

Jerzy ZAJADŁO

Filozofia prawa Arthura Kaufmanna

Философия права Артура Кауфманна

Arthur Kaufmanns Rechtsphilosophie

* * *

Z końcem lat siedemdziesiątych w lubelskim środowisku uniwersyteckim wysunięto myśl wprowadzenia filozofii prawa do dyscyplin prawnych. W szczególności taki postulat głosił G. L. Seidler, publikując w „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie” (Bd. LXIV/2, 1978) artykuł *Die Grundidee der Rechtsphilosophie*, jak też w opublikowanej w tymże roku pracy *Z zagadnień filozofii prawa*. Swą koncepcję, w pełni rozwiniętą, przedstawił G.L. Seidler w książce *Rechtssystem und Gesellschaft*, zawierającej jego wykłady z filozofii prawa, wygłoszone w zimowym semestrze 1980—1981 na Uniwersytecie w Kilonii.

W środowisku lubelskim zrodziła się również myśl opublikowania specjalnego zbioru artykułów w „Studiach Filozoficznych”, poświęconego filozofii prawa. Zbiór ten ukazał się w r. 1985 jako nr 2—3. W nocie redakcyjnej między innymi czytamy: „Z inicjatywą wydania specjalnego zeszytu naszego miesięcznika, poświęconego w całości filozofii prawa, wystąpił dr P. Smoczyński z UMCS. Zwrócił się on do grona teoretyków prawa i filozofów zainteresowanych ogólną refleksją nad prawem, motywowaną pytaniami filozoficznymi. Szesnaście artykułów, składających się na niniejszy zbiór, stanowi odpowiedź na hasło «filozofia prawa»”.

Kontynuacją tych poczynań było odbyte w październiku 1986 r. seminarium na Wydziale Prawa UMCS z udziałem A. Kaufmanna na temat jego filozofii prawa, a także rozprawa *Filozofia prawa Arthura Kaufmanna* pióra J. Zajady. A. Kaufmann należy do najwybitniejszych współczesnych europejskich teoretyków prawa. Jest on również znany w polskim środowisku prawniczym i to nie tylko wśród teoretyków, ale również wśród karników, albowiem swymi książkami: *Schuld und Strafe* oraz *Strafrecht zwischen Gestern und Morgen* zdobył wybitną pozycję w tej dyscyplinie.

A. Kaufmann urodził się w r. 1923. Studia prawnicze ukończył w Heidelbergu, gdzie doktoryzował się w r. 1949 u G. Radbrucha. Po pięcioletniej pracy w sądownictwie powraca do pracy naukowej i po habilitacji w r. 1960 z prawa karnego, procedury karnej i filozofii prawa powołany zostaje na katedrę w Uniwersytecie w Saarbrücken, a po 9 latach przechodzi na Uniwersytet w Monachium. Tam kieruje wielkim instytutem, obejmującym filozofię prawa, prawo karne w najszerszym tego słowa znaczeniu oraz informatykę prawniczą. Pozycję światową w filozofii prawa zdobywa między innymi poprzez prace: *Das Schuldprinzip* (1976); *Analogie und Natur der Sache* (1982); *Rechtsphilosophie im Wandel* (1984); *Beiträge zur juristischen Hermeneutik* (1984); *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* (1984).

Rozprawa J. Zajadły *Filozofia prawa Arthura Kaufmanna* porusza cztery kluczowe zagadnienia, mające istotne znaczenie dla zrozumienia założeń kaufmannowskiej filozofii prawa, a więc: 1) relację pozytywizm prawniczy a prawo natury; 2) problem przewyciężenia dychotomii bytu i powinności; 3) koncepcję hermeneutyki, czyniącej z osoby stosującej prawo współustawodawcą; 4) zadania i cele filozofii prawa, które — mówiąc ogólnie — można sprowadzić u A. Kaufmanna do herderowskiego *Humanität*.

Rozprawa J. Zajadły nie tylko przybliży poglądy tego prawnika-filozofa, ale zmusza do konfrontacji naszych stanowisk z całkiem odmiennym sposobem jego rozumowania.

Lublin, dnia 13 marca 1987 r.

Antoni Pieniążek

UWAGI WSTĘPNE

Fakt odrodzenia doktryn prawa natury w teorii i praktyce prawa w Niemczech Zachodnich po drugiej wojnie światowej jest w naszym kraju rzeczą dosyć powszechnie znaną.¹ Brak szczegółowego opracowania tego zagadnienia w polskim czasopiśmiennictwie prawniczym i politologicznym powoduje jednak, iż wiedza ta jest dosyć powierzchowna i dotyczy w zasadzie pierwszych kilku lat po wojnie. Zupełnie nieznanne są natomiast dalsze losy niemieckiej dyskusji prawnonaturalnej, zwłaszcza zaś jej stan aktualny. Z tego punktu widzenia interesująca wydawać się powinna twórczość współczesnego zachodnioniemieckiego filozofa prawa,

¹ Por. np. M. Sobolewski: *Problematyka prawa natury w prawie konstytucyjnym NRF*, „Państwo i Prawo” 1958, z. 3, ss. 591—604; H. Waśkiewicz: „Drugie Odrodzenie” prawa naturalnego, „Roczniki Filozoficzne KUL” 1962, 2, ss. 115—151.

Arthura Kaufmanna², ponieważ ogniskuje się w niej z jednej strony wszystko to, co charakterystyczne dla sporu *Naturrecht oder Rechtspositivismus*, z drugiej zaś to, co znamienne dla aktualnych tendencji, zmierzających do przewyciężenia tego odwiecznego dylematu. Zrozumienie koncepcji filozoficznoprawnych Kaufmanna wymaga jednak, jak się wydaje, przypomnienia kilku najbardziej charakterystycznych cech niemieckiej dyskusji prawnonaturalnej.

ISTOTA DYSKUSJI PRAWNONATURALNEJ

Istotą dyskusji prawnonaturalnej w powojennych Niemczech był (i jest) problem tzw. ustawowego bezprawia (*gesetzliches Unrecht*), związany bardzo ściśle z doświadczeniami faszyzmu.³ W początkowej fazie, tj. w pierwszym 10-leciu po wojnie, fala prawnonaturalnej euforii wzniosła się szczególnie wysoko, ponieważ albo utożsamiano pozytywizm prawniczy z narodowosocjalistycznym decyzyzmem, albo przynajmniej obciążano go odpowiedzialnością za relatywistyczny nihilizm wartości, który umożliwił hitleryzmowi rozwój w ramach formalnodemokratycznych struktur Republiki Weimarskiej.⁴ Obciążanie pozytywizmu prawniczego za wynaturzenia faszystowskiego porządku prawnego (a właściwie bezprawia) spowodowało, że w pierwszej fazie dyskusji prawnonaturalnej stan napięcia pomiędzy doktrynami prawa natury a pozytywizmem prawniczym był szczególnie silny. W literaturze tego okresu pojawiło się szereg wypowiedzi deklarujących całkowite zwycięstwo doktryn prawa natury i podkreślających ostateczną dyskredytację pozytywizmu. Bardzo

² Główne prace A. Kaufmanna zostały zebrane w: *Rechtsphilosophie im Wandel, Stationen eines Weges*, wyd. I, Frankfurt a. Main 1972, wyd. II Köln—Berlin—Bonn—München 1984 (dalej cyt. jako *Rechtsphilosophie* 1 i 2); *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, Köln—Berlin—Bonn—München 1984; *Strafrecht zwischen gestern und morgen, Ausgewählte Aufsätze und Vorträge*, Köln—Berlin—Bonn—München 1983.

³ Obok antyfaszyzmu i antypozytywizmu zaznaczyły się jednak w niemieckiej powojennej dyskusji prawnonaturalnej także tendencje z jednej strony antykomunistyczne, z drugiej zaś ultrakatolickie — por. H. Lau: *Naturrecht und Restauration in der BRD*, „Kritische Justiz” 1975, s. 244 i n. oraz W. Rosenbaum: *Naturrecht und positives Recht*, Darmstadt 1972, s. 106 i n.; z literatury krajów socjalistycznych por. także H. Klenner, K. H. Schöneburg: *Vom ewigen zum beweglichen Naturrecht*, „Staat und Recht” 1956, 4, ss. 485—497 oraz W. A. Tumanow: *Was verbirgt sich hinter der „Widergeburt” des Naturrechts in der gegenwärtigen bürgerlichen Jurisprudenz?*, „Neue Justiz” 1954, ss. 658—689.

⁴ A. Baratta: *Rechtspositivismus und Gesetzespositivismus, Gedanke zu einer „naturrechtlichen” Apologie des Rechtspositivismus*, „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie” 1968, t. 54, s. 325 i n.

często wypowiedziom tym brakowało jakiegokolwiek oparcia filozoficzno-prawnego, a ich autorzy nie bardzo zdawali sobie sprawę z praktyczno-prawnych konsekwencji, wynikających z akceptacji prawa natury. Stąd też E. Wolf zasadnie wspomniał swego czasu o swoistym „dyletantyzmie naukowym” dyskusji prawnonaturalnej tego okresu.⁵

W miarę upływu czasu, zwłaszcza kiedy nieco opadły związane z tym problemem emocje, w dyskusji prawnonaturalnej rozpoczęła się faza, którą w dużym skrócie można by określić jako wyjaśnianie wzajemnych nieporozumień. Okazało się bowiem, że: 1) przyczyny powstania i rozwoju faszyzmu są znacznie bardziej złożone niż tylko pozytywistyczny relatywizm wartości⁶, 2) sam pozytywizm podlega wewnętrznym przeobrażeniom i nie można utożsamiać całego pozytywizmu prawniczego (*Rechtspositivismus*) z jego skrajnymi postaciami (*Gesetzespositivismus*)⁷; 3) wielość i różnorodność doktryn prawa natury powoduje, że ich (skądinąd bardzo wartościowe) postulaty w sferze teoretyczno- i praktyczno-prawnej napotykają znaczne trudności⁸; 4) pozytywizm prawniczy wcale nie ucieka od ujmowania prawa w płaszczyźnie aksjologicznej⁹; 5) same doktryny prawa natury nie kwestionowały i nie kwestionują konieczności istnienia prawa pozytywnego¹⁰.

W tym postępującym w miarę upływu czasu procesie zmniejszania się stanu napięcia pomiędzy pozytywizmem prawniczym i doktrynami prawa natury doszło z jednej strony do odrodzenia koncepcji neopoztywistycznych¹¹, z drugiej zaś — do powstania teorii, które w literaturze filozo-

⁵ *Das Problem der Naturrechtslehre, Versuch einer Orientierung*, wyd. III, Karlsruhe 1964, s. 20.

⁶ Baratta: *op. cit.*, s. 328 i n.; por. także H. Rottleuthner (Hrsg): *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*, „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie” (Stuttgart) 1984, Beiheft nr 18.

⁷ Na temat odmian pozytywizmu prawniczego por. W. Ott: *Der Rechtspositivismus, Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus*, Berlin 1975, s. 33 i n.

⁸ Takie stanowisko zajął np. Federalny Trybunał Konstytucyjny RFN (*Bundesverfassungsgericht*) w jednym ze swoich orzeczeń — por. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, t. 10, s. 81; we wcześniejszym orzeczeniu Trybunał uznał natomiast istnienie prawa natury (*ibid.*, t. 1, s. 18).

⁹ K. Opałek, J. Wróblewski: *Aksjologia — dylemat pomiędzy doktrynami prawa natury i pozytywizmem prawniczym*, „Państwo i Prawo” 1966, z. 9, ss. 251—262.

¹⁰ O. Höffe: *Naturrecht und positives Recht: Wider eine gängige Alternative*, „Merkur” 1983, z. 6, s. 613 i n.

¹¹ Kaufmann uważa za symptom tych tendencji np. pracę H. U. Eversa: *Der Richter und das unsittliche Gesetz* — cyt. za A. Kaufmann: *Tendenzen im Rechtsdenken der Gegenwart*, [w:] *Beiträge zur juristischen...*, s. 144.

ficznoprawnej określane są mianem poszukiwania „trzeciej drogi”.¹² Okazało się bowiem również, że dylemat *Naturrecht oder Rechtspositivismus* nie wyczerpuje *universum discussionis* współczesnej filozofii prawa.¹³ Oczywiście, nie można powiedzieć, iż obecnie panują niepodzielnie skrajne wersje pozytywizmu lub że owa trzecia droga jest powszechnie akceptowana. Chodzi tylko o to, że w opisanym wyżej procesie taki był kierunek ewolucji dyskusji prawnonaturalnej. Pod tym względem ciekawą rolę w powojennej zachodniemieckiej filozofii prawa odegrał Radbruch. Z pewnym uproszczeniem można powiedzieć, że wspomniany kierunek ewolucji od stanu zasadniczej sprzeczności pomiędzy pozytywizmem a doktrynami prawa natury do poszukiwania „trzeciej drogi” ma swój początek w sposobie interpretacji powojennej filozofii prawa Radbrucha. Był on w okresie międzywojennym jednym z czołowych przedstawicieli pozytywizmu, związanym z tzw. szkołą badeńską i w tej sytuacji opublikowany przez niego w r. 1946 na łamach „Süddeutsche Juristen Zeitung” — dzisiaj już wręcz legendarny — artykuł *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*¹⁴ stał się swego czasu prawdziwą sensacją. Dla przedstawicieli doktryn prawa natury był to *sui generis* sztandarowy dowód, świadczący o ostatecznej kompromitacji i dyskredytacji pozytywizmu prawniczego, a zwłaszcza o konieczności przejścia na pozycje prawnonaturalistyczne. Bliższe badania nad filozofią prawa Radbrucha¹⁵ dowiodły jednak, iż taka interpretacja jest wbrew intencjom samego autora i należy raczej mówić o ewolucji niż rewolucji w jego poglądach. Stąd też właśnie bierze swój początek ewolucja dyskusji prawnonaturalnej od doktryn ekstremalnych do bardziej umiarkowanych, np. do współczesnych koncepcji „natury rzeczy” (*Natur der Sache*).¹⁶

¹² A. Kaufmann: *Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik*, „Juristen Zeitung” 1975, s. 337.

¹³ Opałek, Wróblewski: *op. cit.*, s. 251 i n.

¹⁴ „Süddeutsche Juristen Zeitung” 1946, 5, ss. 105—108; wcześniej pisał Radbruch w podobnym tonie w *Fünf Minuten der Rechtsphilosophie*, „Rhein-Neckar Zeitung” 12 IX 1945.

¹⁵ Por. np. E. Wolf: *Umbruch oder Entwicklung in Gustav Radbruchs Rechtsphilosophie*, „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie” 1959, t. 45, ss. 481—503; A. Baratta: *Relativismus und Naturrecht im Denken Gustav Radbruchs*, *ibid.*, ss. 505—537; P. Bonsmann: *Die Rechts- und Staatsphilosophie Gustav Radbruchs*, Bonn 1966.

¹⁶ Szerzej na ten temat por. T. Gizbert-Studnicki: *Koncepcje „natury rzeczy” w zachodniemieckiej filozofii prawa*, „Etyka” 1981, t. 19, ss. 133—155 oraz E. Rink: *Koncepcje „natury rzeczy” we współczesnej filozofii prawa*, „Roczniki Filozoficzne KUL” 1974, 2, ss. 123—150.

SPÖR NATURRECHT ODER RECHTSPOSITIVISMUS

Z tak pojętą dyskusją prawnonaturalną filozofia prawa A. Kaufmanna jest związana potrójnie. Przede wszystkim więc zwraca się on zarówno przeciwko prawnonaturalnej ortodoksji i absolutyzacji, jak i przeciwko pozytywistycznemu relatywizmowi wartości. Po wtóre — na podstawie dotychczasowych doświadczeń dyskusji prawnonaturalnej buduje nową, własną koncepcję, która jest w gruncie rzeczy jedną z wersji doktryn prawa natury. I po trzecie wreszcie — sam uważa się za ucznia i kontynuatora powojennej filozofii prawa G. Radbrucha.¹⁷

Zdaniem Kaufmanna, dylemat *Naturrecht oder Rechtspositivismus* jest błędnym ujęciem problemu, ponieważ stawia wobec konieczności wyboru, który w każdej sytuacji będzie wyborem fałszywym i jednostronnym. Prawa pozytywne nie można bowiem zastąpić prawem natury i odwrotnie — treść prawa pozytywnego musi być zdeterminowana prawnonaturalnie (*naturrechtlich*).¹⁸ Zarówno pozytywizm prawniczy, jak i doktryny prawa natury zawierają w sobie część prawdy, ale oba te kierunki nie są, niestety, wolne od fundamentalnych błędów. Stąd też spór *Naturrecht oder Rechtspositivismus* jest w jego tradycyjnym ujęciu sporem bezowocnym i nierozwiązywalnym, prowadząc „w ślepej uliczce”.¹⁹ Nie oznacza to jednak, że dylemat ten jest impasem absolutnym, z którego nie ma żadnego wyjścia. Tyle tylko, że rozwiązanie tego problemu wymaga w opinii Kaufmanna przesunięcia ciężaru dyskusji na płaszczyznę ontologiczną przy jednoczesnej zmianie założeń teorio-poznawczych.²⁰

Grzechem głównym pozytywizmu było rozerwanie związku pomiędzy bytem (*Sein*) i powinnością (*Sollen*).²¹ Zdaniem Kaufmanna ten rozdział *Sein* i *Sollen* znalazł swoje apogeum w normatywizmie H. Kelsena. Ale i doktryny prawa natury nie są tutaj bez winy. Nie uczyniły bowiem nic, by związek bytu z powinnością utrzymać. Wręcz przeciw-

¹⁷ *Die ontologische Begründung des Rechts*, Hrsg. A. Kaufmann, Bad Homburg 1965, s. 2; por. także H. P. Schneider: *Gustav Radbruchs Einfluss auf die Rechtsphilosophie der Gegenwart*, [w:] G. Radbruch: *Rechtsphilosophie*, wyd. VIII, Stuttgart 1973, s. 362.

