

Maciej Pichlak

Krytyczny pozytywizm prawniczy Kaarlo Tuoriego

1. Wprowadzenie

Celem artykułu jest prezentacja głównych składowych teoretycznej koncepcji prawa autorstwa Kaarlo Tuoriego¹, określanej przez samego autora mianem „krytycznego pozytywizmu prawniczego” (dalej: KPP). Wydaje się, że projekt ten może mieć istotne znaczenie dla współczesnego prawoznawstwa z co najmniej trzech powodów. Po pierwsze, teorie nawiązujące do tradycji prawniczego pozytywizmu zasługują na uwagę choćby z tego względu, że paradygmat pozytywistyczny wyznacza nadal dominujący sposób myślenia o prawie i konceptualizacji zjawisk prawnych. Szczególnie „potoczna”, praktyczna świadomość prawnicza skłonna jest wciąż organizować się wokół kategorii o pozytywistycznym rodowodzie² (co sam Tuori określił mianem „spontanicznego pozytywizmu”³).

Po drugie, nie sposób nie zauważyć, że nauki prawne, w tym ogólna refleksja o prawie, funkcjonuje dziś w znacząco nowych uwarunko-

¹ Kaarlo Tuori (ur. 1949) jest profesorem Uniwersytetu Helsińskiego, specjalistą z zakresu teorii prawa, konstytucjonalizmu oraz prawa europejskiego.

² W polskim piśmiennictwie owa zgodność pomiędzy potoczną świadomością prawniczą a paradygmatem pozytywistycznym odnotowywana była chyba najczęściej przez Marka Zirk-Sadowskiego – zob. np. Zirk-Sadowski Marek. 1998. *Prawo a uczestniczenie w kulturze*. Łódź: Wyd. Uniwersytetu Łódzkiego; Zirk-Sadowski Marek. 2001. „Pozytywizm prawniczy a filozoficzna opozycja podmiotu i przedmiotu poznania” [w:] *Studia z filozofii prawa*. Red. Stelmach Jerzy. Kraków: Wyd. Uniwersytetu Jagiellońskiego; Zirk-Sadowski Marek. 2007. „Metodologia nauk administracyjnych na tle metodologii prawoznawstwa” [w:] *Koncepcja systemu prawa administracyjnego. Zjazd katedr prawa administracyjnego i postępowania administracyjnego*. Red. Zimmermann Jan. Kraków: Oficyna Wolters Kluwer.

³ Tuori Kaarlo. 2002. *Critical Legal Positivism*. 7. Aldershot: Ashgate.

waniach społecznych i intelektualnych. Stąd też na szczególne zainteresowanie zasługują te propozycje teoretyczne, które w pełni świadomie biorą wzgląd na owe zmieniające się realia. Tak właśnie rzecz się ma z projektem KPP, który podejmuje próbę pogodzenia pozytywizmu z krytycznie zorientowaną jursprudencją.

Po trzecie wreszcie, koncepcja fińskiego teoretyka wykazuje istotne walory praktyczne, stanowiąc dogodne narzędzie analityczne dla badania wielu obszarów współczesnych porządków prawnych. Sam Tuori od dłuższego czasu koncentruje swą uwagę badawczą na prawnych aspektach integracji europejskiej, ze szczególnym uwzględnieniem procesów konstytucjonalizacji prawa unijnego⁴; w analizach tych teoria KPP pełni rolę podstawowej ramy pojęciowej. Projekt ten, wskazując na niedyzpozytywne wobec legislatora składowe porządku prawnego, może być również istotnym głosem w nawracających politycznych sporach o prawo. Choć te „aplikacyjne” wątki z dorobku autora nie będą przedmiotem bezpośrednich rozważań w niniejszym tekście, należy mieć je na względzie dokonując oceny jego propozycji teoretycznych.

Twórczość Tuoriego – mimo najwyższej renomy w jego rodzimym kraju i uznanej pozycji międzynarodowej – jest przy tym wciąż stosunkowo słabo rozpoznana i spopularyzowana w Polsce. Jest zatem dodatkowy powód, aby zmienić ten stan rzeczy, pamiętając jak bliskie i owocne bywały związki pomiędzy polską a skandynawską myślą prawną w przeszłości.

Na projekt KPP składa się zarówno autorska koncepcja prawa, jak i program uprawiania nauk prawnych. Poniższe rozważania koncentrują się na pierwszym zagadnieniu, rekonstruuąc pojęcie prawa proponowane przez Tuoriego.

2. Krytyczny pozytywizm i pojęcie prawa

2.1. Prawo jako pojęcie złożone

Rozważany tu KPP jest, wedle określenia jego autora, teorią nowoczesnego porządku prawnego jako historycznego typu prawa. Odróżnia to ten projekt zarówno od pozytywizmu Hansa Kelsena (z jego transcendentną, uniwersalizującą optyką), jak również od propozycji więk-

⁴ Zob. np. Tuori Kaarlo. Tuori Klaus. 2014. *The Eurozone Crisis: A Constitutional Analysis*. Cambridge: Cambridge University Press; Tuori Kaarlo. 2015. *European Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press.

szości współczesnych przedstawicieli tego nurtu, zwłaszcza skupionych wokół sporu pomiędzy twardym (ekskluzywnym) i miękkim (inkluzywnym) pozytywizmem, który to spór porusza się na wysoce abstrakcyjnym poziomie pojęciowej analizy prawa⁵. Jednocześnie w określeniu tym zawarty jest już *in nucleo* podstawowy zamysł badawczy Tuoriego, polegający na rekonstrukcji „samoświadomości” współczesnego prawa i prawniczej wspólnoty; ta rekonstrukcja przebiegać będzie na drodze poszukiwania tego, co dla nowoczesnego pojmowania prawa na tyle oczywiste, że często przemilczane, co wspólne dla konkurencyjnych stanowisk teoretycznych, co najbardziej ogólne spośród partykularności poszczególnych kultur prawnych.

Analizując takie nowoczesne pojęcie prawa, fiński teoretyk zauważa na wstępie obecną w nim dwoistość znaczeniową. Prawo oznacza bowiem zarówno system normatywny, jak i zinstytucjonalizowaną praktykę społeczną⁶. Nie są to przy tym po prostu dwa różne pojęcia wyrażane tym samym terminem, ale dwa ściśle ze sobą powiązane aspekty jednego, złożonego pojęcia prawa. Z jednej strony, prawny system normatywny kształtuje się w ramach instytucjonalnej praktyki tworzenia (i stosowania) prawa; z drugiej, system ten wywiera znaczący wpływ na kształt praktyki. Również w teoretycznych rozważaniach nie sposób całkowicie oddzielić od siebie tych dwóch obszarów.

Prawo – zarówno jako system, jak i jako praktyka – kształtowane jest zdaniem Tuoriego przez trzy grupy instytucjonalnych podmiotów, tj. politycznego prawodawcę (legislaturę), sądownictwo oraz nauki prawne. Ich rola może być różna w ramach odmiennych kultur prawnych – Tuori, dokonując świadomej generalizacji, wskazuje na historyczną dominację legislatury we francuskiej, sądownictwa w anglosaskiej, a doktryny w niemieckiej kulturze prawnej⁷ – ale żaden z nich nie może być całkowicie pominięty. Aby jednak uznać za współauto-

⁵ Zob. Himma Kenneth E. 2002. „Inclusive Legal Positivism” [w:] *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Red. Coleman Jules L., Shapiro Scott. 125-165, Oxford, New York: Oxford University Press; Marmor Andrei. 2002. „Exclusive Legal Positivism” [w:] *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Red. Coleman Jules L., Shapiro Scott. 104-124, Oxford, New York: Oxford University Press. W polskim piśmiennictwie: Pietrzykowski Tomasz 2003. „«Miękki» pozytywizm i spór o regułę uznania” [w:] *Studia z filozofii prawa 2*. Red. Jerzy Stelmach. Kraków: Wyd. Uniwersytetu Jagiellońskiego.

⁶ Tuori K. 2002, op. cit., passim.

⁷ Tuori Kaarlo. 2011. *Ratio and Voluntas: The Tension Between Reason and Will in Law*. Passim. Farnham: Ashgate.

rów porządku prawnego nie tylko władzę legislacyjną, ale także sądy czy naukę prawa, potrzebne jest szczególne rozumienie tegoż prawa.

W swojej koncepcji prawa Tuori w systematyczny (choć może nieco eklektyczny) sposób eksplikuje dość powszechne przekonanie, że współczesny porządek prawny⁸ – mimo swego pozytywnego charakteru – nie ogranicza się jedynie do prawa stanowionego, a jego nieodrodną składową stanowi m.in. kultura prawnicza. Normy prawne stanowione przez politycznego prawodawcę tworzą jedynie „powierzchniową warstwę” porządku prawnego, który obejmuje także „głębsze” poziomy: profesjonalnej kultury prawnej oraz tzw. głębokiej kultury. Można więc obrazowo przedstawiać prawo jako trójwarstwową konstrukcję, składającą się kolejno z: (a) warstwy powierzchniowej, (b) profesjonalnej kultury prawnej oraz (c) głębokiej kultury⁹.

Tę charakterystyczną dla nowoczesnych porządków społecznych złożoność pojęcia prawa oddaje na inny sposób już sam tytuł innej książki tego autora, *Ratio and Voluntas*¹⁰. Prawo, zgodnie z zasadniczą pozytywistyczną orientacją omawianej teorii, uznaje się tu za epifenomen *voluntas*, woli podmiotów społecznych zaangażowanych w jego powstawanie (zob. niżej, pkt 2.4). Jest ono kształtowane zgodnie z decyzjami aktualnego politycznego prawodawcy. Jednocześnie jednak porządek prawny osadzony jest w *ratio*, rozumnych standardach, niedyspozytywnych względem chwilowych preferencji politycznych. Dodajmy, że *ratio* prawa konstytuowane jest w opinii Tuoriego przez wspomniane „głębsze warstwy” prawa.

Podobnie jak w przypadku innych kluczowych dla KPP kategorii, jego autor nie proponuje jednoznacznych definicji przywoływanych tu łacińskich terminów. Przeciwnie, podkreśla historycznie zmienny charakter stojących za nimi pojęć – inaczej należałoby rozumieć *ratio* pra-

⁸ Rozróżnienie pomiędzy „systemem prawnym” a „porządkiem prawnym” zostało opracowane w Polsce przede wszystkim przez W. Langa, który rozumiał porządek prawny jako pojęcie szersze, obejmujące obok norm prawnych także reguły podejmowania decyzji oraz pozaprawne zasady, o ile stanowią one adres odwoławczy w obowiązujących przepisach. Tuori posługuje się paralelnymi terminami angielskimi „legal system” i „legal order”, nadając im jednak odwrotne znaczenia niż czyni to Lang. Będę posługiwał się tymi terminami niejako wbrew autorowi KPP, a w zgodzie z przyjmowaną w polskim prawoznawstwie konwencją, uznając porządek prawny za pojęcie zakresowo szersze. Por. Lang Wiesław. 1989. *Prawo i moralność*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.

⁹ Tuori K. 2002, op. cit., rozdz. 1.

¹⁰ Tuori K. 2011, op. cit.

wa w odniesieniu do systemu *common law* w siedemnastowiecznej Anglii, prawa niemieckiego okresu dziewiętnastowiecznych kodyfikacji, czy współczesnych konstytucyjnych porządków prawnych. Stąd też w najogólniejszym sensie wyrażenia te funkcjonują jako metafory raczej niż precyzyjne pojęcia. Niemniej jednak, gdyby pokusić się o ich dookreślenie, *voluntas* wydaje się najbliższa racjonalności instrumentalnej, zaś *ratio* oznaczać miałyby zbiór nie poddających się instrumentalizacji standardów¹¹. O dokładnych zadaniach, jakie spełniają mają te standardy, mowa będzie dalej (pkt 3).

Przynależne do *ratio* standardy najczęściej uzasadniane będą deontologicznie, jakkolwiek nie jest wykluczone inne ich uzasadnienie, np. teleologiczne, jak dzieje się w przypadku „wewnętrznej moralności prawa” Lona Fullera, czy też pragmatyczne, jak zdaniem Tuoriego miało to miejsce na wcześniejszych etapach kształtowania się kultury prawnej wspólnotowego prawa europejskiego¹². Ponownie więc, jak w przypadku rozważań nad „wielopoziomowością” prawa, mamy tu do czynienia z próbą uchwycenia pewnej ogólnej idei – idei dialektyki prawa – która była precyzowana i eksplikowana w nauce prawa na wiele odmiennych sposobów¹³: jako rozróżnienie pomiędzy ustawą a prawem (Radbruch), realnym a idealnym aspektem prawa (Selznick), faktycznością a obowiązaniem (Habermas) itp. Tuori, niejako celowo, nie przesądza najwłaściwszego sposobu interpretacji tej idei, podkreślając tym samym jej inkluzyjny charakter.

2.2. Kultura prawna

Celem lepszego zrozumienia typowej dla KPP koncepcji prawa jako pojęcia złożonego warto podać charakterystykę poszczególnych warstw

¹¹ Z racji na sugerowaną kilkakrotnie w tym artykule użyteczność kategorii proponowanych przez J. Habermasa dla interpretacji projektu KPP, pojęcia *voluntas* i *ratio* można uznać za bliskoznaczne zaproponowanemu przez niemieckiego myśliciela rozróżnieniu na rozum instrumentalny i komunikacyjny.

