

METODOLOGICZNE DYCHOTOMIE

Krytyka pozytywistycznych teorii prawa

Tomasz Gizbert-Studnicki, Adam Dyrda
Andrzej Grabowski

MONOGRAFIE



Wolters Kluwer

METODOLOGICZNE DYCHOTOMIE

Krytyka pozytywistycznych teorii prawa

Tomasz Gizbert-Studnicki, Adam Dyrda
Andrzej Grabowski

MONOGRAFIE



Wolters Kluwer

WARSZAWA 2016

Publikacja dofinansowana ze środków Narodowego Centrum Nauki
na podstawie decyzji nr DEC-2013/09/B/H55/01023

Recenzent

Dr hab., prof. UW Marcin Matczak

Wydawca

Monika Pawłowska

Redaktor prowadzący

Ewa Fonkowicz

Opracowanie redakcyjne

Katarzyna Tynkiewicz

Łamanie

Andrzej Gudowski

Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przysługujących im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło. A jeśli musisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.

prawoLubni

SZANUJMY PRAWO I WŁASNOŚĆ
Więcej na www.legalnakultura.pl
POLSKA IZBA KSIĄŻKI

© Copyright by

Wolters Kluwer SA, 2016

ISBN 978-83-264-8968-6

ISSN 1897-4392

Dział Praw Autorskich

01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33

tel. 22 535 82 19

e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

Spis treści

Wprowadzenie /9

Rozdział I

Teoria prawa między analitycznością a empirycznością / 21

1. Zamiast wstępu: Wielopłaszczyznowa koncepcja prawa w tradycji polskiej teorii prawa / 21
2. Analityczność – syntetyczność / 22
3. Ukąszenie semantyczne / 30
4. Zadanie analitycznych teorii prawa / 35
5. Rozumienie natury / 41
6. Konieczność, istotność, istotowość / 44
7. Ważność / 63
8. Czy istnieje natura prawa? / 66
9. Analiza pojęciowa a socjologia deskryptywna / 71
10. Teoria potoczna / 78
11. Pojęcia naturalne i pojęcia hermeneutyczne / 82
12. Relacja między analityczną i empiryczną teorią prawa / 85
13. Analiza pojęciowa a dane doświadczenia / 97
14. Pojęcie prawa a natura prawa / 105
15. Analityczna metafizyka Scotta Shapiro / 107
16. Alternatywa analizy pojęciowej – redukcjonizm Andrei Marmora / 118
17. Rodzaje pojęć – zagadnienie esencjalizmu / 125
18. Pojęcia rodzinne i wiążkowe / 128
19. Pojęcia nieostre i struktura otwarta / 132
20. Kategorie radialne / 135
21. Pojęcia z istoty sporne / 141
22. Jeszcze o pojęciach i esencjalizmie / 145

- 23. Zamiast konkluzji / **149**
 - 23.1. Analityczne teorie prawa a metafizyka analityczna / **150**
 - 23.2. Konieczność i przypadkowość / **170**
 - 23.3. Jakiego rodzaju pojęciem jest pojęcie prawa? / **178**
 - 23.4. Analiza a empiria. Możliwe rozumienia analizy pojęciowej / **183**
 - 23.5. Niezależność od umysłu i błąd globalny / **190**
 - 23.6. Uwagi końcowe / **194**

Rozdział II

Teoria prawa między uniwersalnością a partykularnością / 196

- 1. Wprowadzenie: „Jeże” i „lisy” w teorii prawa / **196**
- 2. Uniwersalność a ogólność / **198**
- 3. Paradoks Josepha Raza – teoria prawa jednocześnie uniwersalna i partykularna / **204**
- 4. Dyskursywny uniwersalizm Roberta Alexy’ego / **222**
- 5. Casus Ronalda Dworkina / **227**
- 6. Pluralizm prawny. Uniwersalność jako globalność / **230**
- 7. Filozoficzne implikacje – relatywizm / **255**
- 8. Teoria prawa między *scientia* a *prudentia* / **258**

Rozdział III

Teoria prawa między opisem a wartościowaniem / 262

- 1. Wprowadzenie / **262**
- 2. Deskrytywizm a konstruktywizm w naukach społecznych / **268**
- 3. Słabe i mocne sądy wartościujące a podstawowe kontrowersje analitycznej teorii prawa / **274**
- 4. Problem sporności praktyki prawa a wartościowania mocne / **292**
- 5. Rola interpretacji w rozpoznaniu istotowych funkcji prawa / **299**
- 6. Koncepcja wewnętrznej analizy pojęciowej Stephena R. Perry’ego / **314**
- 7. Problem demarkacji sądów deskryptywnych i normatywnych / **320**
- 8. Pozytywizm jako teoria minimum / **326**
- 9. Pojęcie prawa jako pojęcie hermeneutyczne (raz jeszcze) / **335**
- 10. Praktycystyczna teoria reguł a wewnętrzny punkt widzenia / **337**
- 11. Różne rozumienia wewnętrznego punktu widzenia / **359**
- 12. Krytyka ujęć Johna Finnisa i Ronalda Dworkina / **375**

13. Teoria zasady rządów prawa jako teoria normatywna / **384**
14. Inne problemy związane z koniecznością mocnej ewaluacji w teorii prawa / **393**

Rozdział IV

Postpozytywizm prawniczy – teoria prawa między pozytywizmem a prawem natury / 402

1. Wprowadzenie: Postpozytywistyczna wieża Babel / **402**
2. Postpozytywizm a neokonstytucjonalizm / **407**
3. Postpozytywizm i neokonstytucjonalizm a pre-postpozytywizm / **413**
4. Projekt postpozytywistyczny / **417**
5. Postpozytywizm prawniczy a post-pozytywizm filozoficzny / **419**
6. Wzmianka o odmianach postpozytywizmu prawniczego / **428**
7. Prawo jako społeczna praktyka argumentacyjna (o charakterze systemowym) / **430**
8. Praktyczna i wartościująca teoria prawa: *scientia* czy *prudentia*? / **441**
9. Punkt widzenia teorii prawa / **448**
10. Regionalizm teorii prawa / **450**
11. Notka o postpozytywizmie ideologicznym / **452**
12. Konkluzja: Postpozytywizm prawniczy a dychotomie teorii prawa / **453**

Spis literatury / **455**

Wprowadzenie

Celem naszym jest krytyczne omówienie niektórych podstawowych zagadnień metodologicznych i metafizycznych dotyczących analitycznych teorii prawa. Zagadnienia te stały się w ciągu ostatnich dziesięciu lat przedmiotem ożywionych dyskusji i kontrowersji, zarówno w literaturze polskiej, jak i zagranicznej¹.

W pewnym uproszczeniu można powiedzieć, że współczesne spory metodologiczne i metafizyczne wewnątrz teorii prawa, rozumianej jako dyscyplina naukowa, mogą zostać scharakteryzowane przez odwołanie się do kilku przeciwstawień, na ogół ujmowanych jako przeciwstawienia o charakterze dychotomicznym. Podstawowe z nich to rozróżnienia teorii prawa (1) analitycznych i empirycznych, (2) opisowych i normatywnych (względnie wartościujących), (3) uniwersalnych i partykularnych. Dychotomie te nie wyczerpują wszystkich sporów metodologicznych wewnątrz teorii prawa. Można by jeszcze dodać kontrowersję dotyczącą naturalistycznego *versus* nienaturalistycznego programu teorii prawa oraz możliwych rozumień postulatu naturalizacji. Kontrowersje te są jednak wtórne wobec zasadniczej dychotomii metodologicznej wskazanej w punkcie 1.

¹ Najnowszą historię tych sporów w literaturze anglosaskiej przedstawiają krótko John Oberdiek i Dennis Patterson w pracy: *Moral Evaluation and Conceptual Analysis in Jurisprudential Methodology* (w:) M. Freeman, R. Harrison (eds.), *Law and Philosophy: Current Legal Issues Volume 10*, Oxford 2007, <http://ssrn.com/abstract=925628>. Zob. także J. Dickson, *Methodology in Jurisprudence: A Critical Survey*, Legal Theory 2004, Vol. 10, No. 3, s. 117–156. W literaturze polskiej nie akcentuje się tak mocno tych przeciwstawień, a dyskusja dotyczy raczej poznawczej i praktycznej legitymacji analitycznych teorii prawa – zob. A. Kozak, *Myslenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej*, Wrocław 2010, *passim*; P. Jabłoński (red.), *Czy koniec teorii prawa?*, Wrocław 2011 (Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo 2011, z. 312). Zob. także J. Woleński, *Z zagadnień analitycznej filozofii prawa*, wyd. 2, Kraków 2012, *passim* – i jego charakterystykę analitycznej teorii prawa.

Jak sądzimy, zagadnienia te mają charakter nie tylko metodologiczny, ale też metafizyczny. Poszczególne stanowiska w tym sporze odróżniają się bowiem także tym, że ich adherenci odmiennie pojmują zadania i status filozofii, a poglądy metafizyczne istotnie rzutują na kształt formułowanych przez nich teorii prawa. Te kontrowersje są jednak rzadko ujawniane, a metafizyczne poglądy teoretyków prawa często muszą być dopiero rekonstruowane. Jednym z naszych celów jest wydobyć zagadnień metafizycznych na powierzchnię i ukazanie związku stanowisk metafizycznych z głoszonymi tezami teoretycznoprawnymi. Kontrowersje te w pierwszym rzędzie dotyczą legitymacji analizy pojęciowej oraz sposobu jej uprawiania. Uderzające jest przy tym to, że filozofowie prawa rzadko odwołują się do debat toczących się w obszarze współczesnej metafizyki analitycznej, mimo że zadawane przez nich pytania są w dużej mierze – jak postaramy się wykazać – pytaniami metafizycznymi.

Rzecz jasna, między wskazanymi dychotomicznymi przeciwstawieniami zachodzą różnorakie związki, polegające zwłaszcza na tym, że opowiedzenie się za którymś ze stanowisk w jednym z tych przeciwstawień przesądza o zajęciu określonego stanowiska lub wyklucza inne stanowisko w którymś z pozostałych. Gdyby jednak zbudować matrycę odzwierciedlającą wszystkie możliwe kombinacje tych stanowisk, to zapewne niektóre pola na takiej matrycy pozostałyby niewypełnione, gdyż niektórym takim kombinacjom nie odpowiada (albo nawet, ze względów logicznych, nie może odpowiadać) żadna faktycznie głoszona teoria. Na przykład trudno byłoby sobie wyobrazić teorię prawa, która byłaby jednocześnie empiryczna i normatywna (choć oczywiście przyjęcie pewnej teorii dotyczącej faktycznego działania prawa może wpływać na kształt normatywnej teorii prawa). Ponadto wiele wyróżnionych stanowisk posiada rozmaite warianty, między którymi zachodzą znaczne różnice. Tytułem przykładu: deskryptywność i normatywność teorii prawa, jej empiryczność i analityczność, czy też jej uniwersalność, względnie partykularność może być rozumiana na wiele różnorodnych sposobów². Niektóre z nich zostaną omówione w tej pracy.

² Zob. J.C. Bayón, *The Province of Jurisprudence Underdetermined* (w:) J. Ferrer Beltrán, J.J. Morero, D.M. Papayannis (eds.), *Neutrality and Theory of Law*, Dordrecht 2013, s. 1–16.

Przeciwstawienia te przybierają zresztą różną naturę. Niekiedy przeciwstawne stanowiska są uważane za wzajemnie się wykluczające – w tym sensie, że tylko jedno z nich może być trafne (np. stanowisko głoszące, że teoria prawa musi z konieczności dokonywać wartościowań, a zatem w pełni opisowa teoria prawa nie jest możliwa). Niekiedy przeciwstawne stanowiska są uznawane za mające charakter komplementarny. Twierdzi się, że obok deskryptywnej teorii prawa można uprawiać teorię normatywną czy ewaluatywną, gdyż oba przedsięwzięcia nawzajem się nie wykluczają, lecz raczej uzupełniają. Twierdzi się też, że obok analitycznej teorii prawa możliwe i celowe jest uprawianie empirycznej teorii prawa. Wreszcie można twierdzić, że przeciwstawne stanowiska są konkurencyjne – w tym sensie, że oba są możliwe, lecz jedno z nich prowadzi do lepszych, z jakiegoś punktu widzenia (poznawczego lub praktycznego), rezultatów niż drugie.

Należy podkreślić, że dychotomie te zapewne nie znajdują zastosowania do charakterystyki tych nurtów w teorii prawa, które są wyrazem myślenia postmodernistycznego³. Postmodernizm odrzuca zasadnicze przeciwstawienie opisu i oceny, wiedzy teoretycznej i praktycznej, wiedzy analitycznej i empirycznej, a pojęcie naturalizacji jako postawy lub postulatu metodologicznego jest mu całkowicie obce. Stąd też prowadzone rozważania nie będą dotyczyły postmodernistycznych nurtów teorii prawa. Odrębnym zagadnieniem jest także pytanie, czy charakterystyka metodologiczna odwołująca się do tych dychotomii może być odniesiona do nurtów krytycznych we współczesnej teorii prawa (takich jak ruch Critical Legal Studies, feministyczna teoria prawa czy Critical Race Theory)⁴. Odpowiedź na nie zapewne zależy od tego, w jakiej mierze nurty te mają charakter postmodernistyczny⁵. Teorie

³ Zob. L. Morawski, *Co może dać nauce prawa postmodernizm?*, Toruń 2001, *passim* oraz J. Łaskomy, *Interdyscyplinarność i integracja zewnętrzna nauk prawnych w świetle postmodernistycznej krytyki*, Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej 2001, nr 1 (2), s. 29 i n.

⁴ Należy zauważyć, że określenie „krytyczna teoria prawa” jest wieloznaczne. Na przykład Gerald J. Postema rozdział poświęcony Herbertowi L.A. Hartowi tytułuje *Hart's Critical Positivism* – G.J. Postema, *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*, A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence 2001, Vol. 11, s. 261–340. Aby nie wdawać się w to zagadnienie, określenie „teoria krytyczna” definiujemy przez ostensję. Omówienie teorii krytycznych w ścisłym znaczeniu tego słowa znajdzie Czytelnik w obszernym rozdziale 6 wskazanego dzieła Postemy.

⁵ Duncan Kennedy nie utożsamia ruchu krytycznego z postmodernizmem, ale widzi istotne z nim związki – D. Kennedy, *The Critique of Rights in Critical Legal Studies* (w:) W. Brown, J. Halley (eds.), *Left Legalism/Left Critique*, Durham–London 2002, s. 178.

krytyczne nie będą jednak rozpatrywane ze względu na specyficzne cechy i specyficzne zadania badawcze, które sobie stawiają, co powoduje, że istotnie odbiegają one od paradygmatu uprawiania „niekrytycznej” teorii prawa⁶.

Nie będziemy się też zajmowali odróżnieniem teorii prawa od filozofii prawa, gdyż – jak sądzimy – każde kryterium tego odróżnienia, proponowane w literaturze ma charakter regulujący, a w naszym przekonaniu przeprowadzenie linii demarkacyjnej między teorią a filozofią prawa jako odrębnymi dyscyplinami nie ma większego znaczenia dla praktyki badawczej, przynajmniej w jej nurcie analitycznym⁷. Określenia te zresztą są stosowane w literaturze na ogół zamiennie.

Dla porządku należy wskazać na zasadniczą dwuznaczność określenia „teoria prawa”. Z jednej strony, oznacza ono bowiem pewną dyscyplinę prawnoznawstwa (w tradycji kontynentalnej – przeciwstawianą dogmatyce prawa, a w tradycji anglosaskiej – na ogół określaną jako *general jurisprudence*), z drugiej zaś, oznacza pewne zespoły poglądów głoszonych w ramach tej dyscypliny, identyfikowane najczęściej, choć nie wyłącznie, przez nazwisko ich twórców lub przez odwołanie się do zasadniczych tez (np. teoria prawa Herberta L.A. Harta, teoria prawa Ronalda Dworkina, psychologiczna teoria prawa Leona Petrażyckiego, instytucjonalna teoria prawa, teoria prawa jako planu Scotta Shapiro itp.). Aby uniknąć tej dwuznaczności, będziemy się posługiwali określeniem „teoria prawa” (zwykle w liczbie mnogiej) tylko w drugim z tych znaczeń, a gdy będziemy mieli na myśli teorię prawa jako dyscyplinę prawnoznawstwa, wyraźnie to zaznaczymy – chyba że jednoznacznie będzie to wynikało z kontekstu. Należy jeszcze dodać, że teorie prawa w drugim z wyróżnionych znaczeń praktycznie nigdy nie spełniają wymagań stawianych przez metodologię nauk teoriom empirycznym i teoriom

⁶ Na temat rodzajów myśli krytycznej w naukach prawnych zob. P. Skuczyński, *Typy myśli krytycznej w prawnoznawstwie. Od krytyki poznania do walki o uznanie* (w:) M. Zirk-Sadowski, B. Wojciechowski, T. Bekrycht (red.), *Integracja zewnętrzna i wewnętrzna nauk prawnych*, Łódź 2014 (Jurysprudencja 2014, nr 2), s. 133–148.

⁷ Podobnie S. Shapiro, *Legality*, Cambridge, Mass. 2011, s. 2. Odmienne np. M. van Hoecke, *What is Legal Theory?*, Leuven 1985, s. 54 i n. Zob. także W. Twining, *General Jurisprudence* (w:) M. Escamilla, M. Saavedra (eds.), *Law and Justice in a Global Society*, Granada 2005, s. 611 i n., a w literaturze polskiej: J. Woleński, *Z zagadnień...*, s. 31–59 – który rozważa to zagadnienie z szerszej perspektywy stosunku teorii prawa do filozofii, oraz P. Jabłoński, *Polskie spory o rolę filozofii w teorii prawa*, Wrocław 2014.

dedukcyjnym (formalnym). Określając pewne zespoły poglądów jako teorie, mamy na myśli wyłącznie to, że zespoły składają się z twierdzeń, które są (przynajmniej w intencji ich twórców) spójne, a pewne z tych twierdzeń pozwalają na odróżnienie danej teorii od innych, konkurencyjnych, które inaczej odpowiadają na te same pytania.

Będą nas przy tym zajmowały przede wszystkim takie teorie prawa, które, *sit venia verbo*, mają charakter całościowy – w tym sensie, że ich ambicją jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, co to jest prawo lub jaka jest natura prawa (o różnych interpretacjach tych pytań będzie mowa niżej). Tylko marginalnie, w miarę potrzeby będziemy się zajmowali takimi ujęciami teoretycznymi, które dotyczą wyłącznie fragmentów problematyki teoretycznoprawnej, a więc np. teoriami stosowania prawa, teoriami rozumowań prawniczych, czy też teoriami wykładni prawa. Antycypując dalsze rozważania, już w tym miejscu pragniemy podkreślić, że krytyka analitycznych teorii prawa, rozumianych jako „teorie całościowe”, bezpośrednio nie przenosi się na analityczne teorie stosowania prawa i rozumowań prawniczych, teorie struktury systemu prawa, czy też teorie interpretacji prawa. Ewentualna porażka próby udzielenia odpowiedzi na pytanie, co to jest prawo, czy też jaka jest natura prawa, nie pociąga za sobą z konieczności porażki próby analitycznej charakterystyki rozumowań prawniczych czy struktury systemu prawa, gdyż charakterystyka taka nie musi zakładać żadnej określonej odpowiedzi na pytanie o naturę prawa, lecz może się oprzeć na wyodrębnieniu pewnych rozumowań jako prawniczych czy pewnych porządków normatywnych jako systemów prawnych opartych o uzus językowy⁸.

Prowadzone rozważania będą egzemplifikowane przede wszystkim współczesnymi teoriami prawa stworzonymi w krajach anglosaskich. Wybór ten jest podyktowany kilkoma względami.

Po pierwsze, z uwagi na obszerność współczesnego piśmiennictwa teoretycznoprawnego nie jest praktycznie możliwe uwzględnienie całego dorobku światowej teorii prawa.

⁸ W tradycji anglosaskiego pozytywizmu prawniczego odróżnia się teorię prawa (która ma odpowiadać na pytanie o naturę prawa) od teorii orzekania (*adjudication*). Zob. np. J. Raz, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, rev. ed., Oxford 1995, *passim*. Krytycznie o tym odróżnieniu M. Martin, *Judging Positivism*, Oxford–Portland 2014, s. 47 i n.

Po drugie, anglosaska teoria prawa osiągnęła, przynajmniej od daty publikacji dzieła Harta *The Concept of Law*⁹, bardzo mocną pozycję w nauce światowej, a światowa dyskusja w największej mierze nawiązuje właśnie do ujęć przedstawianych przez teoretyków anglosaskich. Współcześnie niemal każda teoria prawa nawiązuje do teorii Harta jako punktu wyjścia lub obiektu krytyki, a, praktycznie rzecz biorąc, wszystkie wpływowe teorie prawa pojmują się jako teorie konkurencyjne wobec jego teorii. Z ubolewaniem zresztą można zauważyć, że anglosascy teoretycy prawa niezwykle rzadko i bardzo wybiórczo powołują się na literaturę z kręgu kontynentalnego, choć teoretycy kontynentalni bardzo często sięgają do literatury anglosaskiej.

Po trzecie wreszcie (co najważniejsze), w nauce anglosaskiej daje się zauważyć wyraźną tendencję do formułowania takich teorii prawa, które *explicite* stawiają sobie zadanie udzielenia odpowiedzi na pytanie: Co to jest prawo? Pytanie to zresztą może mieć różne interpretacje, które nie zawsze są precyzyjnie odróżniane. Rolf Sartorius w celach krytycznej analizy teorii Harta wskazuje, że w teorii tego ostatniego pytanie to przybiera cztery różne znaczenia: (1) Co to jest system prawny?, (2) Co to jest obowiązujące prawo?, (3) Jaka jest istota czy natura prawa? oraz (4) Jakie są racje dla decyzji prawnych?¹⁰. Oczywiście interpretacje te są ze sobą powiązane, a odpowiedzi na te pytania – wzajemnie od siebie zależne.

Jak się jednak wydaje, zasadnicze znaczenie dla analitycznych teorii prawa ma pytanie o naturę prawa¹¹. W kontynentalnej teorii prawa pytanie to jest zadawane wprost stosunkowo rzadko; jest ona raczej skłonna zajmować się bardziej szczegółowymi problemami, a pytanie o naturę prawa jako „globalne” traktuje dość niechętnie¹². Należy przy tym dodać, że o ile kontynentalni

⁹ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 3rd ed., Oxford 2012.

¹⁰ R. Sartorius, *The Concept of Law*, ARSP. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 1966, Vol. 52, Heft 2, s. 161–162.

¹¹ Joseph Raz pisze: „I will be using «a theory of law» in a narrow sense, as referring to an explanation of the nature of law (...). But by choosing this narrow understanding of «theory of law» I do not mean to dispute the appropriateness of other theoretical investigations about the law (...)” – J. Raz, *Can There be a Theory of Law?* (w:) *idem, Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford 2009, s. 17.

¹² Alf Ross uważał jednak, że pytanie o naturę prawa jest centralnym pytaniem jurysprudenckim, ponieważ odpowiedź na nie jest presuponowana przez każde stwierdzenie dotyczące prawa jakiegokolwiek państwa – A. Ross, *On Law and Justice*, Berkeley–Los Angeles 1959, s. 11. Traktując je jako centralne pytanie teorii prawa, współcześnie wracają do niego m.in. Ralf Dreier

teoretycy prawa podejmują próby odpowiedzi na pytanie o naturę prawa, to ze stosunkowo nielicznymi wyjątkami (zob. przyp. 12) czynią to w nawiązaniu do koncepcji teoretyków anglosaskich, w szczególności Herberta Harta i Josepha Raza, a przez to włączają się w dyskusję anglosaską.

Co więcej, jak już zaznaczono, zasadniczym przedmiotem naszego zainteresowania będą teorie należące do jednego tylko nurtu teorii prawa jako dyscypliny naukowej, a mianowicie do nurtu analitycznego. Jeżeli będziemy się odwoływali do innych teorii (w tym empirycznych), to tylko w celu ich skonstrastowania z teoriami analitycznymi i rozważenia argumentów formułowanych przez takie teorie przeciwko teoriom analitycznym. Granice nurtu analitycznego w teorii prawa (podobnie zresztą jak granice filozofii analitycznej) trudno jest jednoznacznie określić, a każda definicja regulująca byłaby kontrowersyjna¹³. Zatem dla uniknięcia ryzyka będziemy do tego nurtu zaliczali tylko takie teorie, które same określają się jako analityczne lub wprost deklarują, że uznają analizę pojęciową za swoją podstawową metodę badawczą (mimo że analiza pojęciowa przybiera w tych teoriach rozmaite postacie).

I jeszcze jedno ograniczenie. Zasadnicze pytanie, na które będziemy poszukiwali odpowiedzi, dotyczy tego, czy teorie prawa należące do szeroko rozumianego pozytywizmu prawniczego – a w związku z tym zwykle określające się jako analityczne, a przy tym deklarujące, że są deskryptywne i uniwersalne – mają legitymację epistemologiczną i metodologiczną oraz czy są w stanie zrealizować zadania, które sobie stawiają. Każda próba udzielenia na nie odpowiedzi wymaga dokładniejszego zbadania wskazanych rozróżnień, a w szczególności określenia, jakie są ich kryteria i czy rzeczywiście mają one charakter dychotomiczny. Niepozytywistyczne teorie prawa będą rozpatrywane wyłącznie w aspekcie argumentów metodologicznych i metafizycznych.

i Robert Alexy – zob. R. Dreier, *Der Begriff des Rechts*, Neue Juristische Wochenschrift 1986, Vol. 39, Heft 14, s. 890–896; R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg–München 1992, *passim*. Zob. także D. von der Pfordten, *Czym jest prawo? Cele i środki*, Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej 2010, nr 1 (1), s. 7–18.

¹³ Zob. T. Szubka, *Filozofia analityczna. Koncepcje, metody, ograniczenia*, Wrocław 2009, s. 11–86 oraz J. Woleński, *Kierunki i metody filozofii analitycznej* (w:) J. Perzanowski (zebrał i oprac.), *Jak filozofować? Studia z metodologii filozofii*, Warszawa 1989, s. 31, przyp. 2 – który, powołując się na Izydora Dąmbską, traktuje pojęcie filozofii analitycznej jako pojęcie rodzinne (w sensie Wittgensteina).

lozoficznych, kierowanych przez nie przeciwko teoriom pozytywistycznym. Nie będziemy natomiast zajmowali się analizą i krytyką merytorycznych twierdzeń na temat prawa głoszonych przez poszczególne teorie, zarówno pozytywistyczne, jak i niepozytywistyczne, chyba że okaże się to konieczne dla analizy ich statusu metodologicznego i podstaw metafizycznych; twierdzenia takie będziemy przywoływali tylko w celu egzemplifikacji. Rozważania zatem będą miały charakter metateoretyczny i metafizyczny, a krytyka analitycznych teorii prawa będzie się odnosić wyłącznie do ich podstaw i deklaracji metodologicznych oraz przyjmowanych (na ogół *implicitie*) założeń metafizycznych.

Rzecz jasna, określenie „pozytywizm prawniczy” jest nieostre i wieloznaczne. Zwłaszcza w literaturze europejskiej pozytywizm prawniczy potocznie utożsamia się często ze stanowiskiem głoszącym, że jedynym źródłem prawa jest ustawa, prawo stanowi zupełny i niesprzeczny system, a przy interpretacji i stosowaniu prawa należy posługiwać się wyłącznie wnioskowaniami dedukcyjnymi, niedopuszczalne zaś jest sięganie do jakichkolwiek argumentów pozatekstowych. Choć, być może, takie stanowisko można było przypisać niektórym prawnikom kontynentalnym końca XIX wieku (niemiecki *Gesetzespositivismus*, francuska szkoła egzegezy), to nie sądzimy, by ktoś je obecnie akceptował¹⁴. Współcześnie określenie „pozytywizm prawniczy” występuje w wielu, przynajmniej częściowo odmiennych, znaczeniach. Główna linia podziału biegnie między rozumieniem pozytywizmu jako teorii deskryptywnej a pojmowaniem go jako normatywnej teorii (lub ideologii) prawniczej¹⁵. Nie będziemy analizowali tych znaczeń, lecz arbitralnie przyjmujemy jedno rozumienie pozytywizmu prawniczego, które w naszej opinii współcześnie dominuje, przynajmniej w literaturze anglosaskiej.

¹⁴ Nieporozumienia dotyczące pozytywizmu prawniczego pojawiają się często w polskiej literaturze prawniczej. W naszym przekonaniu krytyka pozytywizmu w postaci odbiegającej od jego rzeczywistego kształtu jest zawarta m.in. w następujących pracach: L. Morawski, *Pozytywizm „twardy”, pozytywizm „miękki” i pozytywizm martwy*, Ius et Lex 2003, nr 1 (II), *passim* oraz B. Brożek, *Normatywność prawa*, Warszawa 2012, s. 68–81. Co do próby sprostowania nieporozumień wokół rozumienia pozytywizmu zob. A. Dyrda, *Pozytywizm pochowany żywcem? W obronie miękkiego pozytywizmu*, *Studia Prawnicze* 2010, z. 2 (184), s. 5–36 oraz T. Gizbert-Studnicki, *Pozytywistyczny park jurajski*, *Forum Prawnicze* 2013, nr 1 (15), s. 50–60.

¹⁵ Każde z tych rozumień występuje w różnych wersjach – zob. P. Chiassoni, *Ruling Platitudes, Old Metaphysics, and a Few Misunderstandings About Legal Positivism* (w:) D. Canale, G. Tuzet (eds.), *The Planning Theory of Law: A Critical Reading*, Dordrecht 2013, s. 157–158.

Mówiąc o teoriach pozytywistycznych, będziemy mieli na myśli współczesny pozytywizm anglosaski, który pojmuje się jako deskryptywną teorię prawa, a nie jako normatywną metodologię wykładni i stosowania prawa¹⁶. Podstawowe tezy definiujące tak pojęty pozytywizm – to teza o źródłach społecznych oraz teza o rozdziale (lub przynajmniej „rozdzielalności”) prawa i moralności¹⁷. Pierwsza z nich głosi, że istnienie i treść prawa w określonym społeczeństwie zależy tylko i wyłącznie od zbioru faktów społecznych¹⁸, natomiast druga – że określenie, co jest prawem, nie zależy od kryteriów ani argumentów moralnych¹⁹. Należy zaznaczyć, że teza o rozdziale jest nawet w łonie pozytywizmu przedmiotem ostrych sporów i kontrowersji. We współczesnym pozytywizmie ma ona wiele interpretacji, różnicujących tzw. pozytywizm twardy, czy inaczej ekskluzywny (*exclusive positivism*), i rozmaite odmiany pozytywizmu miękkiego, czy inaczej inkluzywnego (*inclusive positivism*)²⁰. Choć spór między nimi ma charakter merytoryczny, a nie metodologiczny, pewne jego aspekty, o których będzie mowa, mają także relewancję metodologiczