze des Konsens*, w: *Mehrheitsprinzip, Konsens und Verfassung*, wyd. H. Hattenhauer i W. Kaltefleiter, Heidelberg 1986, s. 47 nn.
- Ollero A.:** *Rechtswissenschaft und Philosophie. Grundlegendiskussion in Deutschland*, z hiszp. przeł. W. Paul, Ebelsbach am M. 1978.
- Opalek K.:** *Zagadnienia teorii prawa i teorii polityki*, Warszawa 1986.
- Opalek K./Wróblewski J.:** *Współczesna teoria i socjologia prawa w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej*, Warszawa 1963.
- Ott W.:** *Der Rechtspositivismus*, Berlin 1976.
- Ott W.:** *Was heißt „Rechtspositivismus“?*, w: *Das Naturrechtsdenken heute und morgen. Gedächtnisschrift für René Marcic*, wyd. D. Mayer-Maly i P. M. Simons, Berlin 1983, s. 413 nn.
- Perelman Ch.:** *Gesetz und Recht*, w: *Das Naturrechtsdenken heute und morgen. Gedächtnisschrift für René Marcic*, wyd. D. Mayer-Maly i P. M. Simons, Berlin 1983, s. 427 nn.
- Perelman Ch.:** *Logika prawnicza. Nowa retoryka*, przeł. T. Pajor, Warszawa 1984 (1979, w jęz. fr.).

- Piechowiak M.:** *Recenzja: Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, wyd. A. Kaufmann i W. Hassemer, Heidelberg 1989, „Państwo i Prawo” 1990, z. 5, s. 101 nn.
- Płeszka K./Gizbert-Studnicki T.:** *Recenzja: A. Kaufmann, Rechtsphilosophie im Wandel, Frankfurt am M. 1972; Beiträge zur Juristischen Hermeneutik, Köln 1984*, „Państwo i Prawo” 1987, z. 4, s. 118 nn.
- Radbruch G.:** *Zarys filozofii prawa*, przeł. Cz. Znamierowski, Warszawa 1938 (1914, w jęz. niem.).
- Radbruch G.:** *Rechtsidee und Rechtsstoff*, „Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie” 1923/24, s. 343 nn.
- Radbruch G.:** *Rechtsphilosophie*, Stuttgart 1973³ (1932).
- Radbruch G.:** *Der Zweck des Rechts* (1937), w: tenże: *Der Mensch im Recht*, Göttingen 1961, s. 90 nn.
- Radbruch G.:** *Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo* (1946), przeł. Cz. Tarnogórski, w: M. Szyszkowska: *Dociekania nad prawem natury czyli o potrzebach człowieka*, Warszawa 1972, s. 147 nn.
- Radbruch G.:** *Vorschule der Rechtsphilosophie*, Göttingen 1965³ (1947).
- Radbruch G.:** *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, Darmstadt 1960 (1948).
- Rawls J.:** *A Theory of Justice*, Cambridge Mass. 1971.
- Rink E.:** *Koncepcje „natury rzeczy” we współczesnej filozofii prawa*, „Roczniki Filozoficzne” 1974, z. 2, s. 123 nn.
- Skąpska G./Stelmach J.:** *Stare i nowe interpretacje filozofii prawa Arthura Kaufmanna*, „Colloquia Communia” 1988/89, nr 6/1, s. 75 nn.
- Spaemann R.:** *Die Aktualität des Naturrechts* (1973), w: tenże: *Zur Kritik der politischen Utopie. Zehn Kapitel politischer Philosophie*, Stuttgart 1977, s. 183 nn.
- Stelmach J.:** *Co to jest hermeneutyka?*, Wrocław 1989.
- Stelmach J.:** *Die hermeneutische Auffassung der Rechtsphilosophie*, Ebelsbach am Main 1991.
- Stępień A. B.:** *O metodzie teorii poznania. Rozważania wstępne*, Lublin 1966.
- Stępień A. B.:** *Rola doświadczenia w punkcie wyjścia metafizyki*, „Zeszyty Naukowe KUL” 1974, z. 4, s. 29 nn.

- Strauss L.:** *Prawo naturalne w świetle historii*, przeł. T. Górski, Warszawa 1969.
- Studer H.:** *Begründungsprobleme des ontologischen Naturrechts*, w: *Das Naturrechtsdenken heute und morgen. Gedächtnisschrift für René Marcic*, wyd. D. Mayer-Maly i P. M. Simons, Berlin 1983, s. 651 nn.
- Szyszkowska M.:** *Neokantyzm. Filozofia społeczna wraz z filozofią prawa natury o zmiennej treści*, Warszawa 1970.
- Szyszkowska M.:** *Teorie prawa natury XX wieku w Polsce*, Warszawa 1982.
- Szyszkowska M.:** *Teorie prawa natury o zmiennej treści a dynamiczne teorie prawa natury*, „*Studia Filozoficzne*” 1985, nr 2-3, s. 179 nn.
- Szyszkowska M.:** *Filozofia prawa i filozofia człowieka*, Warszawa 1989.
- Tomasz z Akwinu:** *De Veritate*, Taurini 1931.
- Tomasz z Akwinu:** *Summa Theologica*, Taurini 1932.
- Tokarczyk R.:** *Prawa wierne naturze*, Lublin 1980.
- Tokarczyk R.:** *Filozoficzna systematyzacja doktryn prawa natury*, „*Studia Filozoficzne*” 1985, nr 2-3, s. 161 nn.
- Utz A. F.:** *Auf der Suche nach der Natur des Menschen. Ein Beitrag zum Begriff der Natur in der Naturrechtslehre*, w: *Das Naturrechtsdenken heute und morgen. Gedächtnisschrift für René Marcic*, wyd. D. Mayer-Maly i P. M. Simons, Berlin 1983, s. 941 nn.
- van der Ven J. J. M.:** *Grundrechte und Geschichtlichkeit*, Marburg 1960.
- van der Ven J. J. M.:** *Recht, Mensch, Person. Eine rechtsanthropologische Anfrage an die Rechtsvergleichung*, w: *Mehrheitsprinzip, Konsens und Verfassung*, wyd. H. Hattenhauer i W. Kaltefleiter, Heidelberg 1986, s. 15 nn.
- Waśkiewicz H.:** „*Drugie odrodzenie*” prawa naturalnego, „*Roczniki Filozoficzne*” 1962, z. 2, s. 115 nn.
- Weimar R.:** *Grundlagen einer „Einheit“ materialer Rechtsbegründung im Naturrechtsdenken und Positivismus*, w: *Das Naturrechtsdenken heute und morgen. Gedächtnisschrift für René Marcic*, wyd. D. Mayer-Maly i P. M. Simons, Berlin 1983, s. 473 nn.
- Weingartner P.:** *Extension/Intension*, w: *Handbuch Wissenschaftstheoretischer Begriffe*, t. 1, wyd. J. Speck, Göttingen 1980, s. 217 nn.

- Weinkauff H.:** *Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, „Neue Juristische Wochenschrift“ 1966, s. 1689 nn.
- Welzel H.:** *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen 1980⁵ (1951).
- Wolf E.:** *Das Problem der Naturrechtslehre. Versuch einer Orientierung*, Karlsruhe 1963³.
- Wolf E.:** *Naturrecht. Abriß der Wort-, Begriffs- und Problemgeschichte*, w: *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, t. 6, wyd. J. Ritter i K. Gründer, Basel 1984, szp. 560 nn.
- Współczesna filozofia prawa na zachodzie Europy. Wybór tekstów*, wyd. T. Gizbert-Studnicki i in., Kraków 1985.
- Würtenberger T.:** *Legalität, Legitimität*, w: *Staatslexikon*, wyd. Göres-Gesellschaft, t. 2, Freiburg im B. 1986⁷, szp. 873 nn.
- Zajadło J.:** *Überwindung des Rechtspositivismus als Grundwert des Grundgesetzes*, „Der Staat“ 1987, z. 2, s. 207 nn.
- Zdybicka Z.:** *Partycypacja bytu*, Lublin 1972.
- Ziemiński Z.:** *Podstawy sporów o „luki w prawie”*, „Państwo i Prawo“ 1966, z. 2, s. 205 nn.
- Ziemiński Z.:** *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980.

Analogia

- Ajdukiewicz K.:** *Logika pragmatyczna*, Warszawa 1965.
- Bejze B.:** *Analogia proporcjonalności i jej odmiany*, „Roczniki Filozoficzne“ 1962, z. 1, s. 105 nn.
- Biegański W.:** *Wnioskowanie z analogii*, Lwów 1909.
- Biele A.:** *Analogia w nauce*, Warszawa 1989.
- Bocheński I. M.:** *Über die Analogie*, w: *Logisch-philosophische Studien*, wyd. A. Menne, Freiburg 1959 (1948, w jęz. ang.), s. 107 nn.
- Bocheński I. M.:** *Wstęp do teorii analogii*, „Roczniki Filozoficzne“ 1948, z. 1, s. 64 nn.

- Bocheński I. M.:** *Gedanken zur mathematisch-logischen Analyse der Analogie*, „Studium Generale“ 1956, s. 121 nn.
- Bunge M.:** *Method, Model and Matter*, Dordrecht 1973.
- Coreth E.:** *Dialektik und Analogie des Seins. Zum Seinsproblem bei Hegel und in der Scholastik*, „Scholastik“ 1951, s. 57 nn.
- Czeżowski T.:** *Indukcja a rozumowanie przez analogię*, w: tenże: *Filozofia na rozdrożu*, Warszawa 1965, s. 82 nn.
- Dąmbska I.:** *O metodzie analogii*, w: taż: *Dwa studia z teorii naukowego poznania*, Toruń 1962.
- Dąmbska I.:** *Kilka uwag o rozumowaniach na podstawie analogii*, w: *Rozprawy logiczne. Księga pamiątkowa ku czci prof. K. Ajdukiewicza*, Warszawa 1967, s. 31 nn.
- Empacher A.:** *Potęga analogii*, Warszawa 1964.
- Gosiewski W.:** *O analogii, indukcji i dedukcji*, „Przegląd Filozoficzny“ 1909, s. 373 nn.
- Hedwig K.:** *Husserl und die Analogie*, „Zeitschrift für philosophische Forschung“ 1982, s. 77 nn.
- Herbut J.:** *O formalnym ujęciu analogii transcendentalnej*, „Roczniki Filozoficzne“ 1963, z. 1, s. 24 nn.
- Herbut J.:** *Kilka uwag o definicji analogii*, „Roczniki Filozoficzne“ 1966, z. 1, s. 115 nn.
- Herbut J.:** *W sprawie analogii opartej na relacjach kategorialnych*, „Studia Philosophiae Christianae“ 1967, nr 1, s. 264 nn.
- Klubertanz G. P.:** *St. Thomas Aquinas on Analogy. A Textual Analysis and Systematic Synthesis*, Chicago 1960.
- Kluxen W.:** *Analogie*, w: *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, t. 1, wyd. J. Ritter, Basel 1971, szp. 214 nn.
- Kotarbiński T.:** *Elementy teorii poznania, logiki formalnej i metodologii nauk*, Warszawa 1986³ (1929).
- Krąpiec M. A.:** *Teoria analogii bytu*, Lublin 1959.
- Krąpiec M. A.:** *Język i świat realny*, Lublin 1985.

- Krings H.:** *Wie ist Analogie möglich?, w: Gott in Welt. Festgabe für Karl Rahner*, t. 1, wyd. H. Vorgrimler, Freiburg im B. 1964, s. 97 nn.
- Lakebrink B.:** *Hegels dialektische Ontologie und die Thomistische Analektik*, Ratingen 1968 (1955).
- Lazari-Pawłowska I.:** *O pojęciu typologicznym w humanistyce, w: Logiczna teoria nauki*, Warszawa 1966, s. 639 nn.
- Przywara E.:** *Analogia entis*, München 1932.
- Puntel L.:** *Analogie und Geschichtlichkeit*, t. 1: *Philosophie-geschichtlich-kritischer Versuch über das Grundproblem der Metaphysik*, Freiburg im B. 1969.
- Stegmüller W.:** *Wissenschaftliche Erklärung und Begründung*, Berlin 1969.
- Wolter W./Lipczyńska M.:** *Elementy logiki. Wykład dla prawników*, Warszawa 1976.

Analogia w prawie

- Baratta A.:** *Juristische Analogie und Natur der Sache, w: Mensch und Recht. Festschrift für Erik Wolf zum 70. Geburtstag*, Frankfurt am M. 1972, s. 137 nn.
- Caiani L.:** *Analogia. Teoria generale, w: Enciclopedia del diritto*, t. 2, wyd. D. Marchetti, Varese 1958, s. 348 nn.
- Falck J.:** *Die Analogie im Recht. Eine Studie zur neueren Rechtsgeschichte*, Mainz 1906.
- Jost A.:** *Zum Analogieverbot im Strafrecht*, „Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht“ 1950, z. 3, s. 358 nn.
- Kaser M.:** *Zur Methode der römischen Rechtsfindung, w: Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen*, Philologisch-historische Klasse, Göttingen 1962, s. 49 nn.
- Nowacki J.:** *Analogia legis. Zagadnienia teoretyczno-prawne*, Warszawa 1966.
- Steinwerter A.:** *Prolegomena zu einer Geschichte der Analogie, w: Festschrift für Fritz Schulz*, t. 2, Weimar 1951, s. 345 nn.
- Steinwerter A.:** *Analoge Rechtsanwendung im römischen Recht, w: Studi Emilio Albertario*, t. 2, s. 103 nn.

Woleński J.: *Logiczne problemy wykładni prawa*, Kraków 1972.

Wróblewski J.: *Interpretatio extensiva*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1965, s. 111 nn.

Summary

Arthur Kaufmann is one of the most prominent figures among the contemporary philosophers of law in German speaking countries. For many years he was a director of the Institute of Philosophy of Law and Computer Sciences for Law at the University in Munich. Presently, he is a retired professor of this university. Rare in the contemporary legal thought, Arthur Kaufmann's philosophy of law is one with the highest ambitions — it aspires to pinpoint the ultimate foundations of law by explicitly proposing an ontology, a general theory of knowledge and concept of a person. Kaufmann's work derives, first of all, from the thinking of Gustav Radbruch, his teacher, and then from ideas of Karl Engisch and Hans-Georg Gadamer. The philosophy undertakes to pursue the ultimate foundation of law, law which is understood by Kaufmann, first of all, as a "concrete judgement" that is, what is right in a concrete situation. Justice belongs to the essence of law and "unjust law" is *contradictio in adiectio*. Kaufmann opposes all those theories, which as the only foundation for establishing just law (Recht) adopt legal norms (Gesetz). In Kaufmann's opinion, such theories are powerless in the face of all types of distortions of law rendered by political forces. He suggests that the basic phenomenon which needs to be explained and which cannot be disregarded by a philosopher of law is so-called "legal lawlessness" ("Gestzliches Unrecht"). "Legal lawlessness" which forms a part of life experience for the people of twentieth century totalitarian states. It proved "with the accuracy of scientific experiment" that the reality of law consists of something more than bare conformity with legal norms. The existence of *lex corrupta* indicates that law contains something "non-dispositive" which requires acknowledgment of both law-maker and judge. Kaufmann, accepting the convergent concept of truth and cognition, assumes that "non-dispositive" content, emerging as the conformity of a number of cognitive acts of different subjects (inter-subjective communicativeness and verifiability), indicates the presence of being in this cognition. The questions "What is law?" and "What are the principles of a just solution?" lead straight to the ontology of law, to the question about the ontological foundations of law. Kaufmann discerns the ontological foundations of law in the specifically understood "nature of things" and, ultimately, in a "person". He proposes a procedural theory of justice, founded on a "person".

In my work, I undertake to reconstruct the train of thought which led Kaufmann to the recognition of a "person" as the ontological foundation of law. In the first part, the

conception of philosophy adopted by Kaufmann, initial characteristics of law — of reality which is the subject of analysis, as well as, the requirements for proper philosophical explanation of law posed by Kaufmann are introduced. In the second, Kaufmann's reconstruction of the process of the realisation of law is presented. Next, the conception of analogy which Kaufmann uses when explaining law is analyzed. In the fourth part, Kaufmann's conception of ontological foundations of law is discussed. A critical analysis is carried out in which I demonstrate that the theory of the ontological foundation of law proposed by Kaufmann and the concept of a person included in it do not allow a satisfactory explanation of the phenomenon of "legal lawlessness" and lead to a number of difficulties in the philosophical explanation of law. Finally, the perspectives of a proper formulation of the issue of the ontological foundations of law are drafted in the context of the analyzed theory. My interest is centered on the conception of philosophy adopted by Kaufmann, according to which the existence of the reality is inferred on the basis of a certain configuration of the content of consciousness, whereas at the point of departure of philosophy of law, the data to be explained is a certain process, which is, basically, a process of cognition, while the reality appears only as a condition for the possibility of the occurrence of the process. I wish to argue that the difficulties which appear in the explanation of law are a consequence of the assumed fundamental philosophical solutions, which seem to be characteristic, though usually not assumed explicitly, in philosophy and theory of law dominant at present in continental Europe. Thereby, I wish to show the significance of ontological and epistemological solutions to the possibility of a proper formulation of the problems posed by philosophy and theory of law.

Kaufmann proclaims himself in favour of a philosophy which poses questions about the ultimate foundations of understanding of the reality. In epistemology, he assumes that answers to the questions "What is reality like?" and ultimately "What is real?" are inferred on the basis of uniformity of a cognitive acts of different subjects. Cognition of the reality is accomplished exclusively through the content of conceptual material. The two fundamental questions posed by philosophy of law are "What is just law?" and "How is the just law enacted?" The latter is a question about the process of achieving a solution to a concrete case. Since, in Kaufmann's opinion, law does not exist apart from the process of its realisation, an answer to the question about the manner of realisation of law is of fundamental significance to answering the question: "What is law?" and to the explanation of the question about the ontological grounding of law, which is, as well, the foundation of justice. The proper solution has to take into account the moment of "non-dispositive" content of law; its positiveness understood as the reality and, at the same time, it has to point to the principles of the historical transformation of the content.

Law, in the primary meaning of the word, always pertains, in Kaufmann's opinion, to a concrete case. A legal norm is solely the "possibility" of law and the entirely real law is *ipsa res iusta*, that which is just in a given situation. Determination of what is just takes place in a certain type of process performed by a judge (or by man confronted with a choice). Kaufmann aims to reconstruct this process. A question about the ontological foundation of law is a question about the ontological foundations of this process. In the analyzed theory it is formulated as a question about the transcendental conditions, necessary for the possibility of the occurrence of the process: how the reality should be thought to make possible the reconstructed process of the realisation of law.

Kaufmann rejects the model for finding a concrete solution based on simple subsumption and proposes a model in which concrete law ensues, based on inference by analogy, through the process of "bringing to conformity" that which is normative with that which is factual. Kaufmann distinguishes three levels in the process of the realisation of law. On the highest level, there are the fundamental legal principles, on the second legal norms, on the third — concrete solutions. The fundamental principles of law are general inasmuch as they cannot be "applied" directly to concrete conditions of life, however, they play an important part in establishing norms. A judge encounters a concrete situation and a system of legal norms. A life situation and norms are situated on inherently different levels of factuality and normativeness. In order to acquire a definite law both a norm (system of norms) and a life situation (*Lebenssachverhalt*) should undergo a kind of "treatment" which would allow a mutual conformity to be brought to them. Legal norms and definite conditions of life come together in the process of analogical inference in which the "factual state" ("Tatbestand") — which represents a norm, and in the "state of things" ("Sachverhalt") — which represents a specific situation are constructed. A "factual state" is a sense interpreted from a norm with respect to specific conditions of life. The "state of things" is a sense constructed on the basis of concrete conditions of life with respect to norms (system of norms). Legal norms and concrete conditions of life meet in one common sense established during the process of realisation of law. *Mutatis mutandis* the same refers to the process of composition of legal norms: as the acquisition of concrete law consists in a mutual "synchronization" of norms and concrete conditions of life, so acquisition of legal norms consists of bringing to conformity fundamental principles and possible conditions of life. According to Kaufmann, both of these processes are based on inference through analogy. As this inference is the heart of these processes it is simultaneously a foundation finding just law and justice. How does Kaufmann understand such an inference? As the basis for all justice he assumes a specifically interpreted distributive justice grounded on proportionality. Equality of relations is required between life conditions and their normative qualification. Concrete conditions of life are ascribed normative qualification not through simple application of a general norm. More likely, when we look for a solution we go from one concrete normative qualified case to another, through already known "applications" of norms to a new "application". The relation between life conditions and their normative qualification has to be proportional to other, earlier or possible (thought of) assignments of that which is factual to that which is normative. Law as a whole does not consist of a set of norms, but only of a unity of relations.

Since law is a, based on proportion, relative unity of a norm and conditions of life, in order to explain law in philosophical manner, the question about ontological base of this unity has to be asked. What is it that makes the relation between a norm and conditions of life "non-dispositive"? What is the basis for such an interpretation of a norm and case which makes it possible to bring a norm and conditions of life into mutual "conformity"? This is a question about a third thing (next to norms and conditions of life), with respect to which the relative identity between a norm and conditions of life occurs, about the intermediary between that which is normative and that which is factual and which provides for the process of establishing of norms, as well as, finding solutions. It is the "sense" in which the idea of law or legal norm and conditions of life have to be identical to

be brought to mutual "conformity". In Kaufmann's opinion such a sense is nothing else but the "nature of things" which determines the normative qualification of the reality. Since establishment of this "sense" appears to be "non-dispositive" and controlled inter-subjectively (namely, other subjects will reach a similar result) so, in conformity with the convergent concept of truth, the "nature of things" must be assigned a certain ontological status. According to Kaufmann this is a real relation which occurs between being and obligation, between the conditions of life and normative quality. However, it should be underlined that from the point of view of the analyzed system the "nature of things" is a correlate of constructed sense, a result of a construction which is based on the principle of consistent understanding of senses ("non-normative" and "normative") and is not a reality which is transcendent against the arrangement of senses. In Kaufmann's theory, inference from analogy appears to be a process of reshaping the concepts (senses) governed by tendency to understand the contents appearing in relations between that which is factual and that which is normative in a consistent way. The analogical structure of language (concepts) and recognition of being as composed of an essence and existence is an indispensable requirement for the possibility of the realisation of law, based on specifically understood inference from analogy. It is necessary to assume a moment of existence without content which ensures unity of cognition. Existence emerges thus as a condition of the possibility of cognition.

According to Kaufmann, the "nature of things" is the heart of inference through analogy and the basis for establishment of finding of law. Inference from the "state of things" to a norm or from a norm to the "state of things" always means inference through the "nature of things". The "nature of things" is the proper medium of objective legal sense sought in every cognition of law. In Kaufmann's view, the question whether the "nature of things" is *ultima ratio* of interpretation of law or is only a means of supplement gaps in law or whether it is one of the sources of law, is posed wrongly. The "nature of things" serves neither to supplement the gaps nor is it a source of law as, for example, a legal norm may be. It is a certain kind of "catalyst" necessary in every act of making law and solving a concrete case. Owing to "nature of things" it is possible to bring to a mutual conformity the idea of law and possible conditions of life or legal norms and concrete conditions of life.

In Kaufmann's conception the "nature of things" is not yet the ultimate basis for understanding the "non-dispositiveness" of law. The relation between obligation and being is determined in the process of the realisation of law. Both the process itself and that which is transformed in this process are given. A question about the ontological bases of "material" contents undergoing "treatment" in the process of the realisation of law and about being which is the basis of regularity of the occurrence of the process arises. Only this will allow an explanation that the result of the process is not optional. Thus, a question about reality to which law refers and about the subject realising the law has to be formed. To this, Kaufmann gives the following answer: that which is missing is man but not "empirical man" but man as a "person". A "person" understood as a set of relations between man and other people and things. A "person" is the intermediary between those things which are different — norm and case are brought to conformity. A "person" is that which is given and permanent in the process of the realisation of law. It determines the content of law, is "subject" of law; this aspect is described by Kaufmann as the "what" of

the process of realisation of law. A "person" consists of precisely just these relations which undergo "treatment" in the process. On the other hand, a "person" is "a place" in which the processes of realisation of law occur, it is the "how" of normative discourse, a "person" is that which determines the procedure of the process, being "outside" of it. This aspect of a "person" is connected with the formal moment of law. A "person" being, at the same time, the "how" and the "what" of the process of the realisation of law, is also, to put it differently, a structural unity of relation and that which constitutes this relation (unity of *relatio* and *relata*). According to this approach a "person" is neither an object nor a subject. It exists only "in between". It is not substance. Law is the relation between being and obligation. That which is obligatory is connected with that which is general. That which is general does not exist on its own, it is not completely real. Accordingly, a "person" as such is also not real. It is relational, dynamic and historical. A "person" is not a state but an event. In Kaufmann's opinion, such a concept of a "person" helps to avoid the difficulties connected with the fungibility of law in classical legal positivism. A "person" is that which is given, which is not at free disposal and secures the moment of "non-dispositiveness" of law. Kaufmann concludes: "The idea (»nature«) of law is either the idea of a personal man or is nothing".

Theory points at the structure of realising law and explains the process of adoption of general legal norms for a concrete situation. The analysis has shown however, that in this theory a satisfactory answer to the question about the ultimate foundations of law is not given. It seems that in the analyzed theory the understanding of human being takes place through understanding of law. What is good for man as a "person", what is just, what a "person" deserves may be determined only against the existing system of law. A "person" adopted as a basis of law is the reality postulated in the analysis of the process of the realisation of law. It is a condition of possibility of this process (explaining, on one hand, its unity and, on the other hand, the non-dispositive moments stated in this process). A "person" in the discussed theory is entirely defined by the structure of law, it can be nothing more than that which is given in law, what law refers to, what law is about. Being, which is a "person", is constituted by relations between people and objects, the relations which are based on fundamental links between norms and conditions of life established in a process of bringing them to conformity. It has to be assumed that man as a "person" is a subject of law only as far as realising law "treats" given senses according to their current configuration. The system of law is a starting point and it describes in content what man is as a "person".

Moreover, being a "person" is the condition for entering legal relations. Consistently, Kaufmann writes that "empirical man" is not the subject of law, man is not "out of nature" a "person". People become "persons" due to the fact that they acknowledge each other as "persons" — acknowledging, at the same time, law. This acknowledgement is a condition of existence, of the possibility of the occurrence of process of realisation of law and of constituting legal relations which ultimately constitute a "person". Kaufmann assumes, that law tends towards a moral aim: it may and must create an external freedom, without which the internal freedom to fulfil moral obligations cannot develop. However, this postulate is not based on the necessary structure of human being. From the point of view of his system, it is nothing more than only a condition for the possibility of the occurrence of the process of the realisation of law — lack of freedom would destroy the "how" of this

process. Thus, the postulate to protect the freedom of personal acts has to be interpreted, in accordance with the analyzed theory, as a postulate, the fulfilment of which aims ultimately at the accomplishment of the very same process of realisation of law itself and not the realisation of a given man.

Kaufmann considers a "person" to be an element which unites the system of law as a whole. Law is a structure of relations, which are interdependent and inter-contingent. Consequently, a "person" which is to form the ontological basis of law has to be entity consisting of all relations. Being also the "how" of the process of realisation of law, if a "person" is to warrant its unity, it has to be a common source for all procedures. Hence, a single "person" would constitute a subject of law. Man appears to be only a moment of a certain entirety, realisation of which should be an aim of his actions. Law, creating a "person" as an object and subject of law becomes a primary entity. In the analyzed theory, the basis for determination of aims which law sets to man is not the allocation of man-subject to something which improves him but rather, such relation is only just constituted by law. A question appears, why should aims set in law also be the aims of "empirical man"? Why is this "empirical man" to be punished in the name of a "person" understood in such a way? If, however, it is assumed that what is man is determined by a system which is superior to him, then man has to be understood only as a part of a whole and there are no grounds to prohibit instrumental treatment of man and so the road to all aspects of totalitarianism might be opened. A problem of the application of created theory to the reality arises, the reality which the theory pretends to explain.

Ultimately in his theory Kaufmann does not give any systemic grounds for a radical questioning of the validity of any legal norms. Every new norm becomes an equal part of system of norms. It is only its interpretation and application to given conditions of life that may be disputable, however, this refers to all norms without exception. Cohesive interpretation of norms and applications is necessary and sufficient for the acquisition of just law. New norms have to be interpreted in the light of others, correspondingly, the other norms require reinterpretation in the light of the new ones. Contradiction in interpretation of a norm does not form a basis for questioning norms but may serve only to question the manner of their interpretation (understanding). Therefore, no grounds exist to assume any legal norm as criminal or unjust, and in consequence, to question any consistently realised system based on formally, properly established norms, as "legal lawlessness".

As law and a "person" do not exist without the process of realisation of law, the role of legal safety becomes crucial as the condition for the possibility of the occurrence of the process of realisation of law. Denying legal safety would be tantamount to negation of law in general (also of moral law) as negation of safety takes away, at the same time, the basis for occurrence of the process of realisation of law. Moreover, any lack of legal safety would also mean lack of a basis for the existence of man as a "person". Kaufmann's thesis, that civil disobedience is legalized only when it has a chance to lead to success, consistent with his concept of the foundations of law, seems to point directly to conclusions which deny the facts taken under consideration and doubtlessly Kaufmann's own intentions, since it would have to be assumed that accordingly there are no grounds to question a legal system in force based on violence which secures its operation. Force finally seems to determine which one of the mutually irreconcilable normative systems constitute law and which does not. A legitimate position is one which leads to success, it is the weaker

system which is negated. If so, then basically violent imposition of law is not an act directed against the law in force but, to the contrary, realisation of law. In the context of the new system the former system of law may be talked about as unjust solely in the sense of being incapable of being consistently united with the new. However, at the base, ultimately, lies force which reaffirms differences and excludes from the process of realisation of law certain norms and their interpretations.

Kaufmann was aiming at grounding of that which is "non-dispositive" in a certain given framework of interpretation. Nevertheless, he does not provide foundations for the understanding of phenomena, which he undertakes to explain at a point of departure. Instead of explaining them the theory negates the possibility of their existence. The reality postulated in regard to "non-dispositive" moments of the reconstructed process of acquiring law consist of a specifically understood "person", which appears in Kaufmann's conceptions as a condition of the possibility of the realisation of law. According to this approach understanding of a "person" may be only a function of law. To understand "legal lawlessness" and foundations of justice it is necessary to look for such theory of law in which understanding of man as a "person" and being is not a function of understanding of law (in which a "person" is not only a condition for possibility of reconstructed process of realisation of law; for possibility of cognition processes). It seems necessary to start from theory of being and a "person" based on broader experience than the one assumed by Kaufmann and reconstruct the ontological foundations of the process of realisation of law only in such perspective. Kaufmann points out that that to which law refers is *ipsa res iusta* a concrete relation of man to other people and things. This relation, in his theory, appears to be basically only just constituted by law (normative senses "applied" to conditions of life). Therefore, understanding the relation between a given man and other people and things which constitute the aim of his actions, that is understanding of good, is enacted against the background of constitution of senses; constitution which is a result of a process aiming towards consistent understanding of particular contents (of normative and non-normative senses). "Being" is secondary towards constructed senses it is only their correlate. The primary relation consists of relation of a man to law (system of norms), while the secondary relation is one of man to something which is the aim of his action (relation between man and good). Considering such approach it is difficult to envision a satisfying answer to the fundamental question: why does law put concrete man under any obligation to obey it?

*

The source of this problem can be seen in reduction of the base for understanding good to content of obligation formulated in auto-reflection. Such reduction seems to be a consequence of Kaufmann's adoption of "convergent concept of truth" and in consequence his recognition of indirect, essentialistic grasp of reality formulated in concepts as the basic and only foundation of theory of being and of law. In view of such an approach, analogy of law, concepts and being is the condition for the possibility of the process of transformation of senses which aims at consistent interpretation of all law. Existence is postulated with respect to the possibility of unity of experience and cognition. However, also a different approach to understanding of the problem of being and good is

possible. In spontaneous cognition being is affirmed, first of all, not as a certain, non-contradictory, determined content, but as something **existing**. Together with a certain content (passed indirectly through notions) existence of being is co-given. The basis for unity of being is not formed by the consistence of content, as it is in the case of the theories departing from the analysis of cognition processes, but by an act of existence realising content (essence). Such an approach makes it also possible to go beyond the convergent concept of truth. It is worth mentioning that allocation of an agent to good is realised not only by the content of duty. A statement **that** something is good is primary with respect to determination of this good in content. The recognised good always bears some content, however, there are no reasons to base the concept of good exclusively on indirect, formulated in concepts cognition. As primary, can be adopted the relation of man to good and not of man to law. Determination in content appears to be only an articulation of aspectual cognition of being, as an object of action. In such a case the basis for relative unity of norm and conditions of life is not the "nature of things" understood as correlate of sense but it is relation to good based on internal constitution of man as potential, not self-sufficient being. It does not mean, that the moments of the process of realisation of law singled out by Kaufmann are not important to determination of what is just. He, quite rightly, points to significant role played by norms in the evaluation of concrete situations, in man's search for closer specification in content of good innate to him. The structure of process of determining law for a concrete situation, to a great degree corresponds to the processes of determining law which take place not only in the legal sciences. Kaufmann's analyses of the process of realisation of law show the complexity of the structure of these processes and point towards important moments allowing a better understanding of law and man. Nevertheless, these analyses cannot be a basis for construction of philosophical theory of law, theory which hopes to point out the ultimate, ontological foundations for understanding law. Kaufmann's results may become fully valid only in a more general perspective including broader experience at the point of departure.

*Przełożyła
Cecylia Gorzoń*

nie, 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 struktura bytowa? jakie są podstawy sprawiedliwości prawa i jej kryteria? Do najważniejszych publikacji dotyczących podstawowych zagadnień filozofii prawa należą: *Naturrecht und Geschichtlichkeit* (1957), *Das Schuldprinzip* (1961), *Analogie und „Natur der Sache“* (1965), *Theorie der Gerechtigkeit* (1984), *Vorüberlegungen zu einer juristischen Logik und Ontologie der Relationen* (1986) *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit* (1990), zbiory artykułów: *Rechtsphilosophie im Wandel* (1972) i *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik* (1984), *Vom Gehorsam gegen die Obrigkeit* (1991). Arthur Kaufmann jest też wydawcą dzieł wszystkich swego nauczyciela — Gustava Radbrucha, oraz autorem licznych prac na jego temat.

Arthur Kaufmann należy do najwybitniejszych współczesnych teoretyków i filozofów prawa niemieckiego obszaru językowego. Uczeń i kontynuator Gustava Radbrucha poszukuje odpowiedzi na fundamentalne pytania — *co to jest prawo? i jakie są podstawy jego obowiązywania?* Prace A. Kaufmanna, często cytowane w polskiej literaturze przedmiotu, nie doczekały się jak dotąd pogłębionej analizy i oceny ze strony teoretyków prawa. Tym większe uznanie musi budzić podjęcie się tego trudnego, i jakże fascynującego poznawczo i intelektualnie zadania, nie przez prawnika, lecz przez młodego filozofa. Autor, rekonstruując koncepcję Kaufmanna, koncentruje się na tym jej aspekcie, który dotyczy ontologicznych (bytowych) podstaw prawa. Doświadczenie zbrodni dokonywanych w majestacie prawa każe uznać, iż prawo to coś więcej niż formalnie ustanowione normy. Kaufmann proponuje ugruntować sprawiedliwość w specyficznym pojętej osobie. Rzetelna i precyzyjna analiza tej teorii prowadzi autora książki do wniosku, że koncepcja Kaufmanna nie wyjaśnia w zadowalający sposób fenomenu „ustawowego bezprawia” i prowadzi do trudności charakterystycznych dla klasycznego pozytywizmu prawnego.

Praca stanowi bez wątpienia ważny wkład do toczących się u nas dyskusji na temat podstaw prawa i jego mocy wiążącej. Ukazuje też jak duże znaczenie mają — z pozoru tylko oderwane od konkretnych problemów dzisiejszego człowieka — filozoficzne zagadnienia należące do ontologii i teorii poznania.

Książka zawiera przygotowaną z dużą starannością bibliografię — nieocenioną pomoc dla wszystkich zainteresowanych twórczością Arthura Kaufmanna i filozofią prawa.

Roman Wieruszewski

Dr Marek Piechowiak jest adiunktem w Zespole Praw Człowieka Instytutu Nauk Prawnych PAN w Poznaniu. Jest on absolwentem Wydziału Filozofii Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego. Prezentowana praca powstała w oparciu o obronioną na tym Uniwersytecie rozprawę doktorską pt. „Arthur Kaufmanna koncepcja prawa naturalnego”, której promotorem był prof. dr hab. M. A. Krąpiec. Warto podkreślić, że praca uzyskała bardzo pozytywne recenzje prof. dra hab. J. W. Gałkowskiego i prof. dra hab. M. Zirka-Sadowskiego. Przygotowując rozprawę do druku, autor przyjął nieocinną perspektywę badawczą.