¹² Jak uważa Tuori, do momentu włączenia w porządek prawny UE praw podstawowych, większość zasad fundujących ten system miała charakter *polices*, a nie *principles* (co *nota bene* miałyby odróżniać europejską kulturę prawną jako wspólną tożsamość porządków prawnych państw europejskich od kultury prawnej europejskiego prawa wspólnotowego). Zob. Tuori K. 2015, op. cit.

¹³ Por. również Pichlak Maciej. 2014. „Obiektywność w prawie – podejście instytucjonalne jako alternatywa dla dominujących stanowisk teoretycznych” *Archivum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej* 2/2014: 109-125.

prawa wyróżnianych przez tę teorię. Jeśli przez warstwę powierzchniową rozumieć prawo stanowione – zbiór reguł postępowania będących efektem faktów prawotwórczych uznawanych w danym systemie – jest to rzecz jasna najbardziej oczywista i widoczna część porządku prawnego; jednocześnie jednak jest ona najbardziej zmienna, niespójna i wystawiona na kaprysy politycznych decyzji. Większą stabilnością, jak i autonomią, odznacza się poziom profesjonalnej kultury prawnej. Podkreślmy, że chodzi tu właśnie o kulturę profesjonalną – kulturę prawną *sensu stricto*, odróżnianą przez autora od kultury *sensu largo*, specyficznej dla danego społeczeństwa jako całości. Tak rozumiana kultura prawna tworzona jest przez osoby zawodowo związane z prawem; posiadanie odpowiednich kompetencji kulturowych w tym zakresie wyznacza więc warunki przynależności do prawniczej wspólnoty profesjonalnej. W obręb tejże kultury Tuori zalicza tak zróżnicowane elementy, jak (a) składnik metodyczny; (b) składnik pojęciowy; (c) składnik normatywny – zasady podstawowe oraz (d) ogólne doktryny¹⁴. Pierwsza, metodyczna składowa kultury prawnej obejmuje przede wszystkim akceptowane reguły egzekucji i argumentacji prawniczej; reguły wykładni, wnioskowań prawniczych czy reguły kolizyjne. Na drugi z jej komponentów składają się podstawowe pojęcia, którymi dla opisu i systematyzacji prawa posługują się praktyka prawnicza i nauki prawne; będą to przykładowo pojęcia winy w prawie karnym, podmiotowości prawnej w prawie cywilnym, organu w prawie administracyjnym czy normy prawnej w teorii prawa. Składnik normatywny z kolei to podstawowe, często niepisane, zasady porządku prawnego. Sam autor wskazuje tu na znane paremie prawnicze typu *pacta sunt servanda* czy *nulla poena sine lege*; generalnie rzecz ujmując, proponowanemu przezeń ujęciu zarówno charakteru, jak i roli zasad najbliższej do interpretacji autorstwa Ronalda Dworkina oraz Jürgena Habermasa¹⁵. Można tu zatem włączyć również zasadę państwa prawa czy też te związane z ochroną praw podstawowych.

¹⁴ Tuori K. 2002, op. cit., passim.

¹⁵ Ibidem. 223-228. Por. też Dworkin Ronald. 1998. *Biorąc prawa poważnie*. 56-94. Przeł. Kowalski Tomasz. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN; Habermas Jürgen. 2005. *Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*. Przeł. Romaniuk Adam, Marszałek Robert. Warszawa: Scholar. Tuori nawiązuje również oczywiście do równie wpływowego opracowania problematyki zasad autorstwa Roberta Alexy'ego – por. Alexy

Szczególną rolę w kulturze prawnej odgrywa ostatnia z jej składowych, ogólne doktryny, mające wprowadzać *prima facie* porządek w obszarze pozostałych komponentów: pojęć, zasad i kanonów prawniczych rozumowań. Wydaje się, że Tuori skłonny jest zaliczyć tu teorie bardzo różnego zasięgu. Będą to więc przykładowo zarówno zróżnicowane doktryny przyczynowości w obrębie prawa karnego czy osoby prawnej w prawie cywilnym, jak i doktryna hierarchicznej budowy (*Stufenbau*) systemu prawnego czy teorie wykładni w ogólnej nauce prawa. Będą to wreszcie najogólniejsze orientacje prawo-polityczne: prawa liberalnego, czy też prawa państwa dobrobytu społecznego (*welfare state*)¹⁶.

Różnorodność poszczególnych elementów składowych pojęcia kultury prawnej każe spytać, jakimi kryteriami kierował się autor KPP dokonując ich selekcji. Tuori uzasadnia swój wybór poprzez odwołanie do szczególnie rozumianej metody fenomenologicznej; twierdzi on, że właśnie te elementy są prawnikowi niezbędne dla właściwego rozumienia prawa oraz codziennej z nim pracy¹⁷.

2.3. Głęboka kultura

Chociaż sama konceptualizacja pojęcia kultury prawnej dokonana przez fińskiego teoretyka ma charakter oryginalny, teza o istotnej roli, jaką odgrywa ona w kształtowaniu porządku prawnego, jest dziś powszechnie akceptowana. Tym, co w propozycjach tego autora może być uznane za bardziej autorski pomysł, jest wyodrębnienie kolejnej, głębszej jeszcze od kultury prawnej warstwy prawa, jaką ma być jego głęboka kultura (*resp.* głęboka struktura – por. dalej). Tym mianem określony

Robert. 2010. *Teoria praw podstawowych*. Przeł. Kwiatkowska Bożena, Zajądló Jerzy. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe.

¹⁶Warto zauważyć, że jakkolwiek takie ujęcie kultury prawnej odznacza się do pewnego stopnia wspomnianą eklektycznością, pozostaje ono konsekwentne co najmniej pod jednym względem: przyjmuje ono wyraźnie symboliczną koncepcję kultury.

¹⁷Chodzić tu więc będzie prawdopodobnie o metodę fenomenologiczną w opracowaniu socjologii wiedzy, za której twórcę uznać należałoby Alfreda Schütza (zob. niżej, pkt 3, nt. mechanizmów sedymentacji i konstytucji). Tuori nie zawarł niestety tych wyjaśnień bezpośrednio w omawianych tu pracach, a sformułował je podczas niepublikowanego dotąd wywiadu, jaki autor tego artykułu miał sposobność z nim przeprowadzić.

zostaje zespół najbardziej podstawowych przekonań o prawie, wspólny dla różnych nowoczesnych kultur prawnych. Właśnie istniejąca w tym zakresie „wspólnota myśli”, obejmująca odmienne kultury prawne, jest jednym z argumentów za potrzebą wyodrębnienia tej dodatkowej warstwy prawnego porządku. Tuori twierdzi, że dopiero taki zabieg pozwala przekonująco odpowiedzieć na pytanie, co łączy i upodabnia do siebie kultury prawne współczesnego świata „Zachodu”, mimo wszelkich występujących między nimi różnic. Jak pisze:

Czy porządki prawne odmiennych kultur prawnych – powiedzmy przykładowo, system północnoamerykański, niemiecki oraz fiński – mają coś wspólnego ze sobą? Czy mimo dzielących je, tak w warstwie powierzchniowej, jak i w kulturze prawnej różnic posiadają one jakiś wspólny rdzeń? Możemy również zapytać, czy jest coś bardziej trwałego, coś co przy przemianach na poziomie kultury prawnej pozostaje zasadniczo niezmiennie [...]. Pozytywna odpowiedź na te pytania oznacza przyznanie, że nowoczesne prawo zawiera w sobie warstwę bardziej jeszcze fundamentalną niż kultura prawna¹⁸.

Można się zastanawiać, czy stwierdzenie oczywistych podobieństw pomiędzy poszczególnymi kulturami prawnymi rzeczywiście musi skutkować uznaniem istnienia jakiegoś wspólnego im rdzenia; czy nie można przypisać im podobieństwa rodzinnego, w rozumieniu Ludwiga Wittgensteina¹⁹. Istnienie tego typu najgłębszych podstaw myślenia o prawie wydaje się jednak faktem; pozostaje pytanie o ich uzasadnienie i interpretację. Od zaproponowanego przez Tuoriego argumentu z podobieństwa bardziej przekonujące wydaje się ich uzasadnienie w kategoriach transcendentálnych – jako warunków możliwości pojmowania prawa i działania w epistemicznym polu współczesnego porządku prawnego²⁰ – bądź tych zaczerpniętych z socjologii wiedzy, jako prawniczego „świata życia”²¹.

¹⁸ Tuori K. 2002, op. cit., 183-184.

¹⁹ Zob. Glock Hans-Johann. 2001. *Słownik Wittgensteinowski*. 251. Przeł. Herinik Mikołaj, Szczubiak Michał. Warszawa: Wydawnictwo Spacja.

²⁰ Na temat takiego wykorzystania kategorii filozofii transcendentálnej w filozofii prawa zob. m.in. Kozak Artur. 2010. *Myślenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej*. Ped. Pichlak Maciej. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego. Sam Tuori wspomina kilkakrotnie o takiej właśnie interpretacji pojęcia głębokiej struktury, nawiązując do neokantyzmu Kelsena.

²¹ Taka interpretacja byłaby zgodna ze wskazywanym przez Tuoriego uzasadnieniem odwołującym się do socjologicznej wersji metody fenomenologicznej, o którym mowa w przypisie 17. W przedmiocie zastosowania socjologicznie interpretowanej kategorii świata życia do prawa zob. m.in. Pichlak Maciej. 2013. *Zamknięty*

W teoretycznej interpretacji tej najgłębszej warstwy prawa Tuori nie jest zresztą jednoznaczny. Używany przezeń we wcześniejszych pracach termin „głęboka struktura” mógłby wskazywać na inspiracje strukturalistyczne, byłby to jednak mylny trop. W rzeczywistości, autor dość lakonicznie sygnalizuje kilka możliwych interpretacji, przywołując pojęcia takie jak *habitus* Pierre’a Bourdieu, *wiedza praktyczna* Anthony’ego Giddensa, *episteme* Michela Foucault, czy *przedsąd* (*Vorverständnis*) Hansa Georga Gadamera²². Spośród tych licznych nawiązań, jedynie stanowiska Bourdieu i Foucaulta można by uznać za strukturalistyczne, a i to w dość szczególnym sensie. Z pewnych względów (o których dalej) najbliższa stanowisku Tuoriego wydaje się interpretacja proponowana przez Habermasa w jego dziele *Faktyczność i obowiązywanie*, jako „normatywnych presupozycji istniejących praktyk prawnych”²³. Sam autor rezygnuje zresztą z pojęcia struktury w swoich najnowszych publikacjach, zastępując je pojęciem „głębokiej kultury”²⁴; takim też określeniem posługuję się w tym tekście.

Uznanie zarówno kultury prawnej, jak i głębokiej kultury za element porządku prawnego może rodzić pytania o pozytywistyczny charakter omawianej koncepcji. Sam jej autor broni takiej właśnie afiliacji, wskazując, że również te głębsze warstwy prawa stanowią pochodną praktyk społecznych – spełniają więc pozytywistyczny warunek określany mianem tezy społecznej – tyle że ich kształtowanie pozostaje bardziej rozłożone w czasie, zgodnie z mechanizmem sedymentacji. Pojęcie to, pochodzące z fenomenologii Edmunda Husserla, a do nauk społecznych wprowadzone przez Alfreda Schütza, ma oddawać proces obiektywizowania się określonych konstrukcji myślowych, stopniowo „osadzających się” (sedymentujących) w spontanicznie akceptowany obraz świata. Dokładnie taką rolę spontanicznie i bezrefleksyjnie przyjmowanego obrazu rzeczywistości prawnej pełnić ma głęboka kultura prawa – co daje jeden jeszcze argument na rzecz jej interpretacji w kategoriach socjologii wiedzy.

system źródeł prawa: Studium instytucjonalizacji dyskursu prawniczego, rozdz. V i VI. Wrocław: Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa.

²² Ta mozaikowość to niewątpliwa słabość propozycji Tuoriego, po części stanowi ona jednak świadomy wybór autora, któremu zależy na wskazaniu istotnych punktów wspólnych różnych podejść teoretycznych, poświadczających przecież na swój sposób trafność zawartych w nich intuicji.

²³ Habermas J., op. cit., 11.

²⁴ Zob. Tuori K. 2015, op. cit.

Jaka jest jednak treść owej głębokiej kultury, determinującej kształt naszych praktyk prawnych? Dokładnej i wyczerpującej odpowiedzi na to pytanie udzielić nie sposób. Poszczególne jej elementy zdaniem Tuoriego były jednak w przeszłości i nadal są opracowywane w różnych teoretycznych koncepcjach prawa. I tak normatywny wymiar głębokiej kultury artykułowany był m.in. przez koncepcje prawa naturalnego, zaś wymiar pojęciowy w XIX-wiecznej *Begriffsjurisprudenz* czy też w normatywizmie Hansa Kelsena – jakkolwiek teorie te zdaniem Tuoriego nader często mylnie brały za uniwersalia to, co w rzeczywistości stanowiło jedynie rekonstrukcję historycznego typu prawa ich czasu. Idąc zatem za przykładem tak jusnaturalistów, jak i pozytywistów, można pokusić się o wskazanie choćby pojedynczych składowych głębokiej kultury. Sam Tuori przywołuje w tym kontekście pojęcie państwa prawa (rządów prawa)²⁵ oraz ideę praw człowieka. Wydaje się, że obok tych materialnych standardów wskazać można również bardziej formalne wyznaczniki współczesnego prawa, takie jak normatywność, systemowość, ogólność, autonomia etc.²⁶

Podkreślmy jednak za autorem, że dokładnej treści głębokiej kultury zrekonstruować nie sposób. Zarówno ona, jak i (w nieco mniejszym stopniu) warstwa kultury prawnej, przynależą do ściśle praktycznej wiedzy, która mimo że akceptowana i wykorzystywana, nie jest jednak wprost artykułowana. Oddziałuje raczej „podświadomie”, bez wyraźnego dyskursywnego sformułowania. Jak stwierdza sam autor KPP, dzięki ogólnej refleksyjności charakteryzującej nowoczesność poszczególne elementy kultury prawnej lub głębokiej kultury mogą zostać wydobyte na światło dzienne i poddane dyskursywnej obróbce. Taka ich artykulacja jest jednak zawsze wtórną interpretacją, której nie należy utożsamiać z rzeczywistością, niedyskursywną warstwą prawa.

2.4. Warstwy prawa a podmioty kreujące prawo

Z przedstawionej wyżej rekonstrukcji trzech warstw porządku prawnego można by wynieść wrażenie, że zdaniem Tuoriego za powstawa-

²⁵ Na tym poziomie te dwie różne kategorie, charakterystyczne dla odmiennych kultur prawnych, prawdopodobnie pozostają jeszcze nierozdzielne jako najgłębszy fundament aksjologiczny prawa nowoczesnego.

²⁶ Co oczywiście przywodzi na myśl koncepcję wewnętrznej moralności prawa Lona L. Fullera – zob. Fuller Lon L. 1978. *Moralność prawa*, rozdz. II. Przeł. Amsterdamski Stefan. Warszawa: Państwowy Instytut Wydawniczy.

nie warstwy powierzchniowej odpowiedzialny byłby polityczny prawodawca (kierujący się w swych działaniach *voluntas*), zaś kulturę prawną i głęboką kulturę, w których zdeponowane jest prawnicze *ratio*, kształtować mają nauki prawne i praktyka prawnicza (przede wszystkim sądowa). Takie postawienie sprawy byłoby jednak mylące, i to z trzech powodów. Po pierwsze, fałszywy jest zarówno obraz tworzenia prawa jako wyłącznie instrumentalnego działania spod znaku *voluntas*, jak i wyobrażenie sądownictwa czy nauk prawnych jako determinowanych jedynie przez *ratio*, to jest czysto racjonalnych dociekań pozbawionych praktycznego zaangażowania. Jeśli pamiętać, że jedną z ważniejszych inspiracji dla KPP jest teoria Jürgena Habermasa, nie sposób nie zauważyć, że autor ten źródła racjonalności i prawomocności porządku prawnego lokuje właśnie w procesach legislacyjnych, instytucjonalizujących ideał rozumu komunikacyjnego (racjonalnego dyskursu), judykaturę zaś traktuje jako bliższą rozumowi instrumentalnemu. Nawet jeśli uznać tę wizję za zbyt jednostronną (pytanie o obecność racjonalności komunikacyjnej w praktyce stosowania prawa wyznacza przecież główną oś sporu między Habermasem a Robertem Alexym), trzeba uznać, że polityczny legislator może kierować się *ratio* w co najmniej równym stopniu jak pozostałe podmioty zaangażowane w kształtowanie porządku prawnego.

Po drugie, chociaż ostateczny głos w sprawie stanowienia prawa (i tym samym kształtowania jego warstwy powierzchniowej) rzeczywiście należy do prawodawcy, rola wskazanych tu podmiotów w kreowaniu poszczególnych warstw prawa jest bardziej złożona. Z jednej strony, sądownictwo czy doktryna często wywierają wpływ na prawo stanowione, bądź to wprost formułując wnioski *de lege ferenda*, bądź też bardziej pośrednio inspirując kompetentne podmioty do działania w sferze prawotwórstwa. Z drugiej strony, również aktywność politycznego legislatora nie pozostaje bez wpływu na głębsze warstwy prawa; widać to szczególnie w przypadku prawotwórstwa konstytucyjnego, które zarówno stanowi ekspresję określonych elementów kultury prawnej czy głębokiej kultury, jak i zwrótnie oddziałuje na te warstwy prawa.

Po trzecie wreszcie, jeśli na zaproponowany w ramach KPP warstwowy obraz prawa spojrzeć nieco szerzej, będzie można go odnieść nie tylko do prawa rozumianego jako system normatywny, ale także do instytucjonalnej praktyki prawnej. Z tego punktu widzenia uznać

można, że każde z przywoływanych tu pól takiej praktyki (legislatywa, judykatura, nauki prawne) posiada swoją warstwę powierzchniową w postaci aktów prawotwórczych, orzeczeń sądowych czy wypowiedzi naukowych, ale także swoje głębsze warstwy, pozostające w stwierdzonej już dialektycznej relacji sprzężenia zwrotnego z warstwą powierzchniową – kształtując tę ostatnią, a zarazem będąc przez nią kształtowaną. Dla tych wszystkich powodów nie można przenosić relacji pomiędzy poszczególnymi warstwami prawa wprost na stosunki między podmiotami odpowiedzialnymi za ich kształtowanie.

3. Rola głębszych warstw prawa – granice i legitymizacja prawa

Projekt KPP formułuje swoją propozycję pojmowania prawa w kontekście dwóch zasadniczych pytań, z którymi zdaniem Tuoriego musi zmierzyć się każda teoria nowoczesnego porządku prawnego: po pierwsze, o „granice prawa”, tj. ograniczenia niezbędne dla powstrzymania ewentualnych nadużyć władzy nad prawem (przede wszystkim prawodawczej, ale także tej związanej ze stosowaniem prawa); po drugie, o podstawy prawomocności prawa obowiązującego. Tradycyjny pozytywizm prawniczy zawodzi w obu tych punktach: nie potrafi sformułować przekonującej koncepcji granic władzy nad prawem, nie radzi sobie jednak również (jak pokazuje Tuori na przykładzie koncepcji Kelsena i Harta) ze wskazaniem podstaw dla legitymizacji prawa. Swoistej odpowiedzi na oba te pytania dostarczają koncepcje budujące na idei prawa natury, jednak zdaniem Tuoriego są one nie do zastosowania w nowoczesnym porządku prawnym, jeśli zaakceptować tezę o jego fundamentalnie pozytywnym charakterze. Właśnie tu powstaje miejsce dla teorii pokroju KPP, poszukującego odpowiedzi na wskazane pytania w charakterystyce relacji pomiędzy poszczególnymi warstwami prawa²⁷.

3.1. Granice i krytyka prawa

Nowoczesny porządek prawny zakłada istnienie mechanizmów zapobiegających arbitralności rozstrzygnięć w obszarze prawa – jego stosowania, ale również stanowienia. Mechanizmy te chronią wolę pra-

²⁷ Dokładnie rzecz ujmując, Tuori wyróżnia następujące rodzaje relacji pomiędzy poszczególnymi warstwami prawa: (a) sedymentacji; (b) konstytucji; (c) specyfikacji; (d) limitacji; (e) usprawiedliwienia oraz (f) krytycyzmu – Tuori K. 2002,

wodawcy przed osuwaniem się w swawolę – lub, by użyć często w tym kontekście przywoływanej terminologii z języka niemieckiego, przed zamianą *Willen* w *Willkür*. Pierwsza od drugiej różni się racjonalnym i niearbitralnym charakterem. Tu właśnie widoczna staje się rola głębszych warstw prawa, które wyznaczają kryteria tego, co dopuszczalne w warstwie powierzchniowej. Ta ostatnia należy do domeny *voluntas*, decyzji podmiotów uczestniczących w tworzeniu i stosowaniu prawa, podczas gdy warstwy położone głębiej ustanawiają sferę *ratio* nowoczesnego prawa²⁸. Fiński teoretyk koncentruje swoją uwagę na zasadach ochrony praw podstawowych oraz demokratycznego państwa prawa, analizując, w jaki sposób wyznaczają one granice dopuszczalnego działania w prawie²⁹; jednocześnie jednak zauważa, że także pozostałe składniki kultury prawnej (metodyczne, pojęciowe) działają ograniczająco na praktykę³⁰. Rozważa także znaczenie odpowiednich ram instytucjonalnych dla efektywnej realizacji omawianej tu funkcji.

Kultura prawna oraz głęboka kultura, wyznaczając granice tego, co w prawie dopuszczalne, pełnią tym samym funkcję negatywną, krytyczną. Ponieważ jednak jest to krytyka „z wnętrza” prawniczego uniwersum, musi ona posiadać ograniczony i normatywny charakter. Tuori proponuje w tym kontekście rozbudowaną typologię pojęcia krytyki, rozróżniając przede wszystkim krytykę demaskatorską oraz normatywną. Podstawowa różnica pomiędzy nimi dotyczy ich celów. Pierwsza (której wzorcowym przykładem może być metoda genealogiczna Foucaulta) jedynie odsłania to, co wątpliwe, druga wyznacza standardy oceny. Podczas gdy krytyka normatywna wskazuje pożądany kierunek zmian czy właściwy stan rzeczy,

celem krytyki demaskatorskiej jest zerwanie zasłony w postaci przekonania o naturalności czy samo-oczywistości z powierzchni istniejących relacji i mechanizmów społecznych oraz kodów kulturowych o charakterze normatywnym bądź kognitywnym³¹.

Nie koniec jednak na tym; Tuori rozbudowuje swą typologię dalej, wyróżniając w ramach krytyki normatywnej jej zewnętrzną i we-

199. Poniżej ograniczam się do omówienia najważniejszych z nich, wiążąc niektóre ze sobą.

²⁸ Tuori K. 2011, op. cit., x.

²⁹ Tuori K. 2002, op. cit., rozdz. 8, zwił. 229-238.

³⁰ Ibidem. 246.

³¹ Ibidem. 305.

wnętrzną wersję, w zależności od stosunku, w jakim przyjęte standardy oceny pozostają względem praktyki podlegającej krytyce³².

Krytyka, której podstawę stanowią głębsze warstwy prawa posiada z definicji normatywny i wewnętrzny charakter. Można jednak w tym kontekście postawić pytanie, czy w koncepcji prawa, która zachowuje jeszcze pozytywistyczny charakter, choćby w najbardziej ogólnym sensie, jest również miejsce dla krytyki demaskatorskiej. Wydaje się, że jej obecności nie można wykluczyć; sam Tuori zdaje się dopuszczać tę możliwość, podkreślając, że przyjęte przezeń rozróżnienia mają charakter względny, a różnica między poszczególnymi formami krytyki jest raczej kwestią stopnia niż radykalnej opozycji³³. Postawa demaskacji może więc być włączana nawet w pozytywistyczną perspektywę patrzenia na prawo, choć jej status w tym wypadku będzie z pewnością słaby.

3.2. *Problem uprawomocnienia prawa*

Zadania stojące przed kulturą prawną i głęboką kulturą nie wyczerpują się jednak w krytyce; pełnią one jednocześnie rolę pozytywną, wyznaczając podstawy legitymizacji prawa (jego powierzchniowej warstwy). Kultura prawna i głęboka kultura mają więc uprawomocniać to, co możemy obserwować na powierzchni prawa. Na podstawie prac Tuoriego samo pojęcie uprawomocnienia może być jednak rozumiane na dwa nietożsame sposoby: po pierwsze jako konstytuowanie, po drugie jako legitymizacja *sensu stricto*. Omówmy kolejno każdy z nich.

Konstytucja jest niejako odwrotną stroną wspomnianego wcześniej procesu sedymentacji. O ile warstwy kultury prawnej oraz głębokiej kultury powstają w drodze „osadzania się” w tradycji określonych sposobów rozstrzygania problemów na poziomie powierzchniowym, o tyle też samo działanie „na powierzchni” prawa możliwe jest dzięki istnieniu owych głębszych warstw, nadających sens i kierunek aktywności uczestników obrotu prawnego. Głębsze warstwy konstytuują zatem przestrzeń sensu, w której możliwe są znaczące działania o charakterze prawnym. Jak pisze Tuori, bez nich „prawodawca nie mógłby stanowić prawa, sędziowie wydawać wyroków, a przedstawiciele nauki pisać swoich prac”³⁴. Jak już było sugerowane, ich rolę w tym zakresie

³² Cała typologia przedstawiona jest w ibidem, 304-312.

³³ Ibidem. 306.

³⁴ Tuori K. 2011, op. cit., x.

można interpretować z perspektywy socjologii wiedzy (jako fundujących specyficzny „świat życia” i w ten sposób porządkujących prawną rzeczywistość) lub filozofii transcendentальной (jako szczególnych, historycznie ukształtowanych prawniczych kategorii *a priori*)³⁵.

Funkcję konstytuującą spełniają zasadniczo wszystkie składowe kultury prawnej i głębokiej kultury: normatywne, metodyczne i pojęciowe. Paradoksalność sytuacji polega na tym, że kultura prawna, mająca tworzyć możliwość zaistnienia praktyk prawnych, sama stanowi wytwór tychże praktyk w procesie sedymentacji. Tuori uznaje to za przejaw rekursywnej, samozwrotnej natury rzeczywistości prawnej, która wytwarza własne podstawy.

W przeciwieństwie do konstytucji, w której wszystkie elementy kultury prawnej zdają się odgrywać równorzędną rolę, legitymizacja prawa *sensu stricto* może być zapewniona wyłącznie przez podstawowe zasady, które same cieszą się moralną lub etyczną ważnością. Tuori stawia przed swoją koncepcją w tym zakresie niezwykle ambitne zadanie: uzasadnienia ważności (prawomocności) prawa nie tylko na sposób opisowy (jako empirycznego faktu o charakterze społecznym), ale normatywny i krytyczny, a zarazem nie tylko w odniesieniu do legitymacji wewnętrznej (w obrębie profesjonalnej wspólnoty prawniczej) ale również zewnętrznej (na forum całego społeczeństwa). Innymi słowy, autor stawia pytanie, jak jest możliwa normatywna, racjonalnie uzasadniona prawomocność prawa w ramach nowoczesnego społeczeństwa obywatelskiego. Odpowiedzi na to pytanie ma dostarczać właśnie koncepcja zasad podstawowych jako elementu kultury prawnej.

W związku z zagadnieniem legitymizacji ujawnia się sygnalizowany wcześniej wpływ myśli Habermasa na fińskiego teoretyka, bowiem aby sprostać wyzwaniu legitymizacyjnemu, głębsze warstwy prawa (czy też ich poszczególne komponenty) same muszą odznaczać się prawomocnym i wiążącym charakterem. Stanowią one zatem – by raz jeszcze zacytować autora *Faktyczności i obowiązkiwania* – „normatywne presupozycje istniejących praktyk prawnych”³⁶, w mocnym znaczeniu

³⁵ Oba te sposoby interpretacji są zresztą sugerowane przez samego Tuoriego, jakkolwiek do pojęcia świata życia odwołuje się on za pośrednictwem Habermasa, natomiast do transcendentalizmu kantowskiego – poprzez neokantyzm Kelsena oraz Foucaultiańskie pojęcie *episteme*. Zob. Tuori K. 2011, op. cit., 210-211.

³⁶ Habermas J. op. cit., 11.

normatywności (jako racjonalnej akceptowalności). Tuori wiąże tę kwestię z Hartowskim rozróżnieniem wewnętrznego i zewnętrznego punktu spojrzenia na prawo. Ten pierwszy, charakteryzujący perspektywę uczestnika, zakłada konieczność uznawania ważnościowych roszczeń zgłaszanych przez głębsze warstwy prawa. W innym wypadku dana osoba przechodziłaby na pozycję zewnętrznego obserwatora, sama wyłączając się poza obręb praktyki prawnej³⁷.

Obecność w porządku prawnym zasad podstawowych prowadzi jednak również do tego, że ścisły podział na zewnętrzny i wewnętrzny punkt widzenia zaciera się i nie jest już możliwy. Podstawowe zasady mogą pełnić rolę legitymizacyjną między innymi dzięki temu, że stanowią *sui generis* interpretacyjny „pas transmisyjny” pomiędzy światem prawniczym a jego społecznym otoczeniem. Mimo waloru obowiązywania, nie posiadają one wyłącznie prawnego charakteru; są raczej hermeneutycznym medium, za pomocą którego, z jednej strony, prawo interpretuje społeczne oczekiwania względem siebie samego, z drugiej zaś, opinia publiczna odczytuje aksjologiczną architekturę porządku prawnego. Zasady zgłaszają więc roszczenia ważnościowe na każdym z tych forów, choć na każdym z nich rozumiane będą nieco inaczej. Umożliwia to zarówno komunikację na linii prawo – opinia publiczna, jak i złożoną, prawniczo-obywatelską (wewnętrzno-zewnętrzną) legitymizację prawa.

4. Zakończenie

Podsumujmy główne tezy krytycznego pozytywizmu prawniczego (KPP). Prawo jest porządkiem złożonym, na który składają się warstwy powierzchniowa, kultury prawnej oraz głębokiej kultury. Głębsze warstwy tego porządku obejmują składniki metodyczne (kanony rozumowań prawniczych), pojęciowe (główne pojęcia języka prawnego i prawniczego), normatywne (podstawowe zasady prawa) oraz doktrynalne (ogólne doktryny systematyzujące pozostałe komponenty). Wszystkie trzy warstwy porządku prawnego powstają jako wytwory praktyk społecznych – zgodnie z podstawowym założeniem prawniczego pozytywizmu – o ile jednak warstwa powierzchniowa tworzona jest poprzez jednostkowe decyzje kompetentnych podmiotów, kształtowanie się kultury prawnej i głębokiej kultury rozłożone jest w cza-

³⁷ Tuori K. 2011, op. cit., 8-9.

sie, nie podlegając bezpośredniej władzy decyzyjnej jakichkolwiek jednostek (proces sedymentacji). Jako takie, głębsze warstwy pozostają również w znacznej mierze poza sferą dyskursywnej eksplikacji, stanowiąc raczej spontaniczne podłoże prawniczego myślenia i działania (prawniczy świat życia). Spełniają też wielorakie funkcje wobec warstwy powierzchniowej i całego porządku prawnego – konstytuując jego warunki możliwości, dostarczając mu uprawomocnienia, ale także wyznaczając granice dopuszczalnych działań i stanowiąc punkt odniesienia dla krytyki prawa. To przede wszystkim w tych właśnie głębszych warstwach zdeponowane są standardy racjonalności prawa – prawnicze *ratio*, pozwalające obronić jego stabilność, autonomię i prawomocność³⁸. Oznacza to, że pomiędzy warstwą powierzchniową prawa a jego głębszymi poziomami (podobnie jak między prawem rozumianym jako system normatywny oraz jako praktyka społeczna) zachodzi dialektyczna relacja współwarunkowania. Działania na poziomie powierzchni zmieniają kulturę prawną, same jednak są warunkowane przez zastane ramy kulturowe.

Wydaje się, że koncepcja KPP, jakkolwiek niewolna od potencjalnych wątpliwości, posiada m.in. tę zaletę, że proponuje dogodny aparat do analizy dwóch kluczowych napięć wbudowanych we współczesne porządki prawne: pomiędzy stabilnością a dynamiką oraz pomiędzy autonomią a społeczną otwartością. Na płynące z nich wyzwania musi odpowiedzieć każda dostatecznie całościowa teoretyczna koncepcja prawa. Są one też jednymi z głównych punktów refleksji (samorozumienia) każdej nowoczesnej kultury prawnej. Tuori, stawiając te kwestie poniekąd w centrum teorii KPP, oferuje tym samym wiarygodną eksplikację tego samorozumienia. Można pytać, czy w dążeniu do rekonstrukcji pojęcia prawa w oparciu o oczywistości prawniczego myślenia nie popada czasami w redundancję. Trudno jednak zarzucić coś twierdzeniu, że klaryfikacja naszego własnego obrazu rzeczywistości, pokroju tej, jaką proponuje fiński autor, jest ożywcza dla każdej wspólnoty – także profesjonalnej wspólnoty prawnej. Niewykluczone, że dzięki temu może ona również służyć jako głos w sporach o relacje między światami prawa a polityki, nawracające między innymi w polskiej debacie publicznej.

³⁸ W tym punkcie projekt KPP zbliża się do teorii prawa Artura Kozaka – por. Kozak Artur. 2002. *Granice prawniczej władzy dyskrecjonalnej*. Wrocław: Kolonia Limited; Kozak A. 2010, op. cit.

Bibliografia

- Alexy, Robert. 2010. *Teoria praw podstawowych*. Przeł. Kwiatkowska Bożena, Zajadło Jerzy. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe.
- Dworkin, Ronald. 1998. *Biorąc prawa poważnie*. Przeł. Kowalski Tomasz. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Fuller, Lon L. 1978. *Moralność prawa*. Przeł. Amsterdamski Stefan. Warszawa: Państwowy Instytut Wydawniczy.
- Glock, Hans-Johann. 2001. *Słownik Wittgensteinowski*. Przeł. Hernik Mikołaj, Szczubińska Michał. Warszawa: Wydawnictwo Spacja.
- Habermas, Jürgen. 2005. *Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*. Przeł. Romaniuk Adam, Marszałek Robert. Warszawa: Scholar.
- Himma, Kenneth E. 2002. „Inclusive Legal Positivism” [w:] *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Red. Coleman Jules L., Shapiro Scott. Oxford, New York: Oxford University Press. 125-165.
- Kozak, Artur. 2002. *Granice prawniczej władzy dyskrecyjnej*. Wrocław: Kolonia Limited.
- Kozak, Artur. 2010. *Myślenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej*. Red. Pichlak Maciej. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego.
- Lang, Wiesław. 1989. *Prawo i moralność*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Marmor, Andrei. 2002. „Exclusive Legal Positivism” [w:] *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. red. Coleman Jules L., Shapiro Scott. Oxford, New York: Oxford University Press. 104-124.
- Pichlak, Maciej. 2013. *Zamknięty system źródeł prawa: Studium instytucjonalizacji dyskursu prawniczego*. Wrocław: Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa.
- Pichlak, Maciej. 2014. „Obiektywność w prawie – podejście instytucjonalne jako alternatywa dla dominujących stanowisk teoretycznych.” *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej* 2: 109-125.
- Pietrzykowski, Tomasz. 2003. „«Miękki pozytywizm» i spór o regułę uznania” [w:] *Studia z filozofii prawa* 2. Red. Stelmach Jerzy. Kraków: Wyd. Uniwersytetu Jagiellońskiego.
- Tuori, Kaarlo. 2002. *Critical Legal Positivism*. Aldershot: Ashgate.
- Tuori, Kaarlo. 2011. *Ratio and Voluntas: The Tension Between Reason and Will in Law*. Farnham: Ashgate.
- Tuori, Kaarlo i Tuori, Klaus. 2014. *The Eurozone Crisis: A Constitutional Analysis*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Tuori, Kaarlo. 2015. *European Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Zirk-Sadowski, Marek. 1998. *Prawo a uczestniczenie w kulturze*. Łódź: Wyd. Uniwersytetu Łódzkiego.
- Zirk-Sadowski, Marek. 2001. „Pozytywizm prawniczy a filozoficzna opozycja podmiotu i przedmiotu poznania” [w:] *Studia z filozofii prawa*. red. Stelmach Jerzy. Kraków: Wyd. Uniwersytetu Jagiellońskiego.
- Zirk-Sadowski, Marek. 2007. „Metodologia nauk administracyjnych na tle metodologii prawoznawstwa” [w:] *Koncepcja systemu prawa administracyjnego. Zjazd katedr prawa administracyjnego i postępowania administracyjnego*. Red. Zimmermann Jan. Kraków: Oficyna Wolters Kluwer.

Streszczenie

Artykuł ma na celu prezentację teoretycznej koncepcji prawa autorstwa Kaarlo Tuoriego, określanej mianem krytycznego pozytywizmu prawniczego (KPP). W ramach tekstu wskazane zostają główne założenia KPP co do pojęcia prawa, zgodnie z którymi prawo jest pojęciem złożonym i dialektycznym, łączącym w sobie do pewnego stopnia przeciwstawne elementy, określane w tradycji prawniczej jako *ratio* i *voluntas* (rozumne standardy oraz wola polityczna). Według KPP tę złożoność najlepiej oddaje model prawa jako porządku wielopoziomowego, obejmującego warstwę powierzchniową (prawo stanowione), kulturę prawniczą oraz „głęboką kulturę”. Wszystkie trzy warstwy, w zgodzie z pozytywistyczną orientacją, rozumiane są jako tworzone społecznie, różnią się jednak charakterem i sposobem powstawania.

Po zrekonstruowaniu ww. warstw porządku prawnego artykuł omawia podstawowe funkcje głębszych warstw. Zgodnie z KPP, pełnią one z jednej strony rolę limitującą i krytyczną wobec prawa (ograniczając samowolę podmiotów tworzenia i stosowania prawa), z drugiej zaś – konstytuują i legitymizują prawo pozytywne, stanowiąc tym samym medium komunikacji pomiędzy prawem a opinią publiczną.

Słowa kluczowe: krytyczny pozytywizm prawniczy, kultura prawnicza, krytyka prawa, legitymizacja prawa

The Critical Legal Positivism of Kaarlo Tuori Summary

The aim of this article is to present Kaarlo Tuori's theory of law termed Critical Legal Positivism (CLP). It outlines the fundamental claims of CLP with regard to law, conceiving law as a complex, dialectical concept combining the opposing (to some extent) elements described in legal tradition as *ratio* and *voluntas* (rational standards and political will). According to CLP, this complexity is best represented by a theoretical model of law as a multi-layered order, containing a surface layer (positive law), a legal culture and a 'deep culture'. All three layers, according to a positivistic account, are regarded as socially created, yet they differ in their nature and in the way they come into being. A reconstruction of those layers is followed by analysis of the main functions of the deeper levels of legal order. On one hand, those deeper strata are said to discharge a limiting and critical role (they restrict the discretionary will of law-making and law-applying authorities); on the other,

they constitute and legitimise positive law. By the same token, they serve as a medium between law and public opinion.

Keywords: Critical Legal Positivism, legal culture, critique of law, legitimacy of law

Dr Maciej Pichlak
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski