

JERZY ZAJADŁO

Uniwersytet Gdański

## Filozofia prawa a teoria prawa we współczesnej jurysprudencji niemieckiej

Na pytanie postawione w tytule tej konferencji — *Czy koniec teorii prawa?* — nauka niemiecka udzieliłaby raczej negatywnej odpowiedzi. Nie zmienia to jednak faktu, że także ona poszukuje właściwego miejsca dla tej dziedziny w szeroko pojętej jurysprudencji. Problem statusu metodologicznego nauk prawnych stanowi zresztą sam w sobie przedmiot sporów i debat wśród niemieckich uczonych<sup>1</sup>. Dotyczy to wprawdzie przede wszystkim tzw. ogólnych prawniczych badań nad prawem (*juristische Grundlagenforschung*)<sup>2</sup> odróżnianych od szczegółowych dogmatyk prawniczych (*Rechtsdogmatik*), ale jednocześnie ma szczególne znaczenie w odniesieniu do relacji zachodzących pomiędzy filozofią prawa (*Rechtsphilosophie*) i teorią prawa (*Rechtstheorie*). Trzeba podkreślić, że nie jest to fenomen wyłącznie niemiecki, ponieważ dyskutuje się go szeroko w światowej literaturze prawniczej<sup>3</sup>, a zwłaszcza w literaturze anglosaskiej<sup>4</sup>. Po 1989 roku pojawił się on także w polskiej nauce prawa, a spory na temat relacji zachodzących pomiędzy filozofią prawa i teorią prawa trwają do dzisiaj. Zdaniem Tomasza Staweckiego „przy pewnym uproszczeniu można wskazać cztery następujące, wzajemnie konkurencyjne stanowiska w kwestii istoty oraz relacji obu dziedzin:

— przekonanie o całkowitej zbędności filozofii prawa jako odrębnej dyscypliny wobec wszechstronnej (wielopłaszczyznowej) teorii prawa, bądź odwrotnie

---

<sup>1</sup> Por. np. R. Alexy, *Die Natur der Rechtsphilosophie*, [w:] W. Brugger, U. Neumann, S. Kirste (red.), *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, Frankfurt am Main 2008, s. 11–25.

<sup>2</sup> Pod tym pojęciem rozumie się takie dziedziny, jak historia prawa, filozofia prawa, teoria prawa, socjologia prawa czy psychologia prawa — E. Hilgendorf, *Zur Lage der juristischen Grundlagenforschung in Deutschland*, [w:] W. Brugger, U. Neumann, S. Kirste (red.), *op. cit.*, s. 111–133.

<sup>3</sup> Por. np. S. Coyle, G. Pavlakos (red.), *Jurisprudence or Legal Science*, Oxford 2005.

<sup>4</sup> Szerzej na ten temat J. Zajadło, *Filozofia prawa*, [w:] *idem* (red.), *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa*, Warszawa 2007, s. 88 nn.; por. także J. Stelmach, *Filozofia prawa*, [w:] B. Szlachta (red.), *Słownik społeczny*, Kraków 2004, s. 333–363.

— o całkowitej zbędności teorii prawa wobec filozofii prawa jako nauki o fundamentalnych zagadnieniach prawa;

— uznanie filozofii prawa za samodzielną dyscyplinę, odrębną od teorii prawa, zorientowaną aksjologicznie i nastawioną na poszukiwanie prawa słusznego (naturalnego);

— uznanie filozofii prawa za samodzielną dyscyplinę, bardziej zakorzenioną w filozofii niż naukach prawnych i podejmującą problemy ontologiczne, epistemologiczne i metodologiczne, a przez to stanowiącą równorzędne uzupełnienie empirycznie lub analitycznie zorientowanej teorii prawa;

— przyjęcie, że filozofia prawa to uniwersalna dyscyplina o bardzo szeroko zakreślonym przedmiocie badań, rozwijana w wieloraki sposób ze względu na pluralizm kierunków filozoficznych, obejmująca rozważania mieszczące się w ramach teorii prawa, jurysprudencji, a niekiedy także etyki, filozofii polityki czy nawet socjologii prawa<sup>5</sup>.

Jednym z efektów tej debaty jest zmiana charakteru, przynajmniej na poziomie tytułów, polskich podręczników akademickich poświęconych tej problematyce: o ile jeszcze do niedawna funkcjonowały obok siebie niezależnie opracowania filozofii prawa<sup>6</sup> i teorii prawa<sup>7</sup>, o tyle obecnie coraz częściej łączy się obie te dziedziny, podkreślając tym samym, z jednej strony, ich odrębność, z drugiej strony — ich ścisły związek<sup>8</sup>. Podobnie jest w nauce niemieckiej — jeden z popularniejszych podręczników filozofii prawa (*Rechtsphilosophie*) został w najnowszym wydaniu uzupełniony o problematykę teoretyczno-prawną (*Rechtstheorie*)<sup>9</sup>. W innych pozycjach także łączy się obie dziedziny — tak jest zarówno w ósmym już wydaniu znanego podręcznika pod redakcją A. Kaufmanna, W. Hassemmera i U. Neumanna<sup>10</sup>, jak i w nowym opracowaniu M. Mahlmann<sup>11</sup>.

Na podstawie cytowanej wyżej polskiej literatury przedmiotu trudno sobie jednak wyrobić jednoznaczny pogląd, na czym właściwie polega różnica pomię-

<sup>5</sup> T. Stawicki, *Filozofia prawa a teoria prawa: spór nierozstrzygalny czy pozorny?*, „Studia Iuridica” 45, 2006, s. 212 nn.

<sup>6</sup> Por. np. R. Tokarczyk, *Filozofia prawa*, Lublin 2005; M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Kraków 2000.

<sup>7</sup> Por. np. R. Sarkowicz, J. Stelmach, *Teoria prawa*, Kraków 1998; S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001.

<sup>8</sup> Por. np. H. Izdebski, *Elementy teorii i filozofii prawa*, Warszawa 2008; J. Oniszczyk, *Filozofia i teoria prawa*, Warszawa 2008; M. Szyszkowska, *Teoria i filozofia prawa*, Warszawa 2008. Trzeba jednak podkreślić, że w tych opracowaniach, może poza dziełem H. Izdebskiego, przeważa jednak problematyka filozofii prawa (a ściślej rzecz biorąc — jej historia) i stosunkowo mało miejsca zajmuje teoria prawa *par excellence*. Warto też wspomnieć, że z kolei w innej publikacji łączącej już w tytule teorię i filozofię prawa (J. Zajadło (red.), *Leksykon współczesnej teorii...*) przeważa raczej problematyka teoretyczno-prawna.

<sup>9</sup> H. Weber-Grellet, *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, wyd. 4, Münster 2009.

<sup>10</sup> A. Kaufmann, W. Hassemer, U. Neumann (red.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg 2011.

<sup>11</sup> M. Mahlmann, *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, Baden-Baden 2010.

dzy filozofią prawa a teorią prawa. Ale z podobną sytuacją mamy w gruncie rzeczy do czynienia w omawianej w tym miejscu jurysprudencji niemieckiej — także i tutaj trudno mówić o wykształceniu jakiegoś jednego i jednoznacznego paradygmatu metodologicznego. W literaturze przedmiotu podkreśla się najczęściej, że „różnica pomiędzy filozofią prawa i teorią prawa jest bardzo nieostra”<sup>12</sup>, a nawet, że „jasne odróżnienie filozofii prawa i teorii prawa w ogóle nie istnieje”, ponieważ trudno wyznaczyć „ściśłą granicę pojęciową”<sup>13</sup>.

