

*Adam Dyrda*

## Spory prawnicze a pragmatyczność teorii prawa<sup>1</sup>

Dla przeciętnego człowieka prawnik to ktoś profesjonalnie przygotowany do prowadzenia sporów: wykwalifikowany w sztuce erystyki i argumentacji rabulista, potrafiący nawet pozornie przegraną sprawę obrócić na korzyść klienta. Ten powszechny i „zamerykanizowany” obraz prawnika to jednak obraz tylko częściowo prawdziwy. Niejako „stwarzany” przy udziale prawników spór (prawny, prawniczy) jako zjawisko społeczne ma bowiem wiele wymiarów, jego podstawy są zwykle znacznie bardziej zniuansowane, niż wynika to z bezpośredniej prezentacji argumentów na rozprawie. Co więcej, wydaje się, że im wyższa instancja sądownicza, tym te podstawy głębsze, a spór szerszy: na poziomie Sądu Najwyższego czy Trybunału Konstytucyjnego spór dotyczy niejednokrotnie *właściwego doboru*, a nie jedynie *rozumienia* lub *interpretacji* obowiązujących reguł i zasad prawnych. Polityczne i filozoficzne podstawy sporu prawniczego wychodzą wtedy na światło dzienne, czyniąc ten *teoretyczny* spór – jak będę argumentował – *teoretycznie nierozstrzygalnym*. Spór prawny okazuje się być *par excellence* sporem filozoficznym.

Teza, że spory prawne to spory filozoficzne jest kontrowersyjna z kilku powodów. Spory prawnicze jako spory „prawne” niejako z definicji mają być rozstrzygalne, bowiem ostatecznym celem procesu sądowego jest rozstrzygnięcie konfliktu pomiędzy stronami sporu na bazie argumentów „prawnych” (czyli takich, które są z założenia jednoznacznie określone przez prawodawcę). W kontynentalnym systemie prawa pozytywnego prawo z założenia ma likwidować niebezpieczeństwo, z którym każdy filozof nauczył się żyć: niebezpieczeństwo niepewności. Dla filozofa nie ma żadnego wyższego autorytetu roz-

<sup>1</sup> Artykuł napisany w ramach grantu *Opus* Narodowego Centrum Nauki przyznawanego na podstawie decyzji DEC-2013/09/B/HS5/01023.

strzygającego wątpliwości poza jego własnym rozumem; dla prawnika, a w szczególności rozstrzygającego sprawę sędziego, autorytetem zastępującym rozum ma być prawodawca (a wszystkie rozumowe zabiegi sędziego mają być instrumentalnie podporządkowane celom wyznaczonym przez – przynajmniej presuponowany w celu interpretacji i w stosowaniu prawa – autorytet prawodawcy). Bezpieczeństwo prawne stanowi, jak nauczył nas G. Radbruch, „cnotę prawa” i jest z pojęciem prawa wewnętrznie związane. Intencją idealnego ustawodawcy jest, aby – przy zachowaniu odpowiednich zasad techniki legislacyjnej – zapewnić swoim dekretem jednolite stosowanie. Wymóg jasności prawa, stanowiący jeden z elementów zasady rządów prawa, oddaje w związku z tym podstawową intuicję, że tylko jasno sformułowany rozkaz (norma) może stanowić rację do działania (*reason for action*) dla podmiotów prawa. Trudno uniknąć pokusy twierdzenia, że pojęcie prawa zdaje się presuponować rodzaj „fundamentyzmu deontycznego”: przekaz ustawodawcy ma swoje solidne umocowanie w jego (przynajmniej uroszczonym) autorytecie.

„Idealny” obraz prawa, jaki nam się jawi, gdy patrzymy na pojęcie prawa przez pryzmat zasad, które zapewnią „dobre” rządy poprzez prawo, nie jest jednak obrazem, z którym spotykamy się na co dzień. Co więcej, nawet ten wyidealizowany obraz nie jest pozbawiony wewnętrznych pęknięć. Normatywno-ocenny status zasady rządów prawa i jej wieloaspektowy charakter sprawiają, że konstytuujące je pojęciowo elementy odnoszące się do norm (ogólność, promulgacja, nietroaktowność, jasność w odbiorze, niesprzeczność, spełnialność jako możliwość realizacji dyspozycji norm, stabilność jako względna trwałość regulacji, oraz względnie spójna instytucjonalna aplikacja)<sup>2</sup> pozostają w nieusuwalnym, niemal dialektycznym napięciu. Zresztą, zdaniem niektórych zasada rządów prawa stanowi pojęcie z istoty sporne w sensie W.B. Galliego, co w zasadzie przesądza o pojawieniu się kontrowersji<sup>3</sup>. Idealny obraz prawa nie może być jednak całkowicie wyru-

<sup>2</sup> Jest to standardowe wyróżnienie elementów zasady rządów prawa za Fuller Lon L. 2004. *Moralność prawa*. Przeł. Amsterdamski Stefan. Warszawa: Dom Wydawniczy ABC.

<sup>3</sup> Waldron Jeremy. 2002. „Is the rule of law an essentially contested concept (in Florida)?”. *Law and Philosophy*. 21: 148-149. Por. Dyrda Adam. 2013. „Czy pojęcie prawa jest pojęciem z istoty spornym?”. *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej* 1(6): 54-67.

gowany z myślenia o prawie<sup>4</sup>, a tam gdzie się pojawia, generuje kontrowersje, które nie mają charakteru czysto „prawnego”.

Istnieją także inne, niejednokrotnie bardziej wpływowe czynniki powodujące nieusuwalne kontrowersje w sporach prawnych. Jednym z nich jest zakres dyskrekcji (uznania) w sytuacji, gdy dany spór zostaje zakwalifikowany jako „prawny”, lecz samego prawa nie wystarczy dla jego rozstrzygnięcia. Filozofowie prawa zgadzają się co do tego, że w takiej sytuacji sędzia ma obowiązek orzekać wedle swego najlepszego rozeznania. Kontrowersję rodzi jednak uzasadnienie tezy, że ów sędzia ma *obowiązek* rozstrzygnięcia (i inaczej jak to było w zamierzonych czasach nie może odmówić podjęcia decyzji). Przedmiotem kontrowersji jest *natura* tego obowiązku; przykładowo, jeśli założymy, że jest to obowiązek moralny, to w sposób nieunikniony sprowadzamy pojęcie obowiązków prawnych do pojęcia obowiązków moralnych, co powoduje, że wkraczamy na ścieżkę filozofii *jusnaturalizmu*.

Zakres uznania sędziowskiego sam budzi istotne kontrowersje, a sposób rozumowania sędziów w przypadkach uznaniowych nie jest przesądzony, choć rozmaite normatywne teorie stosowania (w tym: wykładni) prawa starają się tę przestrzeń w sposób uporządkowany wypełnić<sup>5</sup>. Co więcej, zdaniem niektórych teoretyków prawa żadna teoria wykładni (stanowiąca wedle niektórych konieczne dopełnienie teorii deskryptywnej prawa) nie ma uprzywilejowanego charakteru, wszystkie tego typu teorie są teoretycznie równosilne, a co najwyżej możemy mówić o pragmatycznej przewadze jednej metody wykładni

<sup>4</sup> Nawet najtwardszy ze współczesnych pozytywistów, J. Raz twierdzi, że choć zasada rządów prawa stanowi jedynie kryterium negatywnej oceny prawa, które nie spełnia wyznaczonych nią warunków i nie jest tym samym elementem pojęcia prawa, to nie da się pomyśleć prawa, w przypadku którego *żaden* z warunków tej zasady nie zostanie spełniony. To sprawia, że nawet przyjmując maksymalnie deskryptywne rozumienie pojęcia prawa możemy nie uniknąć minimum wartościowania moralnego związanego z kryteriami zasady rządów prawa. Jest to konieczne, jeśli chcemy odróżnić rządy poprzez prawo (jako szczególny sposób rządzenia) od rządów polegających na czysto arbitralnym, jednostronnym wykonywaniu władzy, kojarzonym raczej z ideą „bezprawia” (por. Coleman Jules. 2001. *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. 292. Oxford: Oxford University Press).

<sup>5</sup> Zresztą sam podział na rodzaje wykładni: językową, systemową, celowościową (funkcjonalną), jakkolwiek powszechnie uznany w dogmatyce, może budzić wątpliwości z perspektywy filozoficznej, szczególnie gdy przyjmiemy bardziej pragmatyczną wizję języka.

nad drugą (co wiąże się użytecznością tej metody). Mimo to ci sami teoretycy często nie chcą przyznać, że spory prawne przypominają spory filozoficzne argumentując, że pomimo spornego charakteru rozumowań prawniczych w oparciu o prawo (*reasoning according to law*)<sup>6</sup>, bezsporne jest samo rozumowanie o prawie (*reasoning about law*), tudzież o pojęciu prawa, które wyznaczane jest przez szereg deskryptywnych (tj. nie-ocennych) kryteriów. W tym sensie samo pojęcie prawa nie jest pojęciem spornym, choć niewątpliwie sposób interpretacji kryteriów „prawnego” charakteru norm wyznaczanych przez to pojęcie już taki będzie. Jest to stanowisko charakterystyczne dla współczesnych pozytywistów prawniczych, choć niektórzy z nich dodają, że pojęcie prawa, o które tutaj chodzi: 1) oddaje najbardziej oczywiste powszechne intuicje i 2) jest pojęciem możliwie najprostszym<sup>7</sup>. Przyjęcie tej perspektywy sprawia, że spory prawnicze (argumentacyjne, interpretacyjne) nie są sporami filozoficznymi, jeśli przez te ostatnie rozumieć “spory o istotę rzeczy”, czyli o „podstawy prawa”. W przypadku sporów prawniczych istota ma być całkiem dobrze określona (pojęcie prawa), zaś takie fundamentalne spory pojawiają się jedynie w tzw. trudnych przypadkach (*hard case*), w których istnieje zbyt szeroka przestrzeń dla uznania. W ich optyce nie są to jednak spory o to co jest prawem, a jedynie o to jak to, co *jest* prawem należy w konkretnych wypadkach interpretować.

Standardowe ujęcia pozytywizmu współczesnego, stanowiące rozwinięcie podstawowej teorii przedstawionej przez H.L.A. Harta w *Pojęciu prawa*<sup>8</sup> (1961) negują zatem fakt sporu prawniczego jako zjawisko, które przeczy ich teorii. Nawet jeśli takie spory występują, to mają wedle nich marginalne znaczenie dla całego dyskursu prawnego. Tak rozumiana teoria pozytywistyczna stanowi podstawowe założenie po-

<sup>6</sup> Rozumowania tego typu same poddane są jednak pewnym restrykcjom. Przykładowo J. Raz uważa, że rozumowania tego typu są ograniczone przez 1) fakt, że dokonuje ich osoba, która posiada specjalne, instytucjonalne upoważnienie do ich przeprowadzenia (np. sędzia); 2) wymóg, aby rozumowanie, mające charakter wartościujący, samo było zgodne z prawem (Raz Joseph. 1998. „Postema on Law’s Autonomy and Public Practical Reasons: A Critical Comment”. 4 *Legal Theory* 1: 5; por. Halpin Andrew. 2001. *Reasoning with Law*. Oxford: Hart Publishing).

<sup>7</sup> Por. Leiter Brian. 2013. „Why Legal Positivism (Again)?”, *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper* no. 442, online: <http://www.law.uchicago.edu/files/file/442-bl-why-again.pdf>

<sup>8</sup> Hart Herbert L.A. 1994. *The Concept of Law*. 2nd edition. Oxford: Oxford University Press.

jęciowie większości aktywnych uczestników systemu prawa (urzędników, sędziów, prawników), jak i zwykłych obywateli. Zrozumiałe jest zatem, że koszty teoretyczne jakie musi ponieść z założenia „konwencjonalny” pozytywizm w obliczu rozpoznania fundamentalnego znaczenia i zakresu sporów prawniczych o *pojęcie prawa* (podstawy prawa) rośnie proporcjonalnie do poziomowi rozpoznania tego znaczenia i zakresu<sup>9</sup>.

Pomimo powszechnego uznania Hartowskiej wersji pozytywizmu (stosowalnej w równym stopniu na gruncie kontynentalnym, jak i *common law*) została ona poddana szczegółowej krytyce. Między innymi, przyjęcie przez Harta bardzo ogólnego sformułowania tezy o konwencjonalistycznym charakterze reguły uznania (*rule of recognition*)<sup>10</sup> doprowadziło z jednej strony do krytyki konwencjonalizmu (jako nie pozwalającego wyjaśnić w pełnym zakresie normatywności reguł) przez R. Dworkina, z drugiej, już w odpowiedzi na zarzuty Dworkina, wypracowania bardziej obiecujących wersji konwencjonalizmu, które pozwalałyby akomodować jego podstawowe zarzuty (G. Postema, J. Coleman, S. Shapiro)<sup>11</sup>.

Zasadnicze argumenty Dworkina<sup>12</sup> można sprowadzić do następującej tezy: pojęcie prawa jest pojęciem argumentacyjnym, a zatem zasadniczo spornym. Jego normatywny charakter jest zagwarantowany w dyskursie prawnym przez specyficzną metodę jego interpretacji (tzw. konstruktywną interpretację), która polega na tym, że: 1) każda konkluzja dotycząca tego, co jest prawem w danym przypadku stanowi zawsze rezultat interpretacji; 2) interpretacja jest zawsze próbą dostarczenia obrazu swego przedmiotu „w jak najlepszym świetle”; 3) z tego powodu interpretacja z konieczności włącza rozważania ocenne, więc 4) każda konkluzja dotycząca tego, co jest prawem, z konieczności oparta jest o rozważania ocenne<sup>13</sup>. Uczestnicy praktyki prawnej

<sup>9</sup> Por. Halpin Andrew. 2010. „Methodology” [w:] Patterson Denis (red.). *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, 2nd ed. 607-620. Oxford: Wiley-Blackwell.

<sup>10</sup> Reguła uznania to podstawowa wtórna reguła praktykowana przez urzędników wyznaczająca kryteria obowiązywania prawa (tj. identyfikowania pierwotnych, systemowych reguł obowiązków prawnych).

<sup>11</sup> Por. Dyrda Adam. 2013. *Konwencja u podstaw prawa. Kontrowersje współczesnego pozytywizmu prawniczego*. 314-440. Warszawa: Wolters Kluwer.

<sup>12</sup> Dworkin Ronald. 1986. *Law's Empire*. Cambridge, Mass.: Harvard UP.

<sup>13</sup> Por. Marmor Andrei. 2005. *Interpretation and Legal Theory*. 25. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.

działają w jej ramach gdyż przyjmują fundamentalne założenie o jej moralnej wartości (*value*), celu (*point, purpose*), a same wymogi tej praktyki są zależne od tych wartości. Z tego powodu każde teoretyczne ujęcie tej praktyki jest próbą osiągnięcia pewnej refleksyjnej równowagi (*reflective equilibrium*) pomiędzy naszą teorią praktyki a jej najlepszym możliwym uzasadnieniem. Można więc powiedzieć, że konstruktywna interpretacja Dworkina polega na zinterpretowaniu prawa „w jak najlepszym świetle” poprzez zastosowanie jakiejś uproszczonej wersji *Principle of Charity*.

Podobnie jak Dworkin zadania filozofii prawa określa S. Perry, gdy pisze:

Jurisprudence requires a conceptual framework. The difficulty is that the data can plausibly be conceptualized in more than one way, and choosing among conceptualization seems to require the attribution to law a point or function. This turn involves not just evaluative considerations, but moral argument.

Należy zauważyć, że taka wizja prawoznawstwa prowadzi do uznania, że prawoznawstwo nie może mieć, wbrew pozytywistom, deskryptywnego charakteru. Zdaniem pozytywistów teoria prawa ma charakter deskryptywny, co nie znaczy, że jest zupełnie wolna od wartościowań. Oznacza to tylko, że w mniejszym lub większym stopniu angażuje ona pewne meta-teoretyczne, epistemiczne wartości służące rozpoznaniu przedmiotu teorii (tj. pewnej szczególnej praktyki społecznej), co uwzględnia także rozpoznanie pewnych szczególnych postaw zaangażowania w tę praktykę (tzw. wewnętrzny punkt widzenia)<sup>14</sup>. Argumentują oni, za Hartem, że samo deskryptywne zidentyfikowanie tej praktyki i jej opisanie nie oznacza przyjęcia perspektywy osób w nią zaangażowanych. Nawet współcześni filozofowie prawa natury (M. Moore, J. Finnis) uznają, że Dworkinowski argument jest zbyt daleko idący i że właściwą metodologią jest metodologia deskryptywistyczna (*descriptive-explanatory method*). Dla Moore’a prawo jest rodzajem funkcjonalnym (*functional kind*), którego moralny charakter wynika z natury stosowania prawa w konkretnych przypadkach, gdzie jego oczywiste znaczenie, zidentyfikowane uprzednio przez pozytywistyczny test źródeł prawa (*obvious law*), musi zostać zweryfikowane

<sup>14</sup> Wewnętrzny punkt widzenia stanowi perspektywę tych, dla których prawo stwarza racje do działania, stanowiąc wartościowy lub uzasadniony z pewnego punktu widzenia zespół norm. Bez uwzględnienia tej perspektywy z pewnością nie można przedstawić adekwatnego pojęcia prawa.

moralnie, aby mogło spełniać swoją funkcję<sup>15</sup>. Z kolei J. Finnis dokonuje opisu prawa z punktu widzenia zrekonstruowanej, idealnej, normatywnej perspektywy praktyczno-moralnego agenta. Uznaje on prawo postrzegane z tej perspektywy za idealny, zupełny, centralny przypadek prawa (*central case*), zaś pozytywistyczne ujęcie reprezentuje jego zdaniem zaniżone standardy<sup>16</sup>.

Rola „wewnętrznego punktu widzenia” (postawy osoby zaangażowanej w badaną praktykę) jest w tych teoriach inna. Tak samo na gruncie teorii pozytywistów, wskazany „wewnętrzny punkt widzenia” jest konieczny dla określenia rodzaju społecznej „gry” jaką jest prawo, ale nie wymaga się jego przyjęcia (i tym samym dokonania oceny moralnej uzasadniającej decyzję prawną w kontekście danej kultury prawnej). A. Marmor, czołowy pozytywista współczesny argumentuje w następujący sposób.

Przypuśćmy, że chcemy zrozumieć jakąś praktykę społeczną, która, zgodnie z sugestią Harta, jest ukształtowana przez pewne społeczne konwencje. Sama znajomość tych konwencji nie wystarcza (i tu Dworkin ma rację) dla wyjaśnienia sensu tej praktyki. Musimy bowiem także zrozumieć jej cel (*point*). Pojawia się porównanie praktyki prawnej do gry w szachy:

For example, we cannot hope to understand the game of chess, without understanding, more generally, what games are, and what is their point. We must understand, among other things, that the participants aim to win the game, which means that we must understand the complex idea of winning (or losing) a game, and such subtleties as winning it decisively, or gracefully, or barely winning, etc. In other words it is certainly true, that an understanding of a normative social practice, like law, games, etc. must comprise an understanding of its functions, or points, and often of the values which would render the participants' relevant beliefs in their reasons for action, intelligible.

Dalej zwraca on uwagę na wartość przypisania funkcji takiej praktyce:

Needless to say, these purposes and beliefs can be put to critical scrutiny. One may wish to say that the putative values are not worth pursuing, that they are foolish or wrong, or that the practice may have had other, better values worth pursuing instead. But this kind of criticism is just an option that a critic may decide to pursue, or not. It is one thing to understand what the game of chess is, and quite another to decide whether it is a good idea to play it or not [podkr. A.D.].

<sup>15</sup> Moore Michael. 2012. „The Various Relations between Law and Morality in Contemporary Legal Philosophy”. *Ratio Juris* 25 (4): 435-471.

<sup>16</sup> Finnis John. 1980. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press.

Gdyby zatem chcieć przedstawić proste wyjaśnienie funkcjonalne reguły społecznej, która stoi u podstaw prawa, należałoby wykazać, że funkcja (cel, *rationale*) tej reguły w danym społeczeństwie, stanowi, na przykład, rozwiązanie jakiegoś nawracającego problemu koordynacyjnego. Zakłada się przy tym, że problem koordynacyjny, który ma być rozwiązany jest problemem, który *powinien* być rozwiązany z moralnego punktu widzenia, choć ta kwestia nie wymaga bliższego badania<sup>17</sup>. Jedyne, czego dostarcza tego typu wyjaśnienie, to *rationale* reguły, zrelatywizowane zresztą do okoliczności faktycznych, w których pojawił się problem koordynacyjny. Opis takiej praktyki społecznej nie musi opierać się na przypisaniu funkcji tej praktyki jakiegokolwiek wartości moralnej. Dopiero próby *uzasadnienia* moralnego tej praktyki tego wymagają.

Wydaje się zatem, że deskryptywne teorie prawa przypisują sobie inne cele niż teorie normatywne. Pierwsze starają się opisać pojęcie prawa (niejednokrotnie bazując na pewnych podstawowych intuicjach-truizmach związanych z tym, czym dla ludzi jest prawo w ich potocznym doświadczeniu)<sup>18</sup>, drugie starają się osiągnąć refleksyjną równowagę (*reflective equilibrium*) pomiędzy ujęciem praktyki a jej najlepszym uzasadnieniem. Oznacza to jednak, że teorie normatywne (interpretacyjne) także polegają na pewnych społecznie uznawanych truizmach dotyczących prawa i poddają je pewnej ukierunkowanej interpretacji. Podstawowy argument metodologiczny tych teorii<sup>19</sup> jest oparty na trzech przesłankach<sup>20</sup>: przekonaniu 1), że centralnym, ale spornym tematem w teorii prawa jest określenie, czy pewne typy stwierdzeń normatywnych mają charakter prawny, czy nie; przekonaniu 2), że te rozważania i spory nie mogą być uznane za sensowne bez sprawdzenia, czy odpowiednie teorie odpowiadają naszej wyjściowej

<sup>17</sup> Ibidem, 697.

<sup>18</sup> Chodzi tu na przykład o analizę truizmów *folk theory* w „umiarkowanej” (*modest*) lub „nieambitnej” (*nonambitious*) wersji, np. w sensie F. Jacksona (por. Jackson Frank. 1998. *From Metaphysics to Ethics: A Defence of Conceptual Analysis*. Oxford Oxford University Press). Takie ujęcie analizy wiąże się z tym, że skoro pojęcie prawa nie jest pojęciem tworzonym przez naukę prawa, ale pojęciem zastanym społecznie, to punktem wyjścia jego określenia muszą być powszechnie podzielane przekonania – a więc *folk theory*.

<sup>19</sup> Dworkin, R., *Law's Empire*, 64.

<sup>20</sup> Waldron Jeremy. 2001. „Normative (or Ethical) Positivism” [w:] *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*. 420. Oxford: Oxford University Press; cyt. za: Marmor A., „Legal Positivism: Still...”: 698.



intuicji, dlaczego przypisujemy szczególne znaczenie (ważność) określeniu pewnych rzeczy jako prawa; i wreszcie przekonaniu 3), że odpowiedź o znaczenie tej intuicji (owo „dlaczego?”) jest z konieczności normatywna, bo opiera się na przekonaniu dotyczącym tego, co sprawia, że prawo jest moralnie dobre lub wymagające uwagi. Te założenia prowadzą do konkluzji, że jursprudencja jest przedsięwzięciem opartym z konieczności na rozważaniach normatywnych.

Argument ten pozytywistów nie przekonuje<sup>21</sup>. Pierwsze dwa założenia są do przyjęcia dla większości teoretyków prawa. Założenie (1) wyznacza ogólne pole badań jursprudencji, zaś (2) dąży do udzielenia odpowiedzi, dlaczego prawo jest czymś ważnym w życiu obywateli (bierze pod uwagę „wewnętrzny punkt widzenia” jako istotny element rekonstrukcji praktyki prawnej i gwarantuje „hermeneutyczny” charakter pojęcia prawa<sup>22</sup>). Jednakże ostatnie (3) założenie jest nieco na wyrost, gdyż odpowiedź na pytanie, dlaczego prawo ma tak wielkie znaczenie, może mieć różny sens w zależności od tego, kogo udzielenie odpowiedzi na to pytanie akurat interesuje. Dla teoretyka prawa jako obserwatora praktyki odpowiedź na to pytanie ma znaczenie, ponieważ chce on zrozumieć, czym prawo jest, jako coś odróżnialnego od innych systemów norm. Dla podmiotów prawa może mieć ono natomiast inne znaczenie, niezwiązane z teoretycznym dążeniem poznawczym, ale z praktycznymi racjami, jakimi się te podmioty kierują.

Zdaniem Marmora, teoretyczne dążenie poznawcze (także względem badania „wewnętrznego punktu widzenia”) nie jest samo związane z przyjęciem „internalnej” postawy normatywnej, choć faktycznie jest oparte na pewnych podstawowych założeniach dotyczących tego, co wymaga wyjaśnienia. To zaś wynika, jak twierdzi Marmor,

<sup>21</sup> Marmor, A. „Legal Positivism: Still...”: 698.

<sup>22</sup> Analiza pojęcia prawa polega na badaniu powszechnie akceptowanych trzismów o prawie i w tym sensie pojęcie prawa jest pojęciem, którego analizy mają na celu pogłębienie naszego społecznego samo-rozumienia. Określenie „hermeneutyczny” jest w tym rozumieniu wolne od bagażu znaczeniowego filozofii europejskiej (sc. niemieckiej). W ujęciu Harta dotyczy ono przyjętej pod wpływem P. Wincha i R. Collingwooda metody nauk humanistycznych, która podkreśla rolę rozumienia w filozoficznym tłumaczeniu zjawisk społecznych. Chodzi o uwzględnienie w szczególności motywów, celów, wyobrażeń, kultury, przekonań, czy religii osób uczestniczących w opisywanych zjawiskach (Winch Peter. 1995. *Idea nauki o społeczeństwie i jej związki z filozofią*. Przeł. Chwedeńczuk Bohdan. 31-35. Warszawa: Oficyna Naukowa; por. Kamela Paweł. 2008. *Prawo i moralność w koncepcjach H.L.A. Harta*. 52-54. Toruń: Wydawnictwo Adam Marszałek).

wprost ze ścieżki rozwojowej i historii danej dyscypliny i określonych poglądów na temat tego, co jest ważne z praktycznego i teoretycznego punktu widzenia (jest *path-dependent*)<sup>23</sup>. To ten kontekst sprawia, że teoretyk stara się wyjaśnić cechy prawa odróżniające je (konceptualnie i empirycznie) od innych norm, i że dyscyplina, którą się zajmuje to teoria prawa (jurysprudencja), która nie wymaga uzasadniania. Ten sens normatywności teorii bliższy jest tzw. pośredniej ewaluacji teoretycznej<sup>24</sup> i jest konieczny dla skonstruowania jakiegokolwiek teorii w ogóle.

Tak argumentują pozytywiści, gdy próbują odrzucić Dworkinowskie tezy. Warto zwrócić uwagę na to, że podstawą dla odrzucenia wizji Dworkina jest przede wszystkim powołanie się na pewien tradycyjnie ukształtowany model uprawiania prawoznawstwa, które zbliża je do zobiektywizowanej nauki<sup>25</sup>. Stąd pokusa by traktować własne, analityczne twierdzenia o prawie jako „prawdziwe”. Co ciekawe, taki sposób formułowania wniosków teoretycznych jest bliski także Dworkinowi, którego zdaniem teoria prawa ma na celu identyfikację „prawdziwych zdań prawnych” (*true propositions of law*) poprzez wskazanie właściwych „podstaw prawa”<sup>26</sup>. Z metafizycznego punktu widzenia zdaniem Dworkina pomimo faktu sporności praktyki prawa na każde pytanie prawne da się udzielić „jedyną poprawną odpowiedź” (*one right answer*). Tylko ludzkie niedostatki epistemologiczne sprawiają, że ta odpowiedź nie jest nam dostępna (albo nie wiemy, że akurat ją mamy w naszym zasięgu, w końcu, jak zauważa T. Williamson, nasza wiedza nie jest dla nas „transparentna”<sup>27</sup>). Zatem, Dworkin uważa teorię prawa za zasadniczo normatywną, sam używa, tak jak pozytywiści, języka opisowego i pojęcia prawdy dla określenia statusu sądów, które wypowiadają filozofowie, gdy określają kryteria bądź

<sup>23</sup> Marmor, A. „Legal Positivism: Still...”: 699.

<sup>24</sup> Dickson Julie. 2001. *Evaluation and Legal Theory*, Oxford: Hart Publishing.

<sup>25</sup> Hartowskie pojęcie nauki prawa dotyczy badania fenomenu prawa „w duchu naukowym“, poprzez niezależną obserwację i przy użyciu różnych narzędzi analitycznych, bez wdawania się w jakakolwiek argumentację na temat reformy prawnej (postulatów *de lege ferenda*) i bez wikłania się w rozważania o sprawiedliwości.

<sup>26</sup> Por. Dworkin, R., *Law's Empire*, 5, 32-40, 110.

<sup>27</sup> Williamson Timothy. 2000. *Knowledge and It's Limits*. 93-110. Oxford: Oxford University Press. Jest to rodzaj argumentu anty-kartezjanskiego. Argument ten z interesującego mnie dalej epistemicznego ujęcia sporu jest dyskutowany w: Hawthorne John & Srinivasan Amia. 2013. „Disagreement without transparency: Some Bleak Thoughts” [w:] Christensen David & Lackey Jennifer (red). *The Epistemology of Disagreement* New Essays. 9-30. New York: Oxford University Press.

podstawy (pojęcia) prawa<sup>28</sup>. Tezy filozoficzne mają natomiast kluczowe znaczenie dla praktyki prawnej, bowiem, jak twierdzi sam Dworkin, jurysprudencja lub filozofia prawa jest „ogólną częścią procesu sądzenia, cichym prologiem dla każdego rozstrzygnięcia prawnego” (*silent prologue to any decision of law*)<sup>29</sup>. Skoro tak, to najtrudniejsze spory prawnicze są konsekwencją przyjmowania różnych założeń filozoficznych co do pojęcia prawa. Sam Dworkin nazywa ten rodzaj sporów sporami *teoretycznymi* (*theoretical disagreements*), w których prawnicy wygłaszają niejednokrotnie także nowe, kontrowersyjne twierdzenia na temat tego jakie są źródła (podstawy) prawa – nawet jeśli wcześniej, na gruncie danej tradycji teoretycznej (opisującej akceptowaną „teorię legislacji”) te podstawy nie zostały nigdy rozpoznane<sup>30</sup>. Spory te różnią się istotnie od sporów empirycznych, czyli o to, czy założone kryteria pojęcia prawa są spełnione w konkretnym przypadku<sup>31</sup>.

Uznanie wagi sporów teoretycznych jest trudne dla pozytywistów. Przyjmują oni kilka, typowo filozoficznych taktyk rozwiązania tego problemu. Po pierwsze, starają się oni (jak np. J. Coleman lub S. Shapiro) uwzględnić fakt występowania tych sporów jako zgodny z konwencjonalnym charakterem tej praktyki, co zmusza ich do odwołania się do pewnych wyrafinowanych filozoficznie koncepcji konwencji<sup>32</sup>. Ceną za takie posunięcie jest, jak zauważa sam Dworkin, „zbytnie abstrahowanie”<sup>33</sup> (co jest też rodzajem zarzutu filozoficznego). Po drugie, uznają oni, że fakt występowania tego typu sporów jest nieistotny, a spory te występują jedynie w najwyższych instancjach (tak np. B. Leiter). Jest to w zasadzie argument empiryczny, który zmierza do wska-

<sup>28</sup> Dworkin jest jednak sceptyczny co do „kryteriów” pojęcia (jest „anty-pojęciowy”). Nie do końca wiadomo co to ma znaczyć. Lepsze ujęcie prezentuje S. Perry, który posługuje się ideą „internalnej analizy pojęciowej”.

<sup>29</sup> Dwie pozostałe tezy Dworkina wg. Raza to twierdzenia, że: 1) jurysprudencja ogólna ma charakter interpretacyjny; 2) filozofia prawa nie może być jedynie „semantycznym przedstawieniem” znaczenia słowa „prawo” (*semantic account to the word „law”*) i słów pokrewnych (Raz Joseph. 2001. „Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison” (w:) Coleman Jules (red.). *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*. 1. Oxford: Oxford University Press.).

<sup>30</sup> Dworkin, R. *op. cit.*, 6 i n.

<sup>31</sup> Dyrda, A. *Konwencja...*, 69–88.

<sup>32</sup> Dyrda, A., *Konwencja...*, rozdziały 3 i 4.

<sup>33</sup> Dworkin Ronald. 2006. *Justice in Robes*. 114, 192-94, 231. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

zania, że spory teoretyczne nie są problemem w znakomitej większości wypadków sporów prawnych. A jeśli się już pojawiają to argument naprawczy<sup>34</sup> z dyskrejonality Harta dobrze wyjaśnia, co się w sytuacji takich sporów dzieje. Po trzecie, twierdzą na przykład, że spory tego typu wynikają z zastosowania konstruktywnej interpretacji, która nie jest *konieczna*; odróżniają przy tym m.in. za Wittgensteinem i Dummettem rozumienie (*understanding*) pojęcia od jego interpretacji (*interpretation*). Szczególnie koncepcja Dummeta, w myśl której interpretacja stanowi raczej wyjątek od zastosowania pojęć w standardowych wypadkach<sup>35</sup>, czy choćby teoria implikatur konwersacyjnych Grice'a, zgodnie z którą pewne (konwencjonalne) schematy komunikacyjne są zrozumiałe niejako „same przez się”, dopóki nie zostaną wprowadzone dalsze zastrzeżenia<sup>36</sup> są często powoływane przez pozytywistycznych teoretyków<sup>37</sup>. Po czwarte, odwołują się oni do twierdzenia, że pojęcie prawa ma szczególny status. L. Green wskazuje że pojęcie prawa należy do tej wąskiej grupy pojęć, które mają zasadniczo niekontrowersyjne znaczenie. Ma o tym świadczyć obserwacja, że debaty nad prawem nie przypominają debat nad pojęciami kontrowersyjnymi<sup>38</sup>. Niektóre pojęcia mogą, argumentuje Green, odgrywać swoją rolę tylko, gdy nie rodzą kontrowersji. W przypadku pojęcia prawa jest natomiast tak, że niemal wszyscy poważnie dyskutujący mają wspólny interes, aby operować jasno ustalonym pojęciem, zaś kontrowersje wiązałyby się jedynie z jego zastosowaniem w praktyce<sup>39</sup>.

<sup>34</sup> Argument naprawczy (*the Repair Argument*) odwołuje się prawotwórczej roli sędziów, którzy orzekają nie na podstawie prawa jakie jest, gdy jest wadliwe, ale na podstawie swojego wyobrażenia o tym, jakie powinno być.

<sup>35</sup> Dummett Michael. 1986. „A Nice Derangement of Epitaphs: Some Comments on Davidson and Hacking” [w:] LePore Ernest (red.). *Truth and Interpretation: Perspectives on Philosophy of Donald Davidson*. 464. Cambridge: Blackwell; cyt. za Marmor, A. *Interpretation...*, 40.

<sup>36</sup> Grice Paul 1989. *Studies in the Way of Words*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

<sup>37</sup> Marmor, A. *Interpretation...*, s. 40.

<sup>38</sup> Green Leslie. 1987. „The Political Content of Legal Theory”. *Philosophy and Social Sciences* 17: 16-20.

<sup>39</sup> Taką argumentacją posługuje się wielu współczesnych pozytywistów, z J. Colemanem (Coleman, J. *The Practice...*, 181) i K.E. Himmą (Himma Kenneth. 2002. „Ambiguously Stung: Dworkin’s Semantic Sting Reconfigured”, *Legal Theory* 2: 160-162.) na czele. Zarzucają oni R. Dworkinowi, że miesza ogólne pojęcie prawa (*the notion of law*) z pojęciem prawa danej społeczności (*notion of the law*).

Nawet jednak w przypadku tego ostatniego argumentu mamy do czynienia z argumentem filozoficznym, zgodnie z którym czym innym jest określenie kryteriów użycia pojęcia, a czym innym sposób rozstrzygnięcia spornych przypadków. Żaden z tych argumentów nie dyskwalifikuje argumentu ze sporów teoretycznych jako istotnego problemu filozoficznego, a jedynie ogranicza się do przedstawienia racji, dla których skupianie się na tych sporach byłoby mniej, w jakimś *teoretycznym* sensie, użyteczne. Zatem, spór pomiędzy teoretykami prawa o to, czy spory teoretyczne, jako spory prawne, są istotne czy też nie, sam jest meta-sporem teoretycznym filozofii prawa. Filozofia, parafrazując Dworkina, stanowi „cichy prolog dla każdej decyzji *teoretycznej*”.

To co nie jest oczywiste to funkcja *teoretyczna* jaką pełnią omawiane doktryny filozoficzne dla określenia właściwego pojęcia podstaw prawa (w tym i zadań teorii prawa, a w konsekwencji treści decyzji sędziowskich). Sam Dworkin twierdzi, że różnica pomiędzy jego teorią, a teoriami, które krytykuje sprowadza się do twierdzenia, że jego teoria jest najbardziej „użyteczna”<sup>40</sup>. Także inni teoretycy bronią swoich teorii w ten sposób. Przykładowo, L. Murphy wskazuje, że poza zgodą w teorii prawa co do podstawowego („oczywistego” w sensie Moore’a lub „przedinterpretacyjnego” w sensie Dworkina) pojęcia prawa, jest też szeroki i trudny do uchwycenia spór (*intractable disagreement*) względem wielu ważnych pytań jurysprudencji. To prowadzi go do wniosku, że to podstawowe, potoczne pojęcie prawa jest bardzo „wąskie” (pisze o *thinnes of our folk concept*) i w zasadzie nie obejmuje ono nawet tak istotnej kwestii jak rozstrzygnięcie co do natury podstaw prawa<sup>41</sup>. Okazuje się zatem, że prosta deskryptywna teoria prawa to za mało i jeśli do niej ograniczymy nasze zainteresowanie, to nie osiągniemy żadnego istotnego rezultatu (ograniczymy się np. do kilku trywialnych stwierdzeń o statusie poznawczym dotyczących rezultatów legislacji jako opartych na źródłach społecznych; ale uznanie tych rezultatów za pełnoprawne podstawy prawa będzie już problematyczne). Zdaniem Murphy’ego, aby osiągnąć jakieś interesujące rezultaty należy odwołać się do metodologii pragmatyczno-politycznej (*practi-*

<sup>40</sup> Por. Dworkin, R., *Law’s Empire*, 90, 102, 190.

<sup>41</sup> Murphy Liam. 2001. „The Political Question of the Concept of Law” [w:] Coleman Jules (red.). *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*. 371. Oxford: Oxford University Press.

*cal-political methodology*) i wybrać tę teorię, która daje najlepsze moralno-polityczne rezultaty<sup>42</sup>. Jak wskazują D. Patterson i J. Oberdiek takie ujęcie rodzi jednak problem<sup>43</sup>:

A theory of law is a theory of what we should believe are the central features of a particular kind of social institution, but Murphy's practical-political methodology suggests that it is up to the legal theorist to decide what to believe – but belief does not work that way! *The truth of the theory of law is not determined by the moral or political consequences of widespread adoption of that theory. To suppose otherwise turns large swaths of legal theory into wishful thinking* [podkr. – AD].

Nawet jeżeli odrzucić tezę Murphy'ego jako zbyt radykalną i ukierunkowaną raczej prospektywnie na moralno-polityczne konsekwencje danej teorii, to pozostaje nam do rozważenia całe spektrum pragmatycznych poglądów na naturę filozofii (prawa). Na przykład, można zadać pytanie czy nie należy traktować teorii prawa jako zbiorowo wypracowanej (pragmatycznej) hipotezy, która, jeśli się powszechnie sprawdza, to jest utrzymywana? Wydaje się, że pragmatycznym testem teorii może być m.in. jej „instytucjonalna użyteczność”<sup>44</sup> odpowiadająca użyteczności teoretycznego opisu. W związku z tym nawet jeśli ogólne pojęcie prawa może zostać określone deskryptywnie, to sam dobór truizmów je określających będzie oparty na pragmatycznych względach (spór pozytywistów z J. Finnisem czy L.L. Fullerem

<sup>42</sup> On sam za taką teorię uznaje twardy pozytywizm J. Raza.

<sup>43</sup> Oberdiek John, Patterson Denis. 2007. „Moral Evaluation and Conceptual Analysis in Jurisprudential Methodology” [w:] Freeman Michael & Harrison Ross (red.). *Law and Philosophy*. 60-75. New York: Oxford University Press. W podobnym duchu argumentuje J. Raz, gdy pisze: „Legal theory contributes [...] to an improved understanding of society. But it would be wrong to conclude [...] that one judges the success of an analysis of the concept of law by its theoretical sociological fruitfulness” (Raz Joseph. 1994., *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. 237. Oxford: Oxford University Press).

<sup>44</sup> C.S. Sunstein i A. Vermeule twierdzą, że większość teorii interpretacyjnych (wykładni) prawa to teorie przesadnie wyidealizowane. Brakuje natomiast teorii, które brałyby pod uwagę 1) instytucjonalne zdolności (*institutional capacities*) interpretacyjne oraz 2) dynamiczne skutki (*dynamic effects*), tj. praktyczne konsekwencje pewnej wizji interpretacji dla aktorów (publicznych lub prywatnych) systemu prawa (Sunstein Cass S., Vermeule Adrian. 2002. „Interpretation and Institutions”. *Chicago J.M. Olin Law & Economics Working Paper No. 156 2n series*. online: <http://www.law.uchicago.edu/files/files/156.crs-av.interpretation.pdf>). Koncepcja interpretacji jest jednak wtórnie zależna od deskryptywnej teorii pojęcia prawa, więc w zasadzie tezę Sunsteina i Vermeule'a można rozciągnąć na wszystkie ogólne teorie prawa.

dotyczy jak się wydaje nie samego rozpoznania powszechnie podzielanych przez ludzi truizmów o prawie, a raczej idealistycznej rekonstrukcji opartej na nich teorii). Problem w tym, że każde głębsze wyjaśnienie tych truizmów jest przedmiotem nieustannej kontrowersji<sup>45</sup>. Ponadto, żadna pełniejsza teoria prawa nie jest w stanie uwzględnić wszystkich truizmów jakie wygłaszają ludzie, gdy myślą o prawie. To z kolei może prowadzić do tezy o zasadniczo równosilnym charakterze tych teorii.

Z punktu widzenia epistemologii świadectwo (*evidence*) na rzecz każdej z tych teorii jest *teoretycznie* równoważne (epistemologowie mówią w takim wypadku o *equal* albo *same evidence*). Wydaje się, że to, co faktycznie sprawia, że pozytywizm jest teorią powszechniejszą wiąże się z jego *pragmatycznymi* zaletami, a nie bardziej *adekwatnym*, jako *prawdziwym*, ujęciem praktyki prawniczej. W powyższym sensie teoria pozytywistyczna będzie rzeczywiście, jak twierdzi A. Marmor, teorią najlepiej wpisującą się w „ścieżkę rozwojową i historię danej dyscypliny”<sup>46</sup>, zaś teoria Dworkinowska, jako teoria „mniejszościowa” będzie teorią, która będzie zmierzała do zmiany przebiegu tej ścieżki<sup>47</sup>. Być może w przyszłości to teoria Dworkina będzie popierana przez większość teoretyków prawa, lecz nie zmieni to zasadniczo podstawowych truizmów dotyczących prawa (bo to od nich ta teoria zależy)<sup>48</sup>.

Oczywiście, teorie które rozważamy są równie inteligibilne jako teorie prawa, różnią się bowiem od pseudo-teorii takich jak np. „frenologia” czy nawet „astrologia” tym, że opierają się na społecznie po-

<sup>45</sup> Na przykład teza Harta o regułach pierwotnych (obowiązków) i wtórnych (reguła uznania, sądenia i zmiany) jako wyjaśniająca truizm o kontynuacyjnym charakterze prawa jest tezą sporną.

<sup>46</sup> Zdaniem B. Leitera racje dla wyróżnienia takiej ścieżki rozwojowej wynikają z praktycznej potrzeby rozwiązania problemu demarkacji. O ile w modelu K. Poppera chodzi o oddzielenie nauki od pseudonauki, tak w przypadku teorii prawa chodzi o oddzielenie prawa od moralności (i innych porządków normatywnych). Sposób przeprowadzenia linii demarkacyjnej nie opiera się jedynie na racjach poznawczych, bowiem te muszą być także uzupełnione racjami praktycznymi (Leiter Brian. 2013. „The Demarcation Problem in Jurisprudence: A Case for Scepticism” [w:] Beltran Jordi F., Moreso Jose J., Papayannis Diego M. (red.). *Neutrality and Theory of Law*. 161-174. Dordrecht: Springer .

<sup>47</sup> Chodzi przede wszystkim o zmianę bardziej wyrafinowanego rozumienia tego, czego w zasadzie praktyka dotyczy. Wszyscy teoretycy idą w tym sensie jedną ścieżką, lecz mają różne pojęcia tego dokąd *dokładnie* nas ta ścieżka może doprowadzić.

<sup>48</sup> Choć z całą pewnością pewien zwrotny wpływ teorii na powszechną praktykę da się odczuć.

dzielanych truizmach (*folk theory*) na temat badanego fenomenu (prawa) w sytuacji, gdy rozumienie tego fenomenu *rzeczywiście* od tych truizmów zależy. Żadna nie jest jednak bardziej „prawdziwa” od drugiej, bo m.in. stawiają sobie inne cele. Pragmatyczna różnica tkwi w sposobie uporządkowania i epistemicznego wartościowania truizmów, wśród których znajdować się może także pewien truizm dotyczący zadań teorii prawa. W związku z tym w zasadzie można spór pomiędzy teoretykami prawa uznać za filozoficzny spór o to, która teoria prawa jest teorią *lepiej* (z punktu widzenia użyteczności) oddającą i wyjaśniającą rozpoznane truizmy dotyczące prawa. Pytanie o to jak łączyć tzw. spory teoretyczne jest więc pytaniem zasadniczo praktycznym. Na poparcie tej pragmatycznej tezy dotyczącej natury całego przedsięwzięcia teoretyczno-prawnego chciałbym na koniec tego artykułu odwołać się do pewnych rozstrzygnięć epistemicznych dotyczących natury sporów filozoficznych.

Badając zjawisko sporów filozoficznych P. van Inwagen stwierdził, że „jak by tego nie tłumaczyć, musi być możliwe, by człowiek w sposób uzasadniony przyjmował pewną tezę filozoficzną, gdy inni filozofowie, posiadający wedle wszelkich obiektywnych i zewnętrznych kryteriów co najmniej równie dobre kwalifikacje, by zabierać głos w tej sprawie, odrzucają ją.”<sup>49</sup> Jego celem jest podważenie radykalnej „tezy Clifforda” zgodnie z którą *teoretycznie* można polegać tylko na „dostatecznym świadectwie”, które ma charakter publiczny (jest dostępne każdemu). Racjonalne przyjęcie pewnych tez filozoficznych, politycznych, religijnych, w sytuacji gdy publiczne świadectwa (przesłanki) kwestii tych jednoznacznie nie rozstrzygają, wymagają, zdaniem van Inwagena odwołania się do pewnego niezależnego, niekomunikowalnego wglądu (*incommunicable insight*)<sup>50</sup>. Natura tego wglądu jest jednak zagadkowa<sup>51</sup> i rodzi dodatkowe problemy, zatem byłoby niewystarczające poprzestanie na takim wyjaśnieniu.

Wyjaśnienie van Inwagena ma chronić filozofów przed „złubnym” sceptycyzmem. Niestety, jako zbyt zagadkowe, nie chroni. Wydaje się,

<sup>49</sup> Van Inwagen Peter. 2009. „Zawsze, wszędzie i bez względu na osobę niesłusznie jest żywić przekonania oparte na niedostatecznym świadectwie”, *Roczniki Filozoficzne* Tom LVII, numer 2. Przeł. J. K. Teske: 175.

<sup>50</sup> Ibidem.

<sup>51</sup> Nie wiadomo m.in. czy „wgląd” jest dla samego van Inwagena dodatkowym dowodem, czy może jest nieprzekazywalnym sposobem interpretacji posiadanych, podzielanych także przez innych dowodów czy świadectw.



że o ile odwołanie do wglądu może być dopuszczalne w sytuacji, gdy żywi my pewne poglądy filozoficzne w izolacji (*in isolation*), to w sytuacji, gdy je skonfrontujemy z poglądami innych, a w szczególności po ujawnieniu wszystkich przesłanek, którymi kierują się spierające się strony (*after full disclosure of evidence*) standardy epistemiczne nie pozwalają nam na zachowanie intelektualnej przewagi naszego „wglądu” (bez względu na to jaki on jest). W idealnej transparentnej sytuacji, jak wskazuje R. Feldman, świadectwo posiadania danego świadectwa jest samo istotnym świadectwem (*evidence of evidence is evidence*), a zatem, jeśli pominiemy sytuacje, w których jedna ze stron ma jakiś defekt poznawczy, nie jest wystarczająco racjonalna lub zachodzą inne jasne powody, by zdyskredytować jej pogląd, mamy do czynienia z „poznawczą symetrią”. Zachowanie wysokich standardów wymaga zatem, aby zawiesić swój sąd (koncyliować) aż do momentu, gdy pojawią się lepsze *teoretyczne* racje, by zadecydować, który pogląd jest słuszny. Zatem, w sytuacji symetrii jedynym rozwiązaniem *teoretycznym* jest wstrzymać się od podjęcia jakiejś decyzji teoretycznej, bowiem żadna z tych decyzji nie będzie dostatecznie *uzasadniona* z epistemicznego punktu widzenia<sup>52</sup>.

Analizując spory między filozofami prawa o podstawy prawa można odnieść wrażenie, że skoro są to spory w znacznej mierze filozoficzne, to zachodzi między nimi wskazana symetria. Zasadniczo można uznać teoretyków prawa za tzw. parów epistemicznych (*epistemic peers*), a więc osoby obdarzone porównywalną wiedzą, inteligencją, metodami dociekania prawdy i równie godne zaufania (*epistemically reliable*). Pomimo widocznych różnic filozofowie prawa racjonalnie dyskutują między sobą wystawiając jednocześnie własne poglądy na racjonalną krytykę ze strony innych. Jeśli jednak przyjmiemy tezę o symetrii ich twierdzeń w sporach *teoretycznych*, to jesteśmy narażeni na sceptycyzm. Okazuje się bowiem, że, aby zachować wysokie standardy epistemiczne i nie polegać na wewnętrznym, niekomunikowalnym i nieuzasadnionym przekonaniu o wyższości własnej argumentacji, należy zawiesić sąd. Zdaniem Feldmana z teoretycznego punktu widzenia spory filozoficzne, a także spory o podstawy prawa, są nieracjonalne. Nieco mocniejszą i bardziej pesymistyczną tezę wygłasza inny znany filozof R. Fumerton, który twierdzi, że symetria pomiędzy filozofami

<sup>52</sup> Feldman Richard. 2006. „Epistemological Puzzles about Disagreement,” [w:] Hetherington Stephen (red.). *Epistemology Futures*. 216-236. Oxford: Clarendon Press.

zachodzi, gdyż są oni „równie ułomni” (*defective*) z epistemologicznego punktu widzenia<sup>53</sup>.

Racjonalność *teoretyczna* nie jest jednak jedynym rodzajem racjonalności, którą kierujemy się w życiu. Jak wskazuje R. Feldman, często musimy dokonywać wyborów, w których nie ma dobrego behawioralnego odpowiednika dla zawieszenia sądu<sup>54</sup>. W wielu sytuacjach życiowych po prostu musimy podjąć jakąś decyzję. W związku z tym, podejmując ją kierujemy się pewnymi racjami praktycznymi (racjonalność praktyczna). Jedną z takich racji, która gwarantuje oszczędność czasu i zwalnia nas z głębszej deliberacji teoretycznej nad naturą prawa jest autorytet istniejącej praktyki i związanej z nią tradycji teoretycznej. Innym ograniczeniem są warunki instytucjonalne<sup>55</sup>. Sposoby argumentowania znajdują zapewne podobne ugruntowanie filozoficzne. Zaś wybór pewnej fundamentalnej siatki pojęciowej, tak – by zgodnie z oczekiwaniem Greena – posługiwać się jasno ustalonym pojęciem, jest wyborem pragmatycznym. Używając sformułowania W. Jamesa można powiedzieć, że mamy tutaj do czynienia z pewnym „żywym wyborem” (*live choice*)<sup>56</sup>, bowiem bez pewnych założeń filozoficznych co do podstaw prawa żadne rozstrzygnięcie prawne nie byłoby możliwe.

Problem polega na tym, że sami teoretycy prawa rzadko myślą w ten sposób o swoim przedsięwzięciu, sądząc, że ich sądy są nie tylko pragmatycznie, ale także teoretycznie uzasadnione. Są oni do nich w pełni *przekonani*, a w obliczu samego faktu sporu teoretycznego nie mogą się zwyczajnie zmusić do porzucenia swoich przeko-

<sup>53</sup> Fumerton Richard. 2010. „You Can’t Trust A Philosopher” [w:] Feldman Richard & Warfield Ted (red.) *Disagreement*. 106. Oxford: Oxford University Press.

<sup>54</sup> Tak jak na „roztaju dróg” trzeba wybrać jakąś opcję licząc, że będzie ona dobra, gdy nie mamy czasu, albo poczekać na kogoś, kto nam wskaże drogę. Każda opcja jest teoretycznie równie dobra, ale nie ma behawioralnego odpowiednika zwieszenia sądu, trzeba jakoś działać. Każdy wybór jest tu pragmatyczny.

<sup>55</sup> Sąd zwykle składa się z nieparzystej liczby sędziów, by uniknąć niepożądanego równego rozkładu głosów. Podobnym instytucjonalnym ograniczeniem jest zasada *in dubio pro reo*. W sytuacji, gdy sędziowie mieliby do czynienia z porównywalnymi dowodami winy i niewinności oskarżonego powinni teoretycznie zawiesić sąd. Praktyczną decyzję podejmuje za nich jednak zasada: „w razie wątpliwości należy uniewinnić”.

<sup>56</sup> James William. 1897. *The Will to Believe and Other Eassys in Popular Philosophy*. 1-15 New York: Longmans, Green, and Co.; por. Goodman Robert F. 1995. „William James: Rationality as Pragmatic Choice”, *History of European Ideas* 20 (4-6): 951-955.

nań<sup>57</sup>. Dyskurs prawny sprawia wrażenie dyskursu „prawdziwościowego”, kognitywnego. Czy istnieje sposób, aby pogodzić fakt posiadania poczucia słuszności własnych przekonań co do natury prawa z ich pragmatyczną naturą, bez uciekania się do idei tajemniczego „wglądu”?

Spśród wielu rozwiązań szczególnie interesująca wydaje się propozycja A. Goldmana. Stara się on obronić tezę o racjonalności sporów filozoficznych w sytuacji opisanej przez Feldmana epistemicznej symetrii. Racjonalność sporu jest zachowana, gdy każda ze stron sporu będzie miała dobre racje by sądzić, że jej przekonania są obiektywnie uzasadnione. Goldman twierdzi, że teorie filozoficzne posiadają obiektywne uzasadnienie (*objective justification*) nawet wtedy, gdy filozofowie nie mają do tego uzasadnienia obiektywnego dostępu. Swój pogląd nazywa on „obiektywnie ugruntowanym epistemicznym relatywizmem” (*objectivity-based epistemic relativism*)<sup>58</sup>.

Zgodnie z tym poglądem można założyć, że istnieje jedyny właściwy system epistemiczny, który określa warunki uzasadnienia postaw doksyastycznych (gł. przekonań, myśli, sądów, nadziei czy obaw) ludzi. Niemniej, ze względu na naturalne braki epistemiczne ludzie przybierają rozmaite pozycje epistemologiczne wobec tego jedynego, właściwego systemu. Pewne prawdy są bowiem, jak wskazuje Goldman, permanentnie skryte, przez co nie mogą stanowić obiektywnego świadectwa na rzecz prawdziwości jakichkolwiek tez<sup>59</sup>. Mimo to, ludzie mogą posiadać dobre racje, by mieć poczucie, że głoszone przez nich tezy, które dotyczą tych niedostępnych epistemicznie prawd są uzasadnione: wynika to z tego, że epistemiczne procedury uznawania tych tez są elementem ich systemów epistemicznych, które nabywają oni w drodze socjalizacji i nauki (Goldman pisze o *generic testimony*). W efekcie twierdzenia na te tematy uzyskują „swoiste wtórne” uzasadnienie w oczach tych, którzy je głoszą. Są to twierdzenia, które wpisują się w pewną tradycję intelektualną, która nie jest przedmiotem niczyjego wyboru. To sprawia, że fundamentalne przekonania filozoficzne nie mają arbitralnego charakteru.

<sup>57</sup> Elgin Catherine Z. 2010. „Persistent Disagreement”. [w:] Feldman Richard & Warfield Ted (red.) *Disagreement*. 62-63. Oxford: Oxford University Press.

<sup>58</sup> Goldman Alvin. 2010. „Epistemic Relativism and Reasonable Disagreement”. [w:] Feldman Richard & Warfield Ted (red.) *Disagreement*. 189. Oxford: Oxford University Press.

<sup>59</sup> Goldman, A., op. cit., 196.

Jeśli tak się rzeczy mają, to twierdzenie głoszące, że filozofowie prawa, a tym bardziej polegający na ich filozoficznych twierdzeniach praktycy prawa, są epistemicznymi parami nie wymaga od nich zawierania sądów, bowiem posiadają oni dobre racje by sądzić, że sądy te są uzasadnione, albo wręcz prawdziwe (tzw. uzasadnienie doksastyczne). Nie oznacza to jednak, że sądy te są prawdziwe (tzw. uzasadnienie propozycjonalne). Teza ta jest tezą powściągliwą, nie przesądza bowiem czy rzeczywiście istnieją obiektywne, poznawczo dostępne fakty, które stanowiłyby adekwatne uprawdziwiacze (*truthmakers*) dla zdań dyskursu prawnego, a zatem nie przesądza o tym, czy dyskurs prawny jest z konieczności dyskursem faktualistycznym czy non-faktualistycznym<sup>60</sup>. To pozostaje sprawą otwartą, ponownie zależną od wyboru tradycji myślowej. Wybór ten nie jest jednak nigdy dowolny, co wiąże się z istnieniem przekonania o jego trafności. Paradoksalnie jednak, z tej samej przyczyny posiadane przekonania, jako uzasadnione w oparciu o zinternalizowane argumenty obecne w bliskiej spierającym się tradycji epistemicznej podlegają rewizji z punktu widzenia kontrargumentów pochodzących z innych tradycji. W tym sensie rewizja przekonań może być wynikiem pewnego pośredniego wyboru, który jest charakterystyczny dla filozofa raczej, niż praktyka, i otwarcia się na argumenty krytyczne. Jest to kwestia tzw. rzetelności intelektualnej, która rzutuje na przyjmowane przez filozofów strategie zdobywania i rewizji przekonań.

W związku z tym wydaje się, że filozofowie prawa, rozwijając odmienne poglądy na „podstawy prawa” czynią w istocie dwie rzeczy. Po pierwsze, przyjmując pewne stanowiska w sporze wzmacniają je, służąc tym samym zwiększeniu poczucia uzasadnienia doksastycznego działających w oparciu o te poglądy prawników. Po drugie, otwierają się na publiczną krytykę innych filozofów, co świadczy o ich głębszym zrozumieniu „argumentacyjnego” i „pragmatycznego” charakteru filozofii prawa. W rzeczy samej Dworkinowska krytyka, zdaniem samych pozytywistów przyczyniła się do lepszego zrozumienia przez nich

<sup>60</sup> Faktualistyczne są teorie, które determinowanie podstaw prawa wiążą z jakimś faktami (prawnymi, społecznymi, moralnymi, innymi), a non-faktualistyczne te, które kwestionują znaczenie faktów dla zdeterminowania podstaw prawa, co będzie prowadzić także do wniosku, że zdania prawne (zdania dyskursu prawnego) nie mogą być ani prawdziwe ani fałszywe (por. Posłajko Krzysztof. 2012. *To wszystko nie znaczy. Faktualizm i nonfaktualizm w kwestii znaczenia*. Warszawa: Ośrodek Badań Filozoficznych).

nie tyle własnych poglądów, co natury całego teoretyczno-prawnego przedsięwzięcia. Z uwagi na brak możliwości przeprowadzenia filozoficznego *experimentum crucis* spory te są *teoretycznie* nierozstrzygalne, choć ich rozstrzygnięcia są *pragmatycznie* potrzebne<sup>61</sup>.

### Bibliografia

- Coleman Jules. 2001. *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. 292. Oxford: Oxford University Press.
- Dickson Julie. 2001. *Evaluation and Legal Theory*, Oxford: Hart Publishing.
- Dummett Michael. 1986. „A Nice Derangement of Epitaphs: Some Comments on Davidson and Hacking” [w:] LePore Ernest (red.). *Truth and Interpretation: Perspectives on Philosophy of Donald Davidson*. 464. Cambridge: Blackwell.
- Dworkin Ronald. 1986. *Law's Empire*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Dworkin Ronald. 2006. *Justice in Robes*. 114, 192-94, 231. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Dyrda Adam. 2013. „Czy pojęcie prawa jest pojęciem z istoty spornym?”. *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej* 1(6): 54-67.
- Dyrda Adam. 2013. *Konwencja u podstaw prawa. Kontrowersje współczesnego pozytywizmu prawniczego*, Warszawa: Wolters Kluwer.
- Elgin Catherine Z. 2010. „Persistent Disagreement”. [w:] Feldman Richard & Warfield Ted (red.) *Disagreement*. 53-67. Oxford: Oxford University Press.
- Feldman Richard. 2006. „Epistemological Puzzles about Disagreement,” [w:] Hetherington Stephen (red.). *Epistemology Futures*. 216-236. Oxford: Clarendon Press.

<sup>61</sup> Nie oznacza to, że dane rozstrzygnięcie teoretyczne może być jedynym „właściwym”. To wymaga przyjęcia tzw. *uniqueness thesis*, zgodnie z którą istnieje jedyna poprawna odpowiedź teoretyczna na pytanie o pojęcie prawa. Jednakże, gdy uznamy, co wydaje się słuszne, że różne teorie prawa pełnią często różne funkcje, to nic nie stoi na przeszkodzie, aby dostrzegać zalety pragmatyczne teorii o różnych podstawach epistemicznych, a tym samym nie uznawać *uniqueness thesis*. Przyjęcie „unikalnej” postawy jest w tym kontekście równie wiarygodne jak Kartezjańsko-Leibnizjańska idea *mathesis universalis*. Z kolei, jeśli nawet kilka teorii spełnia tę samą funkcję (np. funkcję opisowo-analityczną, gdy celem teorii może być dokonanie analizy pojęcia prawa w oparciu o *te same* truizmy), to ze względu na założenia metafizyczne tych teorii i brak możliwości ich epistemicznej weryfikacji, musimy uznać ich *teoretycznie* równosilny charakter.

- Finnis John. 1980. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Fuller Lon L. 2004. *Moralność prawa*. Przeł. Amsterdamski Stefan. Warszawa: Dom Wydawniczy ABC.
- Fumerton Richard. 2010. "You Can't Trust A Philosopher" [w:] Feldman Richard & Warfield Ted (red.) *Disagreement*. 91-110. Oxford: Oxford University Press.
- Goldman Alvin. 2010. „Epistemic Relativism and Reasonable Disagreement”. [w:] Feldman Richard & Warfield Ted (red.). *Disagreement*. 187-215. Oxford: Oxford University Press.
- Goodman Robert F. 1995. „William James: Rationality as Pragmatic Choice”, *History of European Ideas* 20 (4-6): 951-955.
- Green Leslie. 1987. „The Political Content of Legal Theory”. *Philosophy and Social Sciences* 17: 16–20
- Grice Paul. 1989. *Studies in the Way of Words*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Halpin Andrew. 2001. *Reasoning with Law*. Oxford: Hart Publishing.
- Halpin Andrew. 2010. „Methodology” [w:] Patterson Denis (red.). *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, 2<sup>nd</sup> ed. 607-620. Oxford: Wiley-Blackwell.
- Hart Herbert L.A. 1994. *The Concept of Law*. 2nd edition. Oxford: Oxford University Press.
- Hawthorne John & Srinivasan Amia. 2013. „Disagreement without transparency: Some Bleak Thoughts” [w:] Christensen David & Lackey Jennifer (red). *The Epistemology of Disagreement* New Essays. 9-30. New York: Oxford University Press.
- Himma Kenneth. 2002. „Ambiguously Stung: Dworkin's Semantic Sting Reconfigured”, *Legal Theory* 2: 160–162.
- Jackson Frank. 1998. *From Metaphysics to Ethics: A Defence of Conceptual Analysis*. Oxford Oxford University Press.
- James William. 1897. *The Will to Believe and Other Eassys in Popular Philosophy*. New York: Longmans, Green, and Co.
- Kamela Paweł. 2008. *Prawo i moralność w koncepcjach H.L.A. Harta*. Toruń: Wydawnictwo Adam Marszałek
- Leiter Brian. 2013. „The Demarcation Problem in Jurisprudence: A Case for Scepticism” [w:] Beltran Jordi F., Moreso Jose J., Papayannis Diego M. (red.). *Neutrality and Theory of Law*. 161-174. Dordrecht: Springer.
- Leiter Brian. 2013. „Why Legal Positivism (Again)?”, *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper* no. 442, online: <http://www.law.uchicago.edu/files/file/442-bl-why-again.pdf>
- Marmor Andrei. 2005. *Interpretation and Legal Theory*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.

- Marmor Andrei. 2006. „Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral”, *Oxford Journal of Legal Studies* 26 (4): 683-704.
- Moore Michael. 2012. „The Various Relations between Law and Morality in Contemporary Legal Philosophy”. *Ratio Juris* 25 (4): 435-471.
- Murphy Liam. 2001. „The Political Question of the Concept of Law” [w:] Coleman Jules (red.). *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*. 371. Oxford: Oxford University Press.
- Oberdiek John, Patterson Denis. 2007. „Moral Evaluation and Conceptual Analysis in Jurisprudential Methodology” [w:] Freeman Michael & Harrison Ross (red.). *Law and Philosophy*. 60-75. New York : Oxford University Press.
- Perry Stephen. 1995. „Interpretation and Methodology in Legal Theory” (w:) Marmor Andrei (red.). *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy*. Oxford: Clarendon Press.
- Posłajko Krzysztof. 2012. *To wszystko nic nie znaczy. Faktualizm i non-faktualizm w kwestii znaczenia*. Warszawa: Ośrodek Badań Filozoficznych
- Raz Joseph. 1994. *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. 237. Oxford: Oxford University Press.
- Raz Joseph. 1998. „Postema on Law's Autonomy and Public Practical Reasons: A Critical Comment”. *4 Legal Theory* 1: 5-18.
- Raz Joseph. 2001. „Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison” [w:] Coleman Jules (red.). *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*. 1. Oxford: Oxford University Press.
- Sunstein Cass S., Vermeule Adrian. 2002. „Interpretation and Institutions”. *Chicago J.M. Olin Law & Economics Working Paper* No. 156 2nd series. Online: <http://www.law.uchicago.edu/files/files/156.crs-av.interpretation.pdf>.
- Van Inwagen Peter. 2009. „Zawsze, wszędzie i bez względu na osobę niesłusznie jest żywić przekonania oparte na niedostatecznym świadectwie”, *Roczniki Filozoficzne* Tom LVII, numer 2. Przeł. J. K. Teske: 173-192.
- Waldron Jeremy. 2001. „Normative (or Ethical) Positivism” [w:] *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*. 410-434. Oxford: Oxford University Press.
- Waldron Jeremy. 2002. „Is the rule of law an essentially contested concept (in Florida)?”. *Law and Philosophy*. 21: 148-149.
- Williamson Timothy. 2000. *Knowledge and It's Limits*. Oxford: Oxford University Press.
- Winch Peter. 1995. *Idea nauki o społeczeństwie i jej związki z filozofią*. Przeł. Chwedeńczuk Bohdan. Warszawa: Oficyna Naukowa.

**Streszczenie**

Przedmiotem artykułu jest status najbardziej fundamentalnych sporów prawnych. Spory te są sporami o podstawy prawa (tzw. sporami teoretycznymi w sensie Dworkina). Po przedstawieniu podstawowych koncepcji podstaw prawa, spory teoretyczne zostają poddane ocenie z punktu widzenia epistemologii. Należy przyjąć, że spory teoretyczne są sporami między tzw. epistemicznymi parami, gdyż zachodzi swoista „symetria świadectw” na rzecz każdej z proponowanych teorii. Aby uniknąć sceptycyzmu, do którego może prowadzić taka diagnoza, należy zastanowić się raczej nad pragmatycznym, a nie jedynie teoretycznym, uzasadnieniem zasadniczych rozstrzygnięć teorii prawa.

Słowa kluczowe: spory prawnicze, spory teoretyczne, podstawy prawa, uzasadnienie pragmatyczne

**Legal disagreements and pragmatic justification in legal theory****Summary**

The subject of this paper is the status of the most fundamental legal disagreements. Since all legal disagreements are conceptually dependent on theoretical assumptions about law (the grounds of law), they should be seen as theoretical disagreements in the Dworkinian sense. After an analysis of the basic concepts of the grounds of law, theoretical disagreements are evaluated from the epistemic point of view. By assumption, all philosophical disagreements, including fundamental legal disagreements, are disagreements between epistemic peers, since there occurs a symmetry between the evidence in favour of each of the proposed theories. In order to avoid the scepticism that such a diagnosis may lead to, we should engage in pragmatic considerations of the status of legal theory in general.

Keywords: legal disagreements, theoretical disagreements, the grounds of law, pragmatic justification

Dr Adam Dyrda  
Wydział Prawa i Administracji  
Uniwersytet Jagielloński