¹⁸ *Gesetz und Recht* [w:] *Rechtsphilosophie* 2, s. 136; *Die ontologische Struktur des Rechts*, *ibid.*, s. 101 i n.

¹⁹ *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie* [w:] *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Hrsg. W. Hassemer, A. Kaufmann, Heidelberg 1985, s. 81.

²⁰ *Gedanken zur Überwindung des rechtsphilosophischen Relativismus*, „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie” 1960, t. 46, s. 553.

²¹ A. Kaufmann, W. Hassemer: *Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, Frankfurt a. Main 1971, s. 21.

nie — ich kontraktualizm upodabnia je w gruncie rzeczy do pozytywizmu: „tak jak w systemie pozytywistycznym porządek prawny jest konstruowany niezależnie od konkretnych warunków historycznych”.²² Wbrew wszelkim pozorom między doktrynami prawa natury a pozytywizmem prawniczym istnieje wiele podobieństw i wspólnych punktów metodologicznych. Zdaniem Kaufmanna, oba te główne nurty filozoficzno- czy też teoretycznoprawne są tak samo aksjomatyczne, racjonalistyczne i arbitralne oraz cechuje je wspólna dążność do kodyfikacji prawa. Nie jest więc przypadkiem, że proces wielkich kodyfikacji na przełomie XVIII i XIX wieku był z jednej strony końcem racjonalistycznej szkoły prawa natury, z drugiej zaś — początkiem pozytywizmu prawniczego. W sferze metodologiczno-teoretycznej oba te nurty cechuje bowiem daleko idące „pokrewieństwo” (*Verwandtschaft*).²³

Nieco inaczej wygląda ten sam problem w płaszczyźnie podstaw obowiązywania prawa, którą Kaufmann nazywa płaszczyzną ontologiczną. Dla pozytywizmu prawniczego jedynym źródłem prawa jest wola ustawodawcy; sprawiedliwość obiektywna (prawo natury), jeśli w ogóle istnieje, jest tożsama z prawem stanowionym przez organy państwa. W klasycznych doktrynach prawa natury sytuacja wyglądała natomiast odwrotnie — obok norm stanowionych przez państwo istnieją obiektywne zasady sprawiedliwości, niezależne od prawodawczego *fiat*. Abstrahując zresztą od tego, jak się określi źródło tak pojętego prawa natury (wola Boga, natura człowieka, rozum ludzki etc.) mechanizm pozostaje zawsze ten sam — dualizm zasad sprawiedliwości stanowionej i ponadpozytywnej. Zdaniem Kaufmanna, zarówno doktryny prawa natury, jak i pozytywizm prawniczy akcentują więc tylko jedną stronę rzeczywistości prawnej (*die Wirklichkeit des Rechts*) — albo zasadę sprawiedliwości (*Gerechtigkeit, Naturrechtlichkeit*), albo zasadę pozytywności (*Positivität*).²⁴ Oba te kierunki pogłębiają więc tylko dualizm bytu i powinności. Dla pozytywizmu prawniczego prawo stanowione (*Gesetz*) jest tożsame z prawem w ogóle (*Recht*); dla doktryn prawa natury są to natomiast pojęcia całkowicie rozłączne. Właściwe rozróżnienie pomiędzy *Gesetz* i *Recht*, a ściślej — jak mówi Kaufmann — odnalezienie właściwego miejsca *Gesetz im Recht*²⁵ — oto zadanie, które stoi przed współczesną filozofią prawa. Tylko przez przywrócenie adekwatnej jedności *Sein* i *Sollen* można rozwiązać spór pomiędzy doktrynami prawa natu-

²² *Ibid.*, s. 22.

²³ *Die Sprache als hermeneutischer Horizont der Geschichtlichkeit des Rechts*, [w:] *Rechtsphilosophie* 1, s. 354 oraz *Analogie und „Natur der Sache“*, *Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, *ibid.*, s. 285.

²⁴ *Grundprobleme der zeitgenössischen...*, s. 18.

²⁵ *Ibid.*, s. 6.

ry i pozytywizmem prawniczym. „Trzeba bowiem — twierdzi Kaufmann — wreszcie skończyć z przeciwstawianiem prawa natury i prawa pozytywnego w alternatywie albo-albo”.²⁶ Alternatywa taka nie ma bowiem sensu, gdyż prawo (*Recht*) jest tylko jedno i ma wymiar realny, konkretny, historyczny.²⁷

ONTOLOGICZNA STRUKTURA PRAWA

„*Gesetz* nie jest identyczne z *Recht*” — oto jest główna teza i główny wątek filozofii prawa A. Kaufmanna. W jego ujęciu jest to jednak twierdzenie, które ma nie tylko charakter antypozytywistyczny, lecz zwraca się także przeciwko ortodoksji niektórych doktryn prawa natury. Twierdzenie, że prawo pozytywne obowiązuje realnie, a prawo natury idealnie, nie jest, zdaniem Kaufmanna, żadnym wyjściem z sytuacji. Nie ma bowiem prawa obowiązującego idealnie, prawo musi być słuszne (*richtiges*) *hic et nunc*. Z kolei pozytywność prawa (*Positivität*) wcale nie przesądza jeszcze o jego realności (*Realität*).²⁸

Zrozumienie relacji zachodzącej pomiędzy *Gesetz* i *Recht* jest możliwe tylko na płaszczyźnie ontologicznej, przy czym Kaufmann opiera się w tym wypadku z jednej strony na koncepcji Tomasza z Akwinu, z drugiej zaś — na ontologii M. Heideggera. Stąd też przyjmuje, że pomiędzy bytem (*Dasein*) a istotą (*Wesenheit*), egzystencją a esencją, aktem a potencją zachodzi nie stosunek identyczności czy przeciwieństwa, lecz stosunek polaryzacji (*Polarität*). Podobnie jest z bytem prawa *Recht* — nie jest ono bowiem, jak dotychczas sądzono, częścią *Sollen*, lecz — co paradoksalne — raczej częścią *Sein*. Prawo posiada więc także strukturę spolaryzowaną — jego esencją jest prawnonaturalność (*Naturrechtlichkeit*), natomiast jego egzystencją pozytywność (*Positivität*).²⁹ Metodologiczny dualizm *Sein-Sollen*, jest wynikiem pewnej abstrakcji i w rzeczywistości (także rzeczywistości prawnej) nie istnieje. Nie ma bowiem stosunków realnych bez wartości oraz wartości oderwanych od rzeczywistości. Chodzi więc o to, by znaleźć „trzecią drogę” nie w oderwaniu od sporu pomiędzy doktrynami prawa natury i pozytywizmem

²⁶ *Die ontologische Struktur...*, s. 106.

²⁷ *Gesetz und Recht*, s. 136; por. także *Recht als Maß der Macht* [w:] *Rechtsphilosophie* 2, s. 43 oraz *Analogie und „Natur der Sache“...*, s. 280.

²⁸ *Die ontologische Struktur...*, s. 109.

²⁹ *Durch Naturrecht und Rechtspositivismus...*, s. 337 i n. oraz *Die ontologische Struktur...*, s. 108 i n.; podobnie spolaryzowaną strukturę posiada, zdaniem Kaufmanna, także relacja pomiędzy prawem i etyką — por. *Recht und Sittlichkeit* [w:] *Rechtsphilosophie* 2, ss. 201—230.

prawniczym, lecz przez wyjaśnienie istoty tego dylematu.³⁰ Problemem podstawowym jest bowiem odpowiedź na pytanie, czy „ontologiczna dyferencjacja istnienia i istoty prawa” jest rzeczywista, czy też powstaje jedynie w procesie naszego myślenia, czy ma charakter *distinctio realis* czy tylko *distinctio rationis*? Wedle słów Kaufmanna, *distinctio realis* nie istnieje, ale nie mamy też do czynienia wyłącznie z *distinctio rationis*: należałoby raczej mówić o *distinctio rationis fundamento in re*.³¹

Spolaryzowany charakter relacji *Sein-Sollen* powoduje, że nie da się oddzielić sprawiedliwości prawa od jego pozytywności. „Prawo realne — twierdzi Kaufmann — to obecność istoty prawa, to pozytywność prawnonaturalności”.³² Takie ujęcie jest konsekwencją sceptycyzmu autora wobec możliwości rozwiązania sporu pomiędzy doktrynami prawa natury i pozytywizmem prawniczym w płaszczyźnie innej niż ontologiczna. Nie ma bowiem prawa (*Recht*) idealnego, jest tylko prawo konkretne, historyczne, pozytywne, ponieważ pozytywność stanowi jego immanentną cechę. Jest to jednak tylko jedna ze stron spolaryzowanej rzeczywistości prawnej. Prawo musi bowiem, obok pozytywności, odznaczać się także sprawiedliwością, która dla Kaufmanna jest synonimem prawnonaturalności. Skoro nie ma sprawiedliwości idealnej, to nie może ona stać się udziałem prawotwórczej działalności ustawodawcy. Stąd też nie można utożsamiać *Gesetz* i *Recht* (tak jak to robił pozytywizm prawniczy), ponieważ *Gesetz* stanowi jedynie możliwość *Recht* w sytuacji konkretnego rozstrzygnięcia prawnego.³³ Nie wolno jednak także (tak jak to robiły doktryny prawa natury w swej klasycznej wersji) rozdzielać tych dwóch pojęć, gdyż bez normy (*Gesetz*) nie można osiągnąć konkretnej słusznej decyzji prawnej (*Recht*).³⁴ Rzeczywistość prawa (*Realität des Rechts*) jest więc sprzężeniem pozytywności i prawnonaturalności: „Sprawiedliwość jako zasada ponadpozytywna jest rzeczywista tylko w prawie pozytywnym, a prawo pozytywne obowiązuje tylko pod warunkiem jego partycypacji w sprawiedliwości.”³⁵ W konsekwencji — twierdzi Kaufmann za R. Marcicem³⁶ — możemy używać termi-

³⁰ *Durch Naturrecht und Rechtspositivismus...*, s. 337 i n.; por. także *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, [w:] *Rechtsphilosophie* 2, ss. 1—21.

³¹ *Die ontologische Struktur...*, s. 112.

³² *Ibid.*, s. 109.

³³ *Gesetz und Recht*, s. 152; *Analogie und „Natur der Sache“...*, s. 281; por. także *Die „ipsa res iusta“*, *Gedanken zu einer hermeneutischen Rechtsontologie*, [w:] *Beiträge zur juristischen...*, s. 62.

³⁴ *Recht und Gerechtigkeit in systematischer Darstellung*, [w:] *Einführung in die moderne Rechtsphilosophie*, Karlsruhe 1977, s. 280, schemat nr 9.

³⁵ *Die ontologische...*, s. 108.

³⁶ Por. R. Marcic: *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*, Wien 1957, s. 125 i n.

nu *Recht* jako synonimu *Naturrecht*³⁷, ponieważ prawnonaturalność, sprawiedliwość, słusność tkwi immanentnie w etymologii tego terminu. Nie ma bowiem niesłusznego prawa (*unrichtiges Recht*), są najwyżej niesłuszne ustawy (*unrichtige Gesetze*).

Tą drogą dochodzi Kaufmann do koncepcji prawa słusznego *hic et nunc* (*zeitgerechtes Recht*) jako wyrazu historyczności prawa natury (*Geschichtlichkeit des Naturrechts*).³⁸ Błędem doktryn prawa natury było poszukiwanie zasad absolutnych, wiecznych, ponadczasowych, ponieważ w ten sposób pomijały one problem spolaryzowanej struktury ontologicznej prawa. Tylko w absolutie Boga esencja i egzystencja stanowią jedność, ale wówczas należy mówić nie o *Naturrecht*, lecz o *Naturgesetz*.³⁹ Prawo jest natomiast zawsze konkretne i historyczne, przy czym owa historyczność prawa nie oznacza w tym przypadku jego dziejowego rozwoju. Historyczność to nie jest prosta faktyczność, należy ją raczej pojmować ontologicznie jako ewolucję do istoty prawa, do prawa natury, do *zeitgerechtes Recht*.⁴⁰

Kaufmann zgadza się z opinią Radbrucha, iż „każda epoka musi na nowo pisać swą naukę prawa”.⁴¹ Teraźniejszość i przyszłość współczesnej filozofii prawa należy więc do ontologii. „Jeśli w starożytności — pisze Kaufmann — szukano prawa natury w naturze i logosie, w średniowieczu — w boskim porządku stworzenia, w czasach nowożytnych — w ludzkim *ratio*, to współczesna myśl prawnonaturalna jest zorientowana na *Sein*”.⁴² Musimy więc zmienić swe tradycyjne wyobrażenie o relacji pomiędzy *Gesetz* i *Recht*. Chodzi bowiem nie o utożsamianie czy też całkowite rozdzielanie tych dwóch pojęć, lecz o model rozumowania „prawo przed ustawą” (*Recht-vor-Gesetz Denken*).⁴³ Logicznie pierwsze jest *Gesetz*, ale ontologicznie *Recht*.

³⁷ *Recht als Maß der Macht...*, s. 45, przyp. 55; por. także *Gesetzesstaat-Richterstaat* [w:] *Rechtsphilosophie* 1, s. 207 i n. Jest rzeczą interesującą, iż obecnie takie same postulaty wysuwa się wobec terminu „prawo pozytywne” — wystarczy mówić „prawo”, gdyż nie ma prawa „niepozytywnego”. Tak w literaturze polskiej np. K. Opałek: *Pojęcie prawa pozytywnego*, „Państwo i Prawo” 1978, z. 12, ss. 3—16.

³⁸ *Die ontologische Struktur...*, s. 123; *Naturrecht und Geschichtlichkeit...*, s. 21.

³⁹ *Ibid.*, s. 119 i n. oraz s. 5 i n.

⁴⁰ *Naturrecht und Geschichtlichkeit...*, s. 21.

⁴¹ G. Radbruch: *Rechtsphilosophie*, wyd. VIII, Stuttgart 1973, s. 222 — cyt. za A. Kaufmann: *Rechtsphilosophie, Rechtslehre, Rechtsdogmatik*, [w:] *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart*, Heidelberg 1985, s. 7, przyp. 10.

⁴² *Die ontologische Struktur...*, s. 1.

⁴³ Jest to formuła użyta przez H. Jahrreissa: *Demokratischer Rechtsstaat und Rechtsprechung*, [w:] *Mensch und Staat*, Köln—Berlin 1957, s. 123. Kauf-

HERMENEUTYKA PRAWNICZA

Jak już wspomniałem, punktem wyjścia rozważań Kaufmanna jest uznanie, iż rozwiązanie sporu *Naturrecht oder Rechtspositivismus* wymaga z jednej strony przesunięcia dyskusji na płaszczyznę ontologiczną, z drugiej zaś — przewartościowania dotychczasowych założeń teoriopoznawczych. Problem sprawiedliwości jako oceny prawa pozytywnego składa się więc, zdaniem Kaufmanna, z dwóch podstawowych pytań: „Co to jest słuszne prawo?” oraz „Jak urzeczywistnić słuszne prawo?” Autor ten odrzuca więc możliwość pojmowania sprawiedliwości jako „pustej formy” (tak np. H. Kelsen czy E. Topitsch) czy „beztreściowego symbolu” (tak np. N. Luhmann).⁴⁴ Odrzuca także ugruntowany przez nauki ścisłe metodologiczny rozdział pytań typu „co” (*was*) i typu „jak” (*wie*). Jest to bowiem, jego zdaniem, metoda nieadekwatna do istoty nauk prawnych, zwłaszcza zaś filozofii prawa.⁴⁵ Dla Kaufmanna poznanie prawa jest zawsze w pewnym sensie jego tworzeniem. Prawo jako kategoria ontologiczna (*Daseinsform*) powstaje bowiem dopiero w procesie jego urzeczywistniania. Podobnie jest ze sprawiedliwością — nie istnieje ona „w ogóle”, istnieje tylko realnie, ontologicznie, historycznie. W tej sytuacji trudno mówić o sprawiedliwym czy słusznym prawie (*was*) bez uwzględnienia metod słusznego czy sprawiedliwego prawa (*wie*).

Zdaniem Kaufmanna, kluczem do zrozumienia powojennej niemieckiej filozofii prawa są prace Radbrucha. Jak już wspomniałem wyżej, istnieje dosyć rozpowszechniony pogląd, że o ile przed wojną Radbruch był zdecydowanym pozytywistą, o tyle po wojnie przeszedł na pozycje prawnonaturalistyczne. Zdaniem Kaufmanna, opinia ta jest zgodna z prawdą tylko *cum grano salis*.⁴⁶ Radbruch nigdy nie był skrajnym pozytywistą, tak samo jak nigdy nie stał się radykalnym zwolennikiem prawa natury. W jego filozofii nastąpiło tylko przesunięcie akcentów z idei pewności i bezpieczeństwa prawnego (*Rechtssicherheit*) na ideę sprawiedliwości (*Gerechtigkeit*). Co to jest jednak sprawiedliwość jako przejaw idei prawa? — to pytanie, zdaniem Kaufmanna, Radbruch pozostawił problemem otwartym. Nie jest zresztą w stanie dać odpowiedzi

mann bardzo często posługuje się tym zwrotem w swoich pracach: por. np. *Die „ipsa res iusta”...*, s. 60 oraz *Recht als Maß der Macht...*, s. 43 i n.

⁴⁴ *Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt a. Main 1984, s. 9.

⁴⁵ *Loc. cit.*; por. także *Problemggeschichte der Rechtsphilosophie*, s. 117 i n. oraz *Einige Bemerkungen zur Frage der Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, [w:] *Beiträge zur juristischen...*, s. 119 i n.

⁴⁶ *Problemggeschichte der Rechtsphilosophie...*, s. 81 i n.; *Theorie der Gerechtigkeit...*, s. 32; por. także *Der Mensch im Recht*, [w:] *Rechtsphilosophie* 2, ss. 23—32.

w tym wypadku ani pozytywizm prawniczy, ani klasycznie pojęta doktryna prawa natury.

Podkreślenie ontologicznej struktury prawa jest warunkiem wprowadzie niezbędnym, ale jednocześnie niewystarczającym dla przywrócenia względnej jedności *Sein* i *Sollen*. Zrozumieniu spolaryzowanej rzeczywistości prawnej musi bowiem towarzyszyć zmiana założeń i metod poznania procesu urzeczywistniania prawa. Tą drogą dochodzi Kaufmann do koncepcji ontologicznej hermeneutyki prawniczej.⁴⁷

Punktem wyjścia Kaufmanna jest w tym wypadku filozofia hermeneutyczna, której droga rozwoju prowadzi od Schleiermachera, Diltheya, Heideggera, Gadamera aż po Habermasa. Hermeneutyka stanowi określoną (tj. twórczą, aktywną) teorię poznania prawa i jego idei oraz odpowiada nie tylko na pytanie, co to jest sprawiedliwość jako idea prawa (*was*), lecz także jak ją urzeczywistnić w procesie stosowania prawa (*wie*). Chodzi, oczywiście, o hermeneutykę prawniczą, ponieważ zadania filozofii hermeneutycznej jako takiej są określone znacznie szerzej.⁴⁸

Jak więc odpowiedzieć na pytanie o istotę sprawiedliwości, na które nie zdołał odpowiedzieć G. Radbruch? Wedle słów Kaufmanna „musimy szukać idei prawa w naszym własnym świecie, w nas samych”.⁴⁹ Idea prawa jest więc ideą samego człowieka: „czym innym — pyta retorycznie Kaufmann — mogłaby bowiem być?”⁵⁰ Tak zwany krąg hermeneutyczny jest więc spiralą procesu poznania, w którym przedmiot i podmiot są tożsame. Nietrudno dostrzec w takim ujęciu odbicia heideggerowskiej idei „bycia w świecie” (*in-Welt-sein*).

Pozytywistyczna identyfikacja *Recht* i *Gesetz* powoduje, że proces stosowania prawa zostaje sprowadzony do mechanicznej subsumpcji normy i stanu faktycznego. Tymczasem stosowanie prawa (*Rechtsanwendung*) powinno być raczej jego odnajdywaniem (*Rechtsfindung*), gdyż ustawa (*Gesetz*) nie jest gotowym prawem (*Recht*), lecz jedynie jego potencjalną możliwością. W konsekwencji przeniesienia do nauk prawnych charakterystycznego dla nauk przyrodniczych modelu „podmiot—przed-

⁴⁷ Na temat hermeneutyki prawniczej u Kaufmanna por. zwłaszcza: *Die Sprache als hermeneutischer Horizont...*, ss. 338—368; *Die „ipsa res iusta“...*, ss. 53—64; *Durch Naturrecht und Rechtspositivismus...*, ss. 337—341; *Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik*, [w:] *Das Naturrechtsdenken heute und morgen. Gedächtnisschrift für Rene Marcic*, Berlin 1983, ss. 597—607.

⁴⁸ Na temat relacji pomiędzy hermeneutyczną filozofią a hermeneutyką prawniczą por. A. v. Beyer: *Bemerkungen zum Verhältnis von juristischer und philosophischer Hermeneutik*, „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie” 1968, t. 54, ss. 27—42.

⁴⁹ *Theorie der Gerechtigkeit*, s. 42.

⁵⁰ *Problemggeschichte der Rechtsphilosophie...*, s. 118.

miot—poznanie” sędzia stoi z boku, nie angażuje się, nie poznaje w sposób hermeneutyczny. Ten model poznania jest, zdaniem Kaufmanna, zupełnie nieadekwatny do nauk prawnych, ponieważ obiektywność, słuszność, realność nabierają zupełnie innego wymiaru.⁵¹ Stąd też monteskiuszowską formułę „sędzia to usta ustawy” należy uznać, według opinii Kaufmanna, za największą pomyłkę w historii rozwoju myśli prawnej, gdyż sprowadziła ona podstawowy organ stosujący prawo do roli automatu subsumpcji.⁵² Konkretna decyzja prawna musi bowiem odzwierciedlać asymilację normy i rzeczywistości, rzeczywistych stosunków społecznych, musi doprowadzić do ich uzgodnienia (*in-die-Entsprechung-bringen*).⁵³ Cel ten osiągnąć można jedynie w drodze „hermeneutycznego aktu zrozumienia” (*hermeneutischer Akt des Verstehens*).⁵⁴ Stąd też sędziemu nie wolno stać z boku, powinien on przenieść na konkretne orzeczenie część swojej własnej osobowości.⁵⁵ Rzeczywistość jest bowiem nieskończenie złożona i ustawodawca (lub też szerzej mówiąc normodawca) nie jest w stanie przewidzieć wszystkich rzeczywistych stanów faktycznych. Tak charakterystyczny dla naszych czasów zalew normotwórstwa nie może, zdaniem Kaufmanna zmienić tej prostej prawdy, wręcz przeciwnie — *pessimae reipublicae, plurimae leges*.⁵⁶ Zadaniem sędziego jest więc właśnie przekształcenie normy generalno-abstrakcyjnej (*Gesetz*) w konkretne słuszne rozstrzygnięcie (*zeitgerechtes Recht, Naturrecht*). Sędzia nie jest bowiem „ustami ustawy”, lecz „partnerem ustawodawcy” w procesie urzeczywistniania prawa.⁵⁷ Stąd też nie wolno mu stosować ustawy, która jest sprzeczna z ideą sprawiedliwości, gdyż taka norma jako bezprawie (*Unrecht*), nie-prawo (*Nicht-Recht*) po prostu nie obowiązuje.⁵⁸ Rozważania te przeniesione w płaszczyznę polityczno-ustrojową oznaczają przejście od formalnego *Gesetzesstaat* do materialnego *Rechtsstaat*. Zdaniem Kaufmanna idea materialnego państwa prawnego znalazła swoje odbicie w przepisie art. 20 ust. 3 Ustawy Zasadniczej RFN.⁵⁹ Przepis ten stypuluje bowiem zwią-

⁵¹ *Durch Naturrecht und Rechtspositivismus...*, s. 341 oraz *Einige Bemerkungen zur Frage der Wissenschaftlichkeit...*, s. 119.

⁵² *Recht als Maß der Macht...*, s. 38.

⁵³ *Analogie und „Natur der Sache”...*, s. 302; por. także *Recht und Gerechtigkeit in schematischer Darstellung...*, s. 280 schemat nr 9.

⁵⁴ *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie...*, s. 122.

⁵⁵ *Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung...*, s. 599; por. także *Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit, [w:] Einheit oder Vielfalt des Strafrechts, Festschrift für Karl Peters*, Berlin 1974, s. 295 i n.

⁵⁶ *Tendenzen im Rechtsdenken...*, s. 141.

⁵⁷ *Gesetzesstaat — Richterstaat...*, s. 216.

⁵⁸ *Ibid.*, s. 210; por. także *Gesetz und Recht...*, s. 137.

⁵⁹ *Gesetz und Recht...*, s. 132 i n.

zanie sądu „ustawą i prawem” (*Gesetz und Recht*), odróżniając tym samym te dwa pojęcia i nabierając charakteru antypozytywistycznego.⁶⁰

W sensie filozoficznym hermeneutyka prawnicza jest, jak wspomniałem, przede wszystkim nawiązaniem do Gadamera i Heideggera. W sensie teoretycznoprawnym stanowi ona natomiast *sui generis* kontynuację idei tzw. szkoły wolnego prawa, zwłaszcza zaś koncepcji E. Fuchsa, H. Kantorowicza czy E. Ehrlicha. Zdaniem Kaufmanna, trudno z jednej strony mówić o wskrzeszeniu szkoły wolnego prawa, ale z drugiej — wiele z koncepcji jej przedstawicieli zachowało swoją aktualność. Zarówno bowiem konieczność odróżniania prawa od ustawy oraz idea materialnego państwa prawnego, jak i idea ontologicznej historyczności prawa sięgają swymi korzeniami właśnie szkoły wolnego prawa.⁶¹

Hermeneutyczny model procesu urzeczywistniania prawa składa się, zdaniem Kaufmanna z trzech etapów, a ściślej mówiąc — z trzech poziomów (*Stufe*).⁶² Jak już wspomniałem, dla Kaufmanna prawo ma charakter konkretny, realny, historyczny. Nie oznacza to jednak, że takie samo znaczenie przypisuje ten autor idei prawa (*Rechtsidee*). Ta ostatnia ma bowiem charakter ponadpozytywny i ponadczasowy. Z uwagi na swą ogólność nie nadaje się jednak do bezpośredniego stosowania i musi znaleźć konkretyzację w postaci normy pozytywnoprawnej. Konkretyzacja ta następuje w drodze asymilacji, rozumowania indukcyjno-dedukcyjnego, wspomnianego już wyżej *in-die-Entsprechung-bringen*. Podobnie następuje przejście od normy do konkretnego rozstrzygnięcia, do prawa w znaczeniu materialnym. Również i w tym wypadku mamy do czynienia z rozumowaniem indukcyjno-dedukcyjnym, z wnioskowaniem przez analogię, z „natury rzeczy”.⁶³ Tą drogą następuje przejście

⁶⁰ Trzeba jednakże podkreślić, iż formuła *Gesetz und Recht*, zawarta w przepisie art. 20 ust. 3 Ustawy Zasadniczej RFN, jest w nauce prawa konstytucyjnego przedmiotem sporu — por. np. F. Darmstaedter: *Der Begriff „Recht” in Art. 20 Abs. 3 des Grundgesetzes*, „Neue Juristische Wochenschrift” 1957, ss. 769—772; R. Dreier: *Der Rechtsstaat im Spannungsverhältnis zwischen Gesetz und Recht*, „Juristen Zeitung” 1985, ss. 353—359; E. Forsthoff: *Die Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG)*, „Die öffentliche Verwaltung” 1959, ss. 41—44; J. Ipsen: *Richterrecht und Verfassung*, Berlin 1975, s. 117 i n.; H. Jahreiss: *Gesetz und Recht — Recht und Gesetz. Zur Auslegung des Art. 20 Abs. 3 des Bonner Grundgesetzes*, „Neue Juristische Wochenschrift” 1950, ss. 3—6; G. Schnorr: *Die Rechtsidee im Grundgesetz, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des Art. 20 Abs. 3 GG*, „Archiv des öffentlichen Rechts” 1960, t. 85, ss. 121—148; Ch. Starck: *Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes*, Baden-Baden 1970, s. 37 i n.

⁶¹ A. Kaufmann: *Freirechtsbewegung — lebendig oder tot?* [w:] *Rechtsphilosophie 2*, s. 247 i n.

⁶² *Die ontologische Struktur...*, s. 125 i n.

⁶³ *Gerechtigkeit, in schematischer Darstellung...*, s. 290, Schemat nr 9.

od idei do prawa konkretnego, od stosunków potencjalnych do stosunków rzeczywistych, słowem — od *Sollen* do *Sein*. Ten proces hermeneutycznego urzeczywistniania prawa nie przebiega jednak linearnie „idea—norma—rozstrzygnięcie”, lecz posiada raczej strukturę spirali. Każdy kolejny akt hermeneutycznego zrozumienia wymaga bowiem przedrozumienia aktu poprzedniego. W ten sposób tworzy się wznosząca spirala, której celem jest w przypadku hermeneutyki prawniczej osiągnięcie konkretnego słusznego prawa (*zeitgerechtes Recht*). Żaden ze stopni procesu hermeneutycznego zrozumienia nie jest zbędny, ale żadnego nie można też wydedukować z poprzedniego w sposób prosty.⁶⁴

Jednocześnie Kaufmann znacznie szerzej niż Dilthey rozumie istotę hermeneutyki. Chodzi mu bowiem o zrozumienie nie tylko tekstu pisanego, lecz sensu języka jako takiego.⁶⁵ Stąd też prawo „[...] nie powstaje w sposób prosty przez dedukcję z ustanowionej normy czy ogólnych zasad, prawo jest w pierwszym rzędzie wypowiedane.”⁶⁶ Zrozumienie procesu urzeczywistniania prawa wymaga intersubiektywnego dyskursu — tylko w ten sposób można pojąć łącznie jego esencję i egzystencję. Prawo bowiem — twierdzi Kaufmann — to „nie jest stan, lecz akt”, jego „ontologia nie jest ontologią substancji, lecz ontologią relacji”.⁶⁷ Stąd też bierze się potrzeba intersubiektywności, dyskursu, krytycznego racjonalizmu, tolerancji.⁶⁸

ZADANIA FILOZOFII PRAWA

Zdaniem Kaufmanna, filozofia prawa jest częścią filozofii, a nie nauk prawnych.⁶⁹ O istocie określonej dziedziny wiedzy rozstrzyga bowiem jej metoda, jej przedmiot formalny (*Formalobjekt*). W przypadku filozofii prawa jest nim „całość” (*Totalität*) takiego zjawiska, jakim jest prawo. To też odróżnia filozofię od dogmatycznych dziedzin prawa, ponieważ zakres stawianych przez nią pytań szczegółowych jest praktycznie nieograniczony. Oczywiście, przedmiot materialny (*Materialobjekt*) zbliża filozofię prawa do innych nauk prawnych, ale nie może to przesądzać o charakterze tej dziedziny. Kaufmann zdaje sobie, oczywiście, sprawę

⁶⁴ *Analogie und „Natur der Sache”...*, s. 282 i n.

⁶⁵ *Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik*, [w:] *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart, Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, München 1982, t. I, s. 450, przyp. 9.

⁶⁶ *Die Sprache als hermeneutischer Horizont...*, s. 359.

⁶⁷ *Ibid.*, s. 353 i n.; por. także *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie...*, s. 119.

⁶⁸ *Die Idee der Toleranz aus rechtsphilosophischer Sicht*, [w:] *Festschrift für Ulrich Klug*, Köln 1983, ss. 97—112.

⁶⁹ *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik*, s. 1.

z tego, iż *Materialobjekt* w daleko idący sposób determinuje specyfikę filozofii prawa. Dlatego też, jego zdaniem, filozofia prawa uprawiana przez „czystych” prawników jest tak samo zła, jak w wydaniu „czystych” filozofów. Trzeba więc łączyć obie dziedziny, ponieważ w filozofii prawa „pyta się prawnika, natomiast odpowiada filozof”.⁷⁰ Bezowocność sporu *Naturrecht oder Rechtspositivismus* wynikała właśnie po części z jednostronności niewłaściwie uprawianej filozofii prawa, która prowadziła albo do zaprzeczenia prawa natury (pozytywizm prawniczy), albo do filozoficznej trywializacji jego idei (klasyczne doktryny prawa natury).

Kaufmann jest, oczywiście, świadom pewnego względnego kryzysu współczesnej filozofii prawa.⁷¹ Jego zdaniem, można mówić o dwóch zasadniczych cechach współczesnej sytuacji filozoficzno-prawnej: 1) bezpowrotnemu zamknięciu uległa epoka „systemów filozofii prawa” (ostatnim z nich był system Radbrucha); 2) postępuje proces usamodzielniania się dziedzin, które tradycyjnie należały do filozofii prawa — teorii prawa, socjologii prawa, logiki prawniczej, hermeneutyki prawniczej etc.⁷² Przy tak rozwiniętej autonomizacji dziedzin szczegółowych powstaje oczywiście problem odpowiedzi na pytanie o *ratio* filozofii prawa, innymi słowy — jak pisze Kaufmann w tytule jednej ze swoich prac: *Po co dzisiaj filozofia prawa?*

Istotę filozofii prawa pojmuje Kaufmann bardzo indywidualistycznie. Jego zdaniem, filozofii nie da się zdefiniować, filozofię trzeba przeżyć. Podobnie jest z filozofią prawa: „W filozofii nie chodzi w pierwszym rzędzie o to, by nauczać treści, dawać zasady postępowania, proklamować normy prawa natury. Filozofia jest daleko bardziej konkretną samorealizacją człowieka, który ją uprawia.”⁷³

Dla Kaufmanna filozofia jest więc przede wszystkim apelem do rozumienia, do samorefleksji, impulsem do zrozumienia samego siebie. Przeniesiona na grunt rzeczywistości prawnej oznacza permanentne dążenie do osiągnięcia prawa konkretnie słusznego i obronę prawa przeciwko bezprawiu.⁷⁴ Filozofia nie jest w stanie określić kryteriów obiektywnej sprawiedliwości i dać recepty na jej osiągnięcie. Może i powinna natomiast pomóc w zrozumieniu, co nie jest prawem, lecz ustawowym bezprawiem. Po co więc dzisiaj filozofia prawa? Właśnie po to, by „[...] prawo uczynić sprawiedliwszym, a stosunki bardziej ludzkimi.”⁷⁵ Zwła-

⁷⁰ *Loc. cit.*

⁷¹ *Wozu Rechtsphilosophie heute?*, Frankfurt a. Main 1971, s. 17 i n.

⁷² *Die Aufgabe der Philosophie im kybernetischen Zeitalter*, [w:] *Rechtsphilosophie* 2, s. 262.

⁷³ *Ibid.*, s. 264.

⁷⁴ *Wozu Rechtsphilosophie...*, s. 36.

⁷⁵ *Ibid.*, s. 39.

szcza we współczesnym świecie potrzeba nam stałego intersubiektywnego filozoficznego dyskursu nad wartościami podstawowymi, a w przypadku filozofii prawa zwłaszcza nad problemem sprawiedliwości. Stąd też bardzo znamienity tytuł nosi ostatnia z prac Kaufmanna: *Sprawiedliwość — zapomniana droga do pokoju* (1986).

UWAGI KOŃCOWE

Jak wspomniałem na wstępie, filozofia prawa A. Kaufmanna jest głęboko zakorzeniona w sporze *Naturrecht oder Rechtspositivismus* i zmierza do przewyciężenia tego dylematu. Trudno w tym krótkim szkicu dokonać wszechstronnej oceny krytycznej omawianej koncepcji, ale kilka momentów wydaje się zasługiwać na podkreślenie.

Filozofia prawa Kaufmanna jest wprawdzie z jednej strony eklektyczna (tomizm, egzystencjalizm, fenomenologia, filozofia hermeneutyczna), ale z drugiej — trudno jej odmówić oryginalności. Mieści się ona w grupie tych współczesnych teorii, które określa się mianem koncepcji „natury rzeczy”. Stąd też uwagi krytyczne kierowane tradycyjnie pod adresem teorii *Natur der Sache* odnoszą się w całej rozciągłości także do A. Kaufmanna.⁷⁶ Trzeba jednak dodać, że udało się mu uniknąć takiej egzystencjalistycznej skrajności, jaka stała się swego czasu udziałem W. Maihofera. Jego koncepcja jest bowiem bliższa Radbruchowi niż Maihoferowi — *Natur der Sache* traktuje on raczej jako formę rozumowania prawniczego niż jako bezpośrednie źródło prawa. Ponadto Kaufmann bardzo ostrożnie i refleksyjnie formułuje swoje sądy. Jak pisze jeden z najbliższych współpracowników Kaufmanna, W. Hassemer, w jego filozofii „więcej jest pytań niż odpowiedzi”.⁷⁷ Hassemer nie ma jednak wątpliwości, że w sporze *Naturrecht oder Rechtspositivismus* Kaufmann opowiada się po stronie prawa natury.⁷⁸ Tyle tylko, że dzięki hermeneutyce prawniczej jego koncepcja nabiera dynamiki i filozoficznego rozmachu, unika tak charakterystycznych dla klasycznych doktryn prawa natury arbitralizmu i filozoficznej trywialności.

Najbardziej niejasna wydaje się ta część filozofii prawa Kaufmanna, która dotyczy ontologicznej struktury prawa. Opierając swą ontologię prawa na koncepcji M. Heideggera adaptuje Kaufmann — niestety — także typową heideggerowską „mystykę”, niejasność i hermetyczność fi-

⁷⁶ Na temat krytyki koncepcji *Natur der Sache* por. uwagi Gizberta-Studnickiego: *Koncepcje „natury rzeczy”...*, ss. 147—154.

⁷⁷ *Die Hermeneutik im Werk Arthur Kaufmanns*, [w:] *Dimensionen der Hermeneutik, Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag*, Heidelberg 1984, s. 1.

⁷⁸ *Loc. cit.*

lozoficznego języka. W konsekwencji jego teoria spotyka się z krytyką nie tylko ze strony współczesnych socjalistycznych teoretyków prawa⁷⁹, lecz także przedstawicieli nauki zachodniej⁸⁰. Wątpliwości wzbudza zwłaszcza optymizm Kaufmanna w zakresie przywrócenia jedności *Sein* i *So-llen* oraz wiara w onnipotencję hermeneutyki prawniczej. Kaufmannowi udaje się, być może, tą drogą przewyciężyć *distinctio rationis*, ale nie wyjaśnia on, dlaczego, jego zdaniem, nie istnieje *distinctio realis*. Przyjęcie tej ostatniej tezy ma więc po części charakter aprioryczny. Ponadto odrzucenie *distinctio realis* wymagałoby jednoczesnego zaakceptowania innych założeń ogólnofilozoficznych koncepcji Kaufmanna, co w pewnej mierze zmniejsza jej walor ogólnoteoretyczny.

Jeśli da się wyodrębnić pewien podstawowy standard myślenia prawnonaturalistycznego, to filozofia prawa A. Kaufmanna mieści się w granicach tej kategorii. Podobnie jak klasyczne doktryny prawa natury również i Kaufmann nie określa więc treści sprawiedliwości pozytywnej, która w jego koncepcji przybiera postać ahistorycznej idei prawa. Pod tym względem Kaufmann istotnie, jak sam pisze, podąża śladami Radbrucha.⁸¹ Sam autor broni się przed ewentualnym zarzutem w drodze konstrukcji *philosophia negativa* (innymi słowy: nie możemy definiować sprawiedliwości w sposób pozytywny, ale możemy w konkretnym przypadku powiedzieć, co sprawiedliwością nie jest). Jak jednak odróżnić prawo od bezprawia? Tutaj Kaufmann wkracza na charakterystyczną dla prawa natury drogę intuicjonizmu i stąd też jego wiara w metodę hermeneutyczną może budzić pewne wątpliwości.

Jak w większości koncepcji filozoficznoprawnych, również i u Kaufmanna akcent położony jest nie na proces stanowienia, lecz na proces stosowania prawa. W proponowanym przez siebie modelu urzeczywistniania prawa przewiduje on oczywiście również poziom prawotwórstwa (ustawodawstwa), ale nie wyjaśnia — tak jak to robi w zakresie procesu stosowania prawa — na czym polegać miałyby aksjologiczna ingerencja w proces ustawodawczy. Tymczasem we współczesnej teorii prawa da się zauważyć właśnie przesunięcie ciężaru dyskusji z problemu stosowania na problem stanowienia prawa i konstruowanie modeli racjonalnego pra-

⁷⁹ Por. np. V. Peschka: *Grundprobleme der modernen Rechtsphilosophie*, Budapest 1974, s. 196 i n.; H. Klenner: *Vom Recht der Natur zur Natur des Rechts*, Berlin 1984, s. 175.

⁸⁰ Por. np. A. Verdross: *Abendländische Rechtsphilosophie*, wyd. II, Wien—New York 1963, s. 237 i n.; krytycznie na temat hermeneutyki prawniczej por. W. Krawietz: *Juristische Argumentation in rechtstheoretischer, rechtspolitischer und rechtssoziologischer Perspektive*, [w:] *Recht und Staat im sozialen Wandel, Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 80. Geburtstag*, Berlin 1983, zwłaszcza ss. 363—383.

⁸¹ *Gerechtigkeit — der vergessene Weg zum Frieden*, München—Zürich 1986, s. 13.

wodawcy.⁸² Wychodzi się bowiem ze słusznego założenia, iż racjonalne prawodawstwo w znaczny sposób może zoptymalizować proces stosowania prawa. To zdawkowe potraktowanie przez Kaufmanna problemu tworzenia norm prawnych jest na tyle zaskakujące, iż aksjologiczna zawartość systemu prawa była właśnie punktem wyjścia dyskusji prawnonaturalnej. W procesie osiągania konkretnego słusznego rozstrzygnięcia (*zeitgerechtes Recht*) nie bez znaczenia jest przecież treść normy stanowiącej jego podstawę (*Gesetz*).

Na zakończenie wreszcie warto kilka słów poświęcić politycznym aspektom omawianej koncepcji filozoficznoprawnej. Powstaje w tym miejscu pytanie, czy w istocie rzeczy wszystkie teorie „natury rzeczy” mają wyraźnie konserwatywne oblicze?⁸³ Kaufmann jest zwolennikiem filozoficznego dyskursu i przeciwnikiem rewolucji. Czy to jednak oznacza, iż jego koncepcja jest politycznie konserwatywna? Wydaje się, iż na pytanie to należy odpowiedzieć negatywnie, tym bardziej iż współcześnie, w warunkach postępującej pluralizacji społeczeństw, kryteria postępowości i konserwatyizmu uległy względnemu zatarciu. Postępowość i głęboki humanizm filozofii prawa A. Kaufmanna widać zwłaszcza w tych pracach, które poświęcił problematyce sprawiedliwości i prawa do oporu.⁸⁴ Według niego rewolucja jest bliźniaczą siostrą reakcji; w prawie do oporu chodzi natomiast o stopniową, stałą, codzienną walkę z przemocą i bezprawiem. W innym miejscu wyraził Kaufmann tę samą myśl dokonując parafrazy znanej tezy Marksa: chodzi nie o to, by świat zmieniać, lecz właśnie o to, by go na nowo interpretować.⁸⁵

РЕЗЮМЕ

Проанализированы философско-правовые взгляды выдающегося современного философа и теоретика права Артура Кауфманна. Для того, чтобы понять философию права Кауфманна, следует посмотреть на нее через призму генезиса и сущности так называемой „право естественной дискуссии”, которая происходила в ФРГ на переломе 40-х и 50-х годов. Хотя Кауфманн считает спор между правовыми позитивистами и сторонниками доктрин естественного права в его традиционной версии бесплодным, но поиски выхода из положения ведёт на базе этого основного дилемата.

⁸² U. Karpen: *Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland*, „Zeitschrift für Gesetzgebung” 1986, 1, s. 11.

⁸³ Tak np. Gizbert-Studnicki: *op. cit.*, s. 153.

⁸⁴ Por. zwłaszcza *Widerstandsrecht der kleinen Münze*, [w:] *Objektivierung des Rechts, Gedächtnisschrift für Ilmar Tammelo*, Berlin 1984, ss. 85—96; M. L. King: *Gedanken zum Widerstandsrecht*, [w:] *Rechtsphilosophie* 2, ss. 251—257.

⁸⁵ *Zur rechtsphilosophischen Situation der Gegenwart*, „Juristen Zeitung” 1963, s. 148; krytycznie na temat tej parafrazy por. H. Klenner: *Rechtsphilosophie in der Krise*, Berlin 1976, s. 77.

Вслед за Густавом Радбрухом, Кауфманн предлагает прежде всего исследовать онтологическую структуру права и последовательно отличать право (*Recht*) от закона (*Gesetz*). По мнению Кауфманна, право имеет поляризованную структуру: его сущностью является правоестественность (*Naturrechlichkeit*), а экзистенцией — позитивность (*Positivität*). Понимание этого явления, однако, требует переоценки не только традиционной онтологии но и основных методологических предпосылок. Таким путем доходит Кауфманн до своей концепции правовой герменевтики, приняв за исходный пункт герменевтическую философию, восходящую к В. Дильтею, Ф. Шлейермахеру, М. Хайдеггеру, Гадамеру и, наконец, к Ю. Хабермасу. Правовая герменевтика является для Кауфманна определенной (т.е. творческой, активной) теорией познания права и его идей и не только отвечает на вопрос, что такое справедливость как идея права, но и как её осуществить в процессе применения права. Конкретное правовое решение должно отражать ассимиляцию правовой нормы и действительные общественные отношения, а эту цель можно достигнуть лишь путем акта герменевтического понимания. Следовательно, ход рассуждений юриста должен быть индуктивно-дедуктивным, на основе аналогии, по природе вещей. Таким путем происходит переход от идеи права до права конкретного, другими словами — от *Sollen* до *Sein*.

Следовательно, философия права Кауфманна, исходя из традиций, одновременно использует современные методы познания. В результате эта философия оригинальна и эклектична, но главный её девиз отчетлив и ясен: уважение для справедливости как сущности права.

ZUSAMMENFASSUNG

In der vorliegenden Arbeit werden die rechtsphilosophischen Anschauungen von Arthur Kaufmann analysiert, des bedeutenden gegenwärtigen Philosophen und Rechtshistorikern. Das Verstehen der Kaufmanns Rechtsphilosophie erfordert einen Überblick vom Standpunkt der Genese und des Wesens der sog. naturrechtlichen Diskussion, die um die Wende der 40er und 50er Jahre in BRD stattgefunden hatte. Obwohl Kaufmann die Auseinandersetzung des rechtlichen Positivismus mit der Doktrin des Naturrechts in ihrer traditionellen Fassung ablehnt und sie als ergebnislos erklärt, ist sie aber gleichzeitig für ihn Grundlage für die Suche nach der Lösung dieses Problems.

Nach Gustaw Radbruchs Vorbild schlägt er vor, die ontologische Struktur des Rechts gründlich zu untersuchen und konsequent das Recht von dem Gesetz zu unterscheiden. Nach Kaufmanns Meinung hat das Recht eine polarisierte Struktur — seine Essenz bildet die Naturrechtlichkeit, seine Existenz dagegen — die Positivität. Um dieses Phänomen zu verstehen, sollte man nicht nur die traditionelle Ontologie, sondern auch die Grundsätze der Methodologie umwerten. Auf diesem Wege formuliert Kaufmann seine Konzeption der Rechtshermeneutik. Als Ausgangspunkt übernimmt er die hermeneutische Philosophie, deren Entwicklung von Schleiermacher, Dilthey, Heidegger, Gadamer bis Habermas führte. Die Rechtshermeneutik ist für Kaufmann eine bestimmte (d.h. schöpferische, aktive) Erkenntnistheorie des Rechts und seiner Ideen; sie beantwortet nicht nur die Frage, was für eine Rechtsidee die Gerechtigkeit ist und auch wie sie im Prozess der Rechtsanwendung zu verwirklichen ist. Ein konkreter Rechtsbeschluß soll die Assimilation der Rechtsnorm und der realen gesellschaftlichen Verhältnisse wider-

spiegeln. Dieses Ziel kann man nur dank des Aktes des hermeneutischen Verständnisses erreichen. Die Denkweise des Rechtswissenschaftlers soll induktiv-deduktiv sein, naturgemäß auf Grund der Analogie. Auf diese Weise kommt es zum Übergang von der Rechtsidee bis zum konkreten richtigen Recht, anders gesagt vom Sollen bis Sein.

Bei Kaufmann haben wir mit der Rechtsphilosophie zu tun, die von der Tradition schöpfend, neue moderne Methoden der Erkenntnis ausnutzt. Diese Philosophie ist also sowohl eklektisch als auch originell, aber ihre Hauptidee ist deutlich: Respekt für die Gerechtigkeit als Wesen des Rechts.