Trzeba jednak podkreślić pewną zasadniczą różnicę pomiędzy debatami w obu krajach, zarówno jeśli chodzi o ich genezę, jak i ich charakter metodologiczny. O ile bowiem w Polsce próba określenia statusu metodologicznego filozofii prawa i teorii prawa ma stosunkowo krótką historię<sup>14</sup> i wiąże się z odejściem po 1989 roku od marksistowskiej teorii państwa i prawa oraz gwałtownym renesansem filozofii prawa, o tyle w Niemczech mamy do czynienia z tradycją sięgającą, z jednej strony, przełomu XVIII i XIX wieku<sup>15</sup>, a następnie, z drugiej strony, przełomu XIX i XX wieku<sup>16</sup>. Trudno więc się dziwić, że niemiecka debata na temat statusu filozofii prawa i teorii prawa jest znacznie bardziej zaawansowana metodologicznie, chociaż pojawiające się w niej zasadnicze stanowiska przypominają do pewnego stopnia te, które wyróżnił w nauce polskiej cytowany wyżej Tomasz Stawecki. Ramy tego opracowania nie pozwalają na aż tak dalekie sięganie w głąb historii niemieckiej jurysprudencji, dlatego w dalszej części rozważań koncentruję się na jej dziejach najnowszych, zwłaszcza tych po 1945, a w szczególności po 1989 roku. Tym bardziej że, mimo pozornych podobieństw<sup>17</sup>, współczesna teoria prawa (*Rechtstheorie*), z jednej strony, posługuje się nowoczesnymi metodami badawczymi, z drugiej zaś operuje nowoczesnym paradygmatem nauki, odbiegającym od archaicznej XIX-wiecznej ogólnej nauki prawa (*Allgemeine Rechtslehre*). W tym miejscu skonstatujmy więc jedynie wraz z Arthurem Kaufmannem: „To, że obok filozofii prawa istnieje także teoria prawa, można wyjaśnić wyłącznie historycznie”<sup>18</sup>.

<sup>12</sup> A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik*, [w:] A. Kaufmann, W. Hassemer, U. Neumann (red.), *op. cit.*, s. 9.

<sup>13</sup> E. Hilgendorf, *op. cit.*, s. 112 nn.

<sup>14</sup> Pomijam w tym miejscu analogiczne spory toczone w polskiej literaturze prawniczej okresu międzywojennego, ponieważ to nie one określają *timbre* wyznaczonych przez Tomasza Staweckiego współczesnych stanowisk.

<sup>15</sup> Szerzej na ten temat A. Brockmöller, *Die Entstehung der Rechtstheorie im 19. Jahrhundert in Deutschland*, Baden-Baden 1997.

<sup>16</sup> A. Funke, *Allgemeine Rechtslehre als juristische Strukturtheorie. Entwicklung und gegenwärtige Bedeutung der Rechtstheorie um 1900*, Tübingen 2004.

<sup>17</sup> A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, München 1997, s. 12: „Określenie »teoria prawa« jest wprawdzie stare, ale jego zastosowanie do określonej dyscypliny nauk prawnych nie ma więcej niż czterdzieści lat. Jednakże dziedzina teorii prawa nie jest znowu aż tak młoda, ponieważ to, co występowało w XIX i na początku XX wieku pod etykietą »ogólnej nauki prawa« nie było wprawdzie tym samym, ale jednak czymś podobnym do dzisiejszej teorii prawa”.

<sup>18</sup> A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie...*, s. 8.

W innym miejscu dokonałem już pobieżnego przeglądu rozwoju niemieckiej filozofii prawa po II wojnie światowej<sup>19</sup>. Na potrzeby tego opracowania przypominę więc jedynie, że po krótkim okresie tzw. odrodzenia prawa natury (od 1945 roku do początku lat sześćdziesiątych XX wieku) doszło w niemieckiej nauce prawa do tzw. dyskusji podstawowej (od połowy lat sześćdziesiątych do końca lat siedemdziesiątych XX wieku). Decydujący cios dla debaty prawnonaturalnej przyszedł z zewnątrz — nie ze strony prawników (filozofów prawa), lecz raczej ze strony filozofów w ogóle, a socjologów w szczególności. Nie jest to przypadek — najbardziej wnikliwa i radykalna krytyka prawa natury oraz toczącej się wokół niego od końca wojny dyskusji pochodziła ze strony przedstawicieli kierunku socjologicznego, zwłaszcza Ernsta Topitscha. Podstawowy akcent położony został na metodę: „Przez »podstawową dyskusję« należy wszakże rozumieć ogólną debatę w zakresie filozofii społecznej i metodologii nauk społecznych, która miała miejsce w Niemczech Zachodnich w tym okresie. Dyskusja prawnicza była częściowo pod jej wpływem, a częściowo podejmowała w pośrednim z nią związku szczególne zagadnienia prawoznawstwa. Tu na porządku dziennym stanęły takie problemy, jak status naukowy jurysprudencji, jej metody i funkcje, jak miejsce i rola teorii i filozofii prawa w prawoznawstwie i stosunek między nimi, jak miejsce dogmatyki prawa w systemie nauk prawnych i jak wreszcie problem włączenia do prawoznawstwa nowej dyscypliny — socjologii prawa z jej problematyką i odrębnymi metodami badawczymi”<sup>20</sup>.

Nawet jeśli dyskusja podstawowa wywarła wpływ na zmianę metodologii nauk prawnych (*Methodenlehre*) i na przesunięcie ciężaru ogólnej refleksji nad prawem ze spekulatywnej filozofii prawa (*Rechtsphilosophie*) na analityczną teorię prawa (*Rechtstheorie*)<sup>21</sup>, to jej główny nurt toczył się jednak poza naukami prawnymi — w filozofii i socjologii. W przeważającej mierze miała ona własny, niemiecki rodowód, ale po części była też eksportowana z kręgu kultury anglosaskiej. W tym ostatnim wypadku chodzi głównie, z jednej strony, o analityczną filozofię języka (Wielka Brytania), z drugiej zaś — o teorię systemów (USA).

Zdaniem Kazimierza Opałka<sup>22</sup> na kształcie niemieckiej filozofii prawa po 1960 roku zaważyły dwie debaty: po pierwsze, tzw. debata hermeneutyczna rozpoczęta książką Hansa-Georga Gadamera *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philoso-*

<sup>19</sup> Zob. J. Zajadło, *Wprowadzenie: charakterystyka współczesnej niemieckiej filozofii prawa*, [w:] *idem* (red.), *Przeszłość dziedzictwa. Robert Alexy, Ralf Dreier, Jürgen Habermas, Otfried Höffe, Arthur Kaufmann, Niklas Luhmann, Ota Weinberger — portrety filozofów prawa*, Gdańsk 2008, s. 9–28.

<sup>20</sup> K. Opałek, *Główne kierunki niemieckiej teorii i filozofii prawa po II wojnie światowej*, [w:] *idem*, *Studia z teorii i filozofii prawa*, Kraków 1997, s. 23; por. także J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze*, Kraków 2006, s. 29 nn.

<sup>21</sup> U. Neumann, *Rechtsphilosophie in Deutschland seit 1945*, [w:] D. Simon (red.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, Frankfurt am Main 1994, s. 158 nn.

<sup>22</sup> K. Opałek, *op. cit.*, s. 24.

*phischen Hermeneutik (Prawda i metoda. Zarys hermeneutyki filozoficznej)* z 1960 roku<sup>23</sup>; po drugie, spór o pozytywizm, do jakiego doszło w 1961 roku na zjeździe socjologów w Tybindze, na którym starły się z sobą dwie strony: Karl R. Popper i Hans Albert, jako zwolennicy analityczno-empirycznej koncepcji nauk społecznych, oraz Theodor W. Adorno i Jürgen Habermas, jako przedstawiciele neomarksistowskiej szkoły frankfurckiej, stojący na gruncie krytycznej teorii społeczeństwa.

Z punktu widzenia filozofii prawa dyskusja podstawowa toczyła się jakby na dwóch poziomach: „na poziomie bardziej ogólnym chodziło o odpowiedź na pytanie o odrębność metodologiczną i racjonalność nauk humanistycznych, a zatem o kwestię, czy obok nauk wyjaśniających wyróżnić można tzw. nauki rozumiejące” oraz „na poziomie szczegółowym, gdzie zasadnicze jest pytanie o autonomię metodologiczną prawoznawstwa”<sup>24</sup>. W rezultacie w prawoznawstwie pod wpływem dyskusji podstawowej podjęto próbę przezwyciężenia dychotomii prawo natury–prawo pozytywne i zaczęły dominować trzy kierunki: „Po pierwsze, wielu filozofów i teoretyków dokonywało recepcji metod szeroko pojętej filozofii analitycznej (na przykład Hoerster), w tym także popperowskiego krytycznego racjonalizmu (Albert). Po drugie, dużą popularność zyskała socjologia prawa (Rottleuthner, Röhl) i pozostająca z nią w pewnym związku teoria systemów autopojetycznych (Luhmann, Teubner). Wreszcie — po trzecie — wspomnieć należy hermeneutykę, szczególnie w jej wersji fenomenologicznej, wypracowanej przez Heideggera i Gadamera, a wykorzystaną na gruncie prawoznawstwa głównie przez Kaufmanna”<sup>25</sup>.

Reasumując, można powiedzieć, że pod wpływem dyskusji podstawowej w niemieckiej nauce prawa na przełomie lat sześćdziesiątych i siedemdziesiątych przewagę zyskała analityczna teoria prawa, a główny nurt badań koncentrował się na problematyce teoretyczno-metodologicznej. Eric Hilgendorf mówi w tym kontekście wręcz o renesansie teorii prawa, której paradygmat wyznaczyło dwanaście podstawowych obszarów badawczych: „retoryka prawnicza; hermeneutyka prawnicza; teoria argumentacji prawniczej; filozofia dyskursu w prawie; teoria nauki w prawie; prawo i nauki społeczne; teoria systemów; marksistowska teoria prawa; polityczna teoria prawa; czysta teoria prawa; logika prawnicza i logika deontyczna; informatyka prawnicza”<sup>26</sup>.

Na reakcję ze strony bardziej „filozoficznie” niż „teoretycznie” nastawionych filozofów prawa nie trzeba było długo czekać. Początek trzeciego okresu powojennej niemieckiej filozofii prawa datuje się na 1980 rok, ale także i w tym wypadku mamy do czynienia z datą w dużej mierze umowną. Podobnie jak w odniesieniu do dyskusji podstawowej, inspiracja przyszła dużo wcześniej i to ponownie

<sup>23</sup> Polskie wydanie por. H.-G. Gadamer, *Prawda i metoda. Zarys hermeneutyki filozoficznej*, przeł. B. Baran, Warszawa 2004.

<sup>24</sup> J. Stelmach, B. Brożek, *op. cit.*, s. 30.

<sup>25</sup> *Ibidem*, s. 29 nn.

<sup>26</sup> E. Hilgendorf, *Die Renaissance der Rechtstheorie zwischen 1965 und 1985*, Würzburg 2005, s. 35–66; por. także K. Opałek, *op. cit.*, s. 29 i cytowana tam literatura.



z zewnątrz: z jednej strony, filozofii ogólnej, z drugiej zaś — kultury anglosaskiej. Ralf Dreier łączy to z narodzinami zjawiska określanego mianem „rehabilitacji filozofii praktycznej”: „Doświadczenia w zakresie wielości teorii prawa natury i ich społeczno-historycznych uwarunkowań (abstrahując już od epizodu w powojennych Niemczech) długi okres czasu paraliżowały zarówno filozofię prawa, jak i filozofię praktyczną — konsekwencją były stanowiska uznające zainteresowanie problemami etycznymi w ujęciu innym niż empiryczne, formalno-logiczne, analityczno-językowe czy ideo-krytyczne za nienaukowe bądź bezsensowne. Od końca lat sześćdziesiątych daje się zaobserwować powrót do problemów materialno-etycznych (a więc normatywnych). Sporny pozostaje oczywiście problem, czy i w jakim zakresie problemy materialno-etyczne są rozstrzygalne w sposób racjonalny. Pogłębieniu uległo jednakże zrozumienie warunków możliwości prowadzenia nad nimi racjonalnej dyskusji — nawet jeśli warunki te (jak jasność, doinformowanie, brak uprzedzeń, gotowość zmiany ról) są możliwe do zrealizowania jedynie w przybliżeniu. Na tej podstawie dokonuje się »rehabilitacja filozofii praktycznej« (taki tytuł nosił zbiór prac wydany przez Manfreda Riedla w latach 1972–1974) i w tym znaczeniu można mówić o »renesansie prawa natury«, skoro etyka prawa należy do filozofii praktycznej”<sup>27</sup>. W innym miejscu wskazuje na inspiracje płynące z literatury anglosaskiej: „Jeśli wyrzec poza niemiecki obszar językowy, to już wówczas istniały symptomy ponownej zmiany sytuacji — tym razem bardziej zasadniczej niż powojenny niemiecki renesans prawa natury. W 1971 r. ukazała się, na bazie wcześniejszych studiów, *A Theory of Justice* Johna Rawlsa, a w 1977 r. *Taking Rights Seriously* Ronalda Dworkina. Oba dzieła wywołały wyjątkowo ożywioną i szeroką dyskusję międzynarodową. Upoważniła ona Herberta Harta, po Hansie Kelsenie najbardziej znanego i wpływowego reprezentanta pozytywizmu prawniczego w naszym stuleciu, do postawienia pytania (w mowie wygłoszonej z okazji 200-lecia amerykańskiej Deklaracji Niepodległości), czy kończy się dwuwiekowa (z angloamerykańskiego punktu widzenia) epoka pozytywizmu prawniczego i filozoficzno-prawnego utylitaryzmu”<sup>28</sup>.

Można było więc w tym kontekście mówić o ponownym, tym razem już „trzecim odrodzeniu prawa natury”<sup>29</sup>, chociaż właściwsze wydaje się chyba określenie „zwrot w kierunku podkreślania związku prawa i sprawiedliwości w ramach odrodzonej filozofii praktycznej”<sup>30</sup>. Wprawdzie niemiecka filozofia prawa po 1980 roku obfitowała i współcześnie obfituje w ogromną ilość różnorodnych kierunków, to jednak cechą wyróżniającą, zwłaszcza od przełomu lat osiemdziesiątych i dziewięćdziesiątych, jest nowy spór pomiędzy pozytywizmem i niepozytywizmem na bazie relacji zachodzących pomiędzy prawem

<sup>27</sup> R. Dreier, *Teorie sprawiedliwości. Prawo natury przeżywa renesans*, przeł. J. Zajadło, „Colloquia Communia” 1988–1989, 6 (41)–1 (42), s. 106.

<sup>28</sup> *Ibidem*, s. 105 nn.

<sup>29</sup> Szerzej na ten temat J. Zajadło, „Trzecie odrodzenie” prawa natury? (Uwagi metodologiczne), „Colloquia Communia” 1988–1989, 6 (41)–1 (42), s. 109–118.

<sup>30</sup> K. Opalek, *op. cit.*, s. 30.

i moralnością. Wprawdzie *mutatis mutandis* można go uznać za kontynuację tradycyjnej kontrowersji pomiędzy pozytywizmem prawniczym i prawem natury, ale z jednym bardzo istotnym zastrzeżeniem — jego poziom naukowy jest o wiele wyższy niż w okresie powojennej dyskusji prawnonaturalnej.

W zakresie głównego tematu tego opracowania istotniejsze jest jednak coś innego — otóż konfrontacja tych dwóch renesansów, „renesansu teorii prawa” i „renesansu filozofii praktycznej”, musiała doprowadzić do postawienia w końcu lat osiemdziesiątych XX wieku fundamentalnego pytania w obszarze tzw. ogólnych prawniczych badań nad prawem (*juristische Grundlagenforschung*): „Filozofia prawa czy teoria prawa?”<sup>31</sup>. Na to pytanie próbowano wprawdzie odpowiedzieć już w latach dziewięćdziesiątych XX wieku i na początku XXI wieku, ale najczęściej były to incydentalne wypowiedzi rozsiane po różnych podręcznikach filozofii prawa i teorii prawa<sup>32</sup>. Jeśli dodamy do tego jeszcze trzecią ogólną refleksję nad prawem, tj. socjologię prawa, to można powiedzieć tak: ukształtowany podręcznikowo metodologiczny paradygmat *prima facie* każdą z tych dziedzin uznaje za autonomiczną i każdej z nich przyznaje inny fragment istoty prawa jako złożonego fenomenu: filozofii — prawo jako wartość i ideał sprawiedliwości; teorii — prawo jako język i system normatywny; socjologii — prawo jako fakt i rzeczywistość społeczna. Wewnętrznie każda z tych dziedzin jest zróżnicowana i rozpięta pomiędzy skrajnymi biegunami: filozofia prawa — pomiędzy prawem natury i pozytywizmem prawniczym; teoria prawa — pomiędzy czystą analizą i krytyczną refleksją; socjologia prawa — pomiędzy faktycznością i sensownością<sup>33</sup>.

Ten paradygmat *prima facie* przy bliższej analizie okazuje się jednak tylko wywoławczym hasłem i nie do końca wyjaśnia, na czym w istocie polega, a ściślej rzecz biorąc — może polegać, relacja pomiędzy filozofią prawa i teorią prawa. Tym bardziej że może być ona bardzo różna, w zależności od przyjętych założeń metodologicznych, od przedmiotu tych dziedzin, przez ich metody badawcze aż po ich heurystyczne cele i miejsce w systemie nauk. Stąd też w ostatnich latach można spotkać w literaturze niemieckiej próby głębszej analizy problemu, chociaż trzeba pamiętać, że nie pojawiły się one jak *Deus ex machina*, lecz są głęboko i krytycznie zakorzenione we wszystkich trzech wcześniejszych „renesansach” wyznaczających, z zastrzeżeniem umowności podanych dat, kamienie milowe niemieckiej powojennej filozofii prawa i teorii prawa — prawa natury (1945–1965), teorii prawa (1965–1980) i filozofii praktycznej (1980–1990)<sup>34</sup>. To, co łączy te nowe stanowiska, polega przede wszystkim na

<sup>31</sup> Taki właśnie tytuł nosił wydany w 1988 roku zbiór różnych opracowań. Zob. G. Roellecke (red.), *Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie?*, Darmstadt 1988.

<sup>32</sup> Por. np. N. Horn, *Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, Heidelberg 2001, s. 55 nn.; B. Rüthers, *Rechtstheorie*, München 1999, s. 6 nn.

<sup>33</sup> K.-L. Kunz, M. Mona, *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie*, Bern-Stuttgart-Wien 2006, s. 31–137.

<sup>34</sup> Tak ostatnio M. Klatt, *Contemporary legal philosophy in Germany*, „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie” 97, 2007, nr 4, s. 519–539.

odrzucaeniu uproszczonej tezy sformułowanej w trakcie wspomnianej wyżej dyskusji podstawowej z przełomu lat sześćdziesiątych i siedemdziesiątych XX wieku — o spekulatywnym i w rezultacie nienaukowym charakterze filozofii prawa oraz przyznaniu waloru naukowości jedynie analitycznej teorii prawa: „Dzisiaj nikt poważnie nie odróżnia już teorii prawa i filozofii prawa w oparciu o kryterium naukowości bądź nienaukowości”<sup>35</sup>. To ważne stwierdzenie weryfikuje (i prostuje) *sui generis* scjentystyczną jednostronność dyskusji podstawowej. Warto bowiem w tym miejscu przypomnieć pewien bardzo charakterystyczny fakt — otóż kiedy w połowie lat siedemdziesiątych XX wieku opublikowano zbiorowe dzieło poświęcone relacjom zachodzącym pomiędzy naukami prawnymi (*Rechtswissenschaften*) a tzw. naukami sąsiednimi (*Nachbarwissenschaften*)<sup>36</sup>, to w szerokiej palecie różnych dziedzin wiedzy, od socjologii aż po pedagogikę, zabrakło w ogóle miejsca dla filozofii, ponieważ w specyficznej atmosferze tamtego okresu i po doświadczeniach dyskusji prawnonaturalnej dla prawników była ona synonimem spekulatywnej nienaukowości.

Wydaje się, że współczesnej i niezwykle aktualnej debacie metodologicznej ton nadają prace czterech autorów: dwóch ze starszego pokolenia, tj. Arthura Kaufmanna (1923–2001) i Ralfa Dreiera (ur. 1931)<sup>37</sup> oraz dwóch przedstawicieli młodszej generacji, tj. Erica Hilgendorfa (ur. 1960) i Dietmara von der Pfordtena (ur. 1964).

Wśród tych czterech uczonych Kaufmann, przynajmniej z filozoficznoprawnego punktu widzenia, jest postacią najbardziej wyrazistą i najbardziej specyficzną. Po pierwsze dlatego, że wziął aktywny udział we wszystkich czterech etapach rozwoju powojennej niemieckiej filozofii prawa i teorii prawa (odrodzeniu prawa natury, dyskusji podstawowej, rehabilitacji filozofii praktycznej i debacie pojednoczeniowej)<sup>38</sup>. Po drugie dlatego, że stworzył swoją hermeneutyczną filozofię prawa<sup>39</sup>, którą określa się mianem „poszukiwania trzeciej drogi”<sup>40</sup> wychodzącej poza tradycyjny paradygmat sporu *Naturrecht oder Rechtspositivismus*. Te dwa czynniki powodują jednak, że jego stosunek do problemu „filozofia prawa a teoria

<sup>35</sup> R. Dreier, *Von der Rechtsphilosophie zur Rechtstheorie und wieder zurück?*, [w:] R. Grote et al. (red.), *Die Ordnung der Freiheit. Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen 2007, s. 24.

<sup>36</sup> D. Grimm (red.), *Rechtswissenschaften und Nachbarwissenschaften*, t. 1–2, München 1976.

<sup>37</sup> Te dwie sylwetki zostały zaprezentowane w tekstach S. Sykuna, *Ralf Dreier — prawo rozumowe*, oraz M. Piechowiaka, *Arthur Kaufmann — hermeneutyka prawnicza*, [w:] J. Zajadło (red.), *Przyszłość dziedzictwa...*, s. 61–83, 135–167.

<sup>38</sup> J. Zajadło, *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*, Gdańsk 2001, s. 220–230.

<sup>39</sup> Szerzej na ten temat J. Zajadło, *Filozofia prawa Arthura Kaufmanna*, „Annales UMCS” 1987, s. 389–409; por. także M. Piechowiak, *W poszukiwaniu ontologicznych podstaw prawa. Arthur Kaufmanna teoria sprawiedliwości*, Warszawa-Poznań 1992.

<sup>40</sup> Tak bardzo trafnie określił ją już w tytule swojej monografii S. Grote, *Auf der Suche nach einem „dritten Weg”*. *Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns*, Baden-Baden 2006.



prawa” ma charakter bardzo specyficzny, ponieważ jest od początku do końca zeterminowany określoną wizją filozofii w ogóle, a filozofii prawa w szczególności, we wszystkich możliwych wymiarach — jej historii, przedmiotu, metod, celów i miejsca w systemie nauk. Ma to również swoje historyczne uzasadnienie. W 1957 roku Kaufmann opublikował pracę *Naturrecht und Geschichtlichkeit* (*Prawo natury i historyczność*), która była do pewnego stopnia przełomowa w niemieckiej dyskusji prawnonaturalnej, ponieważ zrywała z dotychczasową alternatywą „albo-albo”. O ile jednak Kaufmann, jak na czołowego powojennego ucznia Gustawa Radbrucha przystało, cały czas obracał się w ramach tradycyjnego dylematu, o tyle inni zwrócili się w zupełnie odmiennym kierunku, abstrahując w ogóle od sporu prawo natury–pozytywizm prawniczy i zwracając się w stronę problemu metod analizy prawa. Już we wczesnych latach pięćdziesiątych w niemieckiej filozofii prawa pojawiły się nowe nurty topiki, hermeneutyki, retoryki oraz logiki prawniczej (K. Engisch, J. Esser, U. Klug, Th. Viehweg)<sup>41</sup> i tą drogą poszła późniejsza debata podstawowa, przynajmniej jeśli chodzi o wspomniane wyżej *juristische Grundlagenforschung*.

Nie oznacza to jednak, że Kaufmann zajmował się w swoich pracach wyłącznie filozofią prawa i abstrahował całkowicie od problematyki teoretyczno-prawnej. Wręcz przeciwnie — dość powiedzieć, że jego ostatnia większa praca<sup>42</sup> (przed śmiercią w 2001 roku) poświęcona została problematyce argumentacji prawniczej w kontekście modelu stosowania prawa, a więc zagadnieniu *par excellence* teoretyczno-prawnemu. Ale nawet w tej książce widać wyraźne preferencje filozoficznoprawne, ponieważ w jego koncepcji teoria prawa była na swój sposób podporządkowana filozofii prawa. Generalnie rzecz biorąc, Kaufmanna znacznie bardziej interesowała relacja pomiędzy filozofią prawa i dogmatykami prawniczymi niż pomiędzy filozofią prawa i teorią prawa<sup>43</sup>.

Jego zdaniem każda nauka ma swój przedmiot materialny (*Materialobjekt*) i formalny (*Formalobjekt*). Ten pierwszy oznacza ogólny przedmiot badań, ten drugi natomiast — sposób oglądu tego pierwszego. Przedmiotem materialnym zarówno dogmatyk prawniczych, jak i filozofii prawa, jest po prostu prawo, ale w obu wypadkach mamy do czynienia z zupełnie innym „oglądem” tego wspólnego fenomenu, ponieważ formalnym przedmiotem filozofii prawa nie są jego „poszczególne” elementy (prawo administracyjne, cywilne, karne *etc.*), lecz filozoficznie pojęta „całość” — „w filozofii nie chodzi o poszczególne byty, a nawet nie o wielość poszczególnych bytów, lecz o całość, o zależności, o podstawy”<sup>44</sup>. Filo-

<sup>41</sup> J.E. Herget, *Contemporary German Legal Philosophy*, Philadelphia 1996, s. 7; podobnie K. Opalek, *op. cit.*, s. 22.

<sup>42</sup> A. Kaufmann, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung — eine rationale Analyse. Deduktion, Induktion, Abduktion, Analogie, Erkenntnis, Dezision, Macht*, München 1999; por. na ten temat uwagi M. Klatta, *op. cit.*, s. 525 nn.

<sup>43</sup> A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie...*, s. 1–25.

<sup>44</sup> *Ibidem*, s. 3.

zofia prawa, pisze Kaufmann, jest gałęzią filozofii, a nie gałęzią nauk prawnych, co nie oznacza jednak, że powinien ją uprawiać filozof, nie zaś prawnik. Mamy tu raczej do czynienia z podwójną zależnością, ponieważ w filozofii prawa pytania zadaje prawnik, a odpowiedzi udziela filozof i powinna to być jedna i ta sama osoba. W rezultacie w odpowiedzi na pytanie, „co jest gorsze, filozofia prawa »czystych filozofów« czy »czystych prawników«, należy stwierdzić, iż obie są równie złe”<sup>45</sup>. Jednostronna filozofia prawa prowadzi albo do fałszywego „scjentyzmu” (filozofia prawa prawników), albo do fałszywego „filozofizmu” (filozofia prawa filozofów)<sup>46</sup>.

Jaka jest więc relacja pomiędzy filozofią prawa i teorią prawa? *Prima facie*, twierdzi Kaufmann, można by powiedzieć, że „filozofia prawa nastawiona jest bardziej na aspekty przedmiotowe, a teoria prawa na aspekty formalne, ale jest to prawda *cum grano salis*, ponieważ nie istnieje materia bez formy i forma bez materii”<sup>47</sup>. Tak naprawdę chodzi więc o coś innego — o pewien od dawna obserwowany proces emancypacji określonych problemów z ogólnie pojętej filozofii i ich migracja do szczegółowych dziedzin. Kaufmann wskazuje, że w klasycznej filozofii prawa Kanta czy Hegla przedmiotem zainteresowania były jeszcze problemy, które później „wyemigrowały” do dogmatyk prawniczych — własność, umowa, wina, kara, rodzina *etc.* Więcej nawet, tak jeszcze było u Gustawa Radbrucha, którego system Kaufmann uznaje „za ostatnią »klasyczną« filozofię prawa”<sup>48</sup>. W tym sensie dogmatyki prawnicze skutecznie wyodrębniły się z filozofii prawa, ale nie dotyczy to w równym stopniu teorii prawa. W rezultacie to, czego dotyczyła debata podstawowa i co w ramach nauk prawnych zostało określone mianem „teorii prawa”, jest tylko wyodrębnieniem w ramach filozofii prawa pewnej specyficznej, „teoretyczno-prawnej” problematyki — teorii norm, teorii poznania i argumentacji prawniczej, prawniczej topiki, retoryki i hermeneutyki *etc.* Kaufmann, chociaż nie pisze tego wprost, uznaje więc ostatecznie teorię prawa za część tak pojętej filozofii prawa, a nie za specyficzną „filozofię prawników” (*Juristenphilosophie*).

Drugi z przywołanych tutaj autorów, Ralf Dreier, nie stworzył wprawdzie własnej filozofii prawa, ale jego wkład w udzielenie odpowiedzi na pytanie o relacje pomiędzy filozofią prawa i teorią prawa jest zdecydowanie największy, ponieważ poświęcił mu w swojej twórczości naukowej bardzo dużo uwagi<sup>49</sup>. Mamy do czynienia z na tyle obszerną i spójną koncepcją metodologiczną, że współcześnie

<sup>45</sup> *Ibidem*, s. 1.

<sup>46</sup> *Ibidem*, s. 7.

<sup>47</sup> *Ibidem*, s. 9.

<sup>48</sup> *Ibidem*, s. 10.

<sup>49</sup> Ukazały się dwa zbiory tekstów Dreiera i oba noszą charakterystyczny podtytuł: *Studia z teorii prawa (Studien zur Rechtstheorie)* — zob. *Recht-Moral-Ideologie. Studien zur Rechtstheorie*, Frankfurt am Main 1981, oraz *Recht-Staat-Vernunft. Studien zur Rechtstheorie 2*, Frankfurt am Main 1991.

jest ona przedmiotem osobnych krytycznych analiz naukowych, wskazujących wręcz na ewolucję poglądów autora w zakresie relacji pomiędzy poszczególnymi dyscyplinami *juristische Grundlagenforschung*, tj. filozofią prawa, teorią prawa, socjologią prawa czy historią prawa<sup>50</sup>. Jan-Reinard Sieckmann pisze nawet w tym kontekście, że Dreier stworzył „zintegrowaną koncepcję teorii prawa” (*die integrative Konzeption der Rechtstheorie*)<sup>51</sup>.

W apogeum debaty podstawowej, tj. w połowie lat siedemdziesiątych XX wieku, Dreier opublikował niewielkie dziełko, które współcześnie uchodzi już za klasyczne, chociażby z uwagi na swój charakterystyczny tytuł: *Co to jest i po co jest ogólna teoria prawa?*<sup>52</sup> Pierwotnie był to wykład inauguracyjny, który autor wygłosił z okazji objęcia Katedry Ogólnej Teorii Prawa (*Lehrstuhl für Allgemeine Rechtstheorie*) na uniwersytecie w Getyndze w 1974 roku. Zwróćmy uwagę na pewien charakterystyczny fakt, który ma wymiar wręcz symboliczny. Tą samą katedrą, ale już pod inną nazwą (aktualnie jest to Katedra Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej (*Lehrstuhl für Rechts- und Sozialphilosophie*)), kieruje obecnie opisany niżej Dietmar von der Pfordten. Kiedy ją obejmował w 2002 roku, a więc prawie równo trzydzieści lat po Dreierze, również wygłosił wykład inauguracyjny, którego tytuł nawiązywał do wystąpienia poprzednika, tyle że *à rebours*: *Co to jest i po co jest filozofia prawa?*<sup>53</sup>

O ile Kaufmann, jak widzieliśmy, uznawał teorię prawa (a właściwie problematykę teoretyczno-prawną) za część filozofii prawa, o tyle Dreier wyraźnie odróżnia od siebie te dwie dyscypliny i próbuje wyznaczyć relację pomiędzy nimi<sup>54</sup>, włączając w to jeszcze dodatkowo problematykę socjologiczno-prawną<sup>55</sup> i historyczno-prawną<sup>56</sup>. Inaczej rozłożone są też akcenty — o ile Kaufmanna interesowała głównie filozofia prawa jako część filozofii, a zwłaszcza jej stosunek do dogmatyk prawnych, o tyle u Dreiera te proporcje są odwrócone i w cen-

<sup>50</sup> Zob. np. J.-R. Sieckmann, *Begriff und Gegenstand der Rechtstheorie bei Ralf Dreier*, oraz H. Rottluthner, *Rechtstheorie und Rechtssoziologie bei Ralf Dreier*, [w:] R. Alexy (red.), *Integratives Verstehen. Zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers*, Tübingen 2005, odpowiednio s. 3–26 i s. 27–48.

<sup>51</sup> J.-R. Sieckmann, *op. cit.*, s. 4 nn.

<sup>52</sup> R. Dreier, *Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie*, Tübingen 1975 (także [w:] *Recht-Moral-Ideologie...*, s. 17–47 — dalej cytuję według tego wydania).

<sup>53</sup> Opublikowany jako D. von der Pfordten, *Was ist und wozu Rechtsphilosophie?*, „Juristenzeitung” 2004, nr 4, s. 157–166.

<sup>54</sup> Por. zwłaszcza R. Dreier, *Zum Verhältnis von Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, [w:] V. Schöneburg (red.), *Philosophie des Rechts und das Recht der Philosophie. Festschrift für Hermann Klenner*, Frankfurt am Main 1992, s. 15–28.

<sup>55</sup> R. Dreier, *Die Rechtssoziologie im Gefüge der juristischen Grundlagendisziplinen*, [w:] H. Dreier (red.), *Rechtssoziologie am Ende des 20. Jahrhunderts. Gedächtnissymposium für Edgar Michael Wenz*, Tübingen 2000, s. 309–322.

<sup>56</sup> R. Dreier, *Rechtstheorie und Rechtsgeschichte*, [w:] *idem*, *Recht-Staat-Vernunft...*, s. 211–235.

trum zainteresowania pojawia się teoria prawa nadbudowana nad dogmatykami prawniczymi. Za bardzo charakterystyczne można pod tym względem uznać już pierwsze zdanie cytowanego wyżej wykładu inauguracyjnego z 1974 roku: „Filozofia prawa jest martwa, niech żyje teoria prawa!”<sup>57</sup>. W tym początkowym okresie swojej bogatej metodologicznej twórczości Dreier wyznaczał teorii prawa dosyć konkretne i szczegółowe zadanie zorientowane przede wszystkim na praktyczne potrzeby dogmatyk prawniczych i dopiero w późniejszych pracach rozbudował swoją koncepcję o elementy filozoficzno- i socjologiczno-prawne<sup>58</sup>. Wprawdzie te ostatnie elementy pojawiają się już w wykładzie z 1974 roku<sup>59</sup>, ale zdaniem Jana-Reinarda Sieckmanna w tym okresie teoria prawa była dla Dreiera przede wszystkim strażnikiem stojącym na granicy pomiędzy naukami prawnymi a innymi dyscyplinami wiedzy (*Grenzpostendisziplin*). Więcej nawet — pełniła rolę filtra, który selekcjonował przydatność bądź nieprzydatność określonych koncepcji zrodzonych w tzw. naukach sąsiednich (*Nachbarwissenschaften*) dla szczegółowych dogmatyk (*Rechtsdogmatik*) i praktyki prawa (*Rechtspraxis*)<sup>60</sup>.

Hasło „filozofia prawa jest martwa, niech żyje teoria prawa” miało charakter ironiczny i nie oznaczało, że Dreier w 1974 roku nie uznawał istnienia filozofii prawa jako dyscypliny odrębnej od teorii prawa. Wręcz przeciwnie — zawsze operował i do tej pory operuje jednak znacznie szerszym niż Kaufmann paradygmatem samego pojęcia „teoria” i każdą z ogólnych refleksji nad prawem umieszcza w innej perspektywie. W rezultacie pisze wyraźnie, że tak jak teoria prawa jest „prawniczą teorią prawa”, tak filozofia prawa jest jego „teorią filozoficzną”, a socjologia prawa — „teorią socjologiczną”<sup>61</sup>. W innym miejscu powiązał to z różnymi koncepcjami samego pojęcia prawa (*der Begriff des Rechts*) — zdaniem Dreiera jeśli to pojęcie ma być adekwatne, to powinno uwzględniać wszystkie trzy perspektywy, tj. teoretyczną, filozoficzną i socjologiczną<sup>62</sup>. Tylko w takim ujęciu jesteśmy w stanie naprawdę zrozumieć złożoność fenomenu prawa i to we wszystkich jego wymiarach — tworzenia, stosowania, wykładni, obowiązywania i przestrzegania. Operując terminologią Kaufmanna, można powiedzieć, że każda z ogólnych refleksji nad prawem — teoria prawa, filozofia prawa i socjologia prawa — jako część *juristische Grundlagenforschung* ma wprawdzie ten sam przedmiot materialny, ale jednocześnie zupełnie różny przedmiot formalny. W tym ostatnim aspekcie oznacza to, z jednej strony, uznanie różnych podstaw prawa, z drugiej

<sup>57</sup> R. Dreier, *Was ist und wozu...*, s. 17.

<sup>58</sup> Na ewolucję metodologicznych koncepcji Dreiera wskazuje przede wszystkim J.-R. Sieckmann, *op. cit.*, s. 6 nn.

<sup>59</sup> Miał on bowiem strukturę złożoną z czterech podstawowych części: „historia teorii prawa”, „teoria prawa i socjologia prawa”, „teoria prawa i filozofia prawa”, „teoria prawa i praktyka prawa” — R. Dreier, *Was ist und wozu...*, s. 18–32.

<sup>60</sup> J.-R. Sieckmann, *op. cit.*, s. 6.

<sup>61</sup> *Ibidem*, s. 21 nn.; por. także J.-R. Sieckmann, *op. cit.*, s. 7.

<sup>62</sup> R. Dreier, *Der Begriff des Rechts*, [w:] *idem, Recht-Staat-Vernunft...*, s. 108 nn.

zaś — przyjęcie różnych metod ich badania. W wypadku teorii prawa są to przede wszystkim elementy pojęciowe, logiczne i metodologiczne badane metodami analitycznymi; w wypadku socjologii prawa — elementy faktyczne i społeczne ujęte w perspektywie empirycznej; w wypadku filozofii prawa — elementy moralne poddane ocenie normatywnej. Każda z tych dziedzin ma wprowadzić swoje własne tematy badawcze, ale można też wyznaczyć pewne wspólne płaszczyzny. Do tych ostatnich należą w szczególności pojęcie i obowiązywanie prawa, jego legitymacja, funkcje i ewolucja oraz struktura systemu prawa<sup>63</sup>.

Trzeci z wybranych uczonych, Eric Hilgendorf, nie określił wprowadzić precyzyjnie statusu metodologicznego filozofii prawa i teorii prawa oraz różnic i podobieństw pomiędzy nimi, ale stworzył oryginalną koncepcję cyklicznej ewolucji obu tych dyscyplin jako podstawowych elementów *juristische Grundlagenforschung*. Tytuł podstawowego dzieła tego autora, *Die Renaissance der Rechtstheorie zwischen 1965 und 1985*<sup>64</sup>, jest jednak nieco mylący, ponieważ sugeruje, że w tym okresie doszło rzeczywiście do „renesansu” teorii prawa. Tymczasem w okresie dyskusji podstawowej tak naprawdę teoria prawa dopiero się narodziła — jak już wspomniałem wyżej, trudno bowiem tak do końca za jej pierwowzór uznawać ogólną naukę prawa (*Allgemeine Rechtslehre*), charakterystyczną dla jurysprudencji niemieckiej XIX wieku<sup>65</sup>. O tej ostatniej dziedzinie Gustaw Radbruch pisał już w 1914 roku, że może być uznana za „eutanię filozofii prawa”<sup>66</sup>.

Zdaniem Hilgendorfa w dawnej i nowszej historii niemieckiej nauki prawa mieliśmy do czynienia z trzema „falami teoretyczno-prawnymi” — na przełomie XVIII i XIX wieku, pod koniec XIX wieku oraz w latach 1965–1985. Za każdym razem była to pewna reakcja nauki prawa na wcześniejszą swoistą hipertrofię spekulatywnej filozofii prawa i w tym sensie teoria prawa pełniła rolę pewnego „szyfru odnowienia” (*Chiffre der Erneuerung*)<sup>67</sup>. Po krótkiej „odnowie teoretyczno-prawnej” filozofia prawa odradzała się jednak ponownie i tak zamykał się pewien cykl, ale tylko po to, by za chwilę rozpocząć się na nowo. W tym sensie dyskusja podstawowa, którą Hilgendorf niezbyt trafnie<sup>68</sup> rozciąga aż do 1985 roku, była reakcją na filozofię prawa powojennego renesansu prawa natury, a z kolei rehabilitacja filozofii praktycznej w latach osiemdziesiątych XX wieku stanowiła odpowiedź na przewagę teorii prawa na przełomie lat sześćdziesiątych i siedemdziesiątych XX wieku. Pośrednio oznacza to, że Hilgendorf, podobnie jak Dreier i odmiennie niż Kaufmann, uznaje filozofię prawa i teorię prawa za dwie

<sup>63</sup> H. Rottleuthner, *op. cit.*, s. 48.

<sup>64</sup> Por. przypis 26.

<sup>65</sup> Zwraca na to uwagę R. Dreier, *Von der Rechtsphilosophie zur Rechtstheorie...*, s. 22: „Postaje kwestia otwarta, czy można zasadnie mówić o »renesansie«”.

<sup>66</sup> G. Radbruch, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, [w:] *idem, Gustav Radbruch. Gesamtausgabe*, t. 2, red. A. Kaufmann, Heidelberg 1993, s. 34.

<sup>67</sup> E. Hilgendorf, *Die Renaissance der Rechtstheorie...*, s. 13 nn.

<sup>68</sup> R. Dreier, *Von der Rechtsphilosophie zur Rechtstheorie...*, s. 24 nn.



autonomiczne dyscypliny, tyle że historycznie wzajemnie konkurencyjne i jakby „niemogące” funkcjonować równolegle obok siebie. Jeśli Hilgendorf traktuje swoją koncepcję cyklicznego rozwoju metaforycznie, to można dostrzec interesujące aspekty tej wizji — w formie graficznej wyrażałaby to ciągle wznosząca się spirala zmieniająca się za każdym zakrętem raz w teorię prawa, a raz w filozofię prawa. Jeśli jednak traktują ją całkowicie poważnie, to trudno się z nią zgodzić z uwagi na jej ahistoryzm — nauka w ogóle, a nauka prawa w szczególności, nie rozwija się bowiem cyklicznymi kręgami, lecz raczej w formie linearnego postępu. W tym sensie również filozofia prawa i teoria prawa nie muszą być konkurencyjne, powinny być raczej wręcz komplementarne wobec siebie i to bez względu na to, czy jest to komplementarność w stylu Kaufmanna, czy w stylu Dreiera.

Hilgendorf zadaje również fundamentalne pytanie, jaki jest obecny stan *juristische Grundlagenforschung*. Sam udziela odpowiedzi dosyć krytycznej — jego zdaniem współczesna niemiecka filozofia prawa i teoria prawa znajdują się w fazie pewnej stagnacji: w porównaniu z anglosaską jurysprudencją są stosunkowo mało twórcze, dominuje w nich jednostronnie metoda filozofii analitycznej, nie otwierają się bieżące problemy społeczne i polityczne, wyniki ich badań mają niewielkie znaczenie dla dogmatyki i praktyki prawniczej<sup>69</sup>. Ta krytyczna ocena prowadzi go do wniosku, że zgodnie z podaną wyżej koncepcją rozwoju zamknął się kolejny cykl filozofii prawa i czas najwyższy na kolejny „szyfr odnowienia” ze strony teorii prawa. Zdaniem Hilgendorfa podstawowe tematy, które powinna podjąć ta dyscyplina, to m.in.: problemy biotechnologii, relacja pomiędzy prawem i ekonomią, globalizacja, pluralizm kulturowy i religijny, wyzwania dla państwa prawa w wojnie z terroryzmem<sup>70</sup>. Nie mogę się jednak oprzeć wrażeniu, że ta, chyba jednak nieuzasadniona, krytyka dopasowała się jakby do z góry założonej tezy o cyklicznym rozwoju filozofii prawa i teorii prawa. Trudno ją więc podzielić — jeśli bowiem gdzieś na świecie filozofia prawa i teoria prawa podejmowały tematy np. biotechnologii, pluralizmu, globalizacji czy wojny z terroryzmem, to stało się to udziałem właśnie przede wszystkim jurysprudencji niemieckiej.

Wreszcie czwarty z wybranych autorów — Dietmar von der Pfordten — jego stanowisko podobne jest do koncepcji Kaufmanna, a więc uznaje teorię prawa za część filozofii prawa, ale na podstawie zupełnie innych źródeł ogólnofilozoficznych i innych założeń metodologicznych. Trzeba przyznać, że ta propozycja może mieć duże walory metodyczne z punktu widzenia uniwersyteckiej dydaktyki filozofii prawa i teorii prawa, ponieważ urzeka<sup>71</sup>, z jednej, strony swoim nowatorstwem, z drugiej zaś — swoim klasycznym rodowodem.

<sup>69</sup> E. Hilgendorf, *Zur Lage der juristischen Grundlagenforschung...*, s. 119 nn.

<sup>70</sup> *Ibidem*, s. 123 nn.

<sup>71</sup> Nawet tak wymagający znawca przedmiotu, jak Dreier pisze o tej propozycji, iż jest ona niezwykle atrakcyjna (*ein durchaus attraktiver Vorschlag*) i robiąca wrażenie (*die insgesamt eindrucksvolle Konzeption*) w: *Von der Rechtsphilosophie zur Rechtstheorie...*, s. 28 nn.

Zdaniem von der Pfordtena filozofia prawa ma *ex definitione* strukturę wewnętrzną złożoną, ponieważ łączy specyficzny przedmiot (prawo) ze specyficzną metodą (filozofia). To powoduje, że w zależności od sposobu ujęcia i rozłożenia akcentów w naturalny i niekontrolowany sposób ciąży albo w kierunku nauk prawnych (*Rechtswissenschaften*), albo w kierunku nauk filozoficznych (*philosophische Wissenschaften*). W tym pierwszym wypadku odbywa się to kosztem jej ogólności, koherentności i funkcji krytycznej; w drugim natomiast — kosztem jej przydatności dla dogmatyki i praktyki prawa<sup>72</sup>. W rezultacie dobra filozofia prawa powinna przezwyciężyć ten niekontrolowany dryf w jednym kierunku i uwzględniać swoją wewnętrzną złożoną strukturę przez równe rozłożenie akcentów jurydycznych i filozoficznych.

Spójrzmy na ten problem od strony teorii prawa (*Rechtstheorie*). Otóż zdaniem von der Pfordtena możliwe są cztery różne rozumienia tego pojęcia<sup>73</sup>:

— teoria prawa jako ogólna krytyczna teoria prawa (*kritische allgemeine Theorie des Rechts*) stanowi część nauk społecznych (*Sozialwissenschaften*);

— teoria prawa jako teoretyczna część nauk prawnych (*teoretischer Teilbereich der Rechtswissenschaft*) jest eklektyczna, ponieważ częściowo nawiązuje do ogólnej nauki prawa (*Allgemeine Rechtslehre*), częściowo wykorzystuje dorobek anglosaskiej jurysprudencji analitycznej (*angelsächsische analytische Jurisprudenz*), a częściowo dryfuje w kierunku socjologii prawa (*Rechtssoziologie*);

— teoria prawa jako teoria, względnie metodologia, dogmatyki prawa (*Theorie bzw. Methodologie der Rechtsdogmatik*) nawiązuje wprost do ogólnej nauki prawa (*Allgemeine Rechtslehre*) i w tym sensie nie jest częścią filozofii prawa (*Rechtsphilosophie*), lecz częścią dogmatyki prawa (*Rechtsdogmatik*);

— teoria prawa jako analityczno-deskryptywna część filozofii prawa (*analytisch-deskriptiver Teil der Rechtsphilosophie*) jest teorią prawa w wąskim znaczeniu i stanowi jurydyczną część w złożonej, prawniczo-filozoficznej strukturze filozofii prawa.

Omawiany autor opowiada się zdecydowanie za ostatnim z tych ujęć teorii prawa, a wynika to z przyjętych przez niego założeń ogólnofilozoficznych. Punktem wyjścia von der Pfordtena jest wprowadzony przez Immanuela Kanta podział rozumu na rozum teoretyczny (czysty) i rozum praktyczny (krytyczny). Przeniesienie tej klasyfikacji na grunt nauk prawnych oznacza, że filozofia prawa jako ogólna, deskryptywno-normatywna refleksja nad prawem zawiera w sobie, z jednej strony, teorię prawa (teoretyczny rozum analizujący, generalizujący i systematyzujący), z drugiej zaś etykę prawa (praktyczny rozum krytyczny). Dzięki temu filozofia prawa nie ogląda fenomenu prawa ani wyłącznie z „zaangażowanej perspektywy wewnętrznej” (tak jak np. dogmatyki prawnicze), ani wyłącznie

<sup>72</sup> D. v. der Pfordten, *Was ist und wozu...*, s. 162.

<sup>73</sup> D. v. der Pfordten, *Rechtsethik*, München 2001, s. 18–20; por. także uwagi R. Dreiera, *Von der Rechtsphilosophie zur Rechtstheorie...*, s. 31 nn.

z „neutralnej perspektywy zewnętrznej” (tak jak np. historia prawa czy socjologia prawa). Wręcz przeciwnie — łączy te dwa ujęcia i stąd wynika jej złożona, normatywno-deskryptywna funkcja. Z pewnym uproszczeniem można w związku z tym powiedzieć, że teoria prawa w tym ujęciu generalizuje i systematyzuje prawo takim, jakie ono jest; z kolei etyka prawa krytykuje go, odwołując się do prawa takiego, jakim ono być powinno z punktu widzenia pewnego założonego ideału prawa. Innymi słowy: „teoria prawa analizuje i opisuje podstawowe struktury prawa w ich związku z innymi fenomenami”, natomiast „etyka prawa pyta o sprawiedliwość prawa, o słuszne prawo”<sup>74</sup>. Dopiero połączenie w filozofii prawa tych dwóch perspektyw — teoretycznej (czytaj: jurydycznej) i etycznej (czytaj: filozoficznej) — pozwala na uniknięcie wspomnianych wyżej niebezpieczeństw wynikających z przesadnego ciążenia albo w kierunku nauk prawnych, albo nauk filozoficznych. Propozycja von der Pfordtena znalazła już zresztą pewien oddźwięk w akademickich podręcznikach — widać to już np. w tytule opracowania H.P. Prumma: *Einführung in die Rechtsphilosophie — Rechtstheorie und Rechtsethik*<sup>75</sup>.

Podsumowując współczesną niemiecką dyskusję metodologiczną w obszarze *juristische Grundlagenforschung*, warto przypomnieć znaną opinię Radbrucha, że „każda epoka musi na nowo pisać swoją naukę prawa”<sup>76</sup>. Jeśli przyjąć propozycję von der Pfordtena, to można powiedzieć tak: każda epoka na miarę swoich wyzwań i potrzeb mobilizuje ludzki rozum teoretyczny i praktyczny, *ergo* — pisze na nowo zarówno teorię prawa, jak i etykę prawa. Na zakończenie oddajmy więc głos postaci najbardziej zasłużonej w dziele rozwiązywania, w gruncie rzeczy pozornego, dylematu „filozofia prawa czy teoria prawa”, Ralfowi Dreierowi. W jednej ze swoich ostatnich prac odnosi się on krytycznie do propozycji Hilgendorfa i von der Pfordtena i w podsumowaniu pisze tak: „Od filozofii prawa do teorii prawa i z powrotem? Nie, ponieważ teoria uzyskała status samodzielnego kierunku badawczego. Teoria prawa jako część filozofii prawa? Zgoda, o ile przyjmujemy, że teoria prawa bez szkody dla swojego filozoficznego wymiaru jest przede wszystkim dziedziną prawniczą”<sup>77</sup>.

<sup>74</sup> D. v. der Pfordten, *Was ist und wozu...*, s. 160.

<sup>75</sup> H.P. Prumm, *Einführung in die Rechtsphilosophie — Rechtstheorie und Rechtsethik*, Berlin 2008.

<sup>76</sup> G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, [w:] *idem, Gustav Radbruch. Gesamtausgabe...*, s. 356.

<sup>77</sup> R. Dreier, *Von der Rechtsphilosophie zur Rechtstheorie...*, s. 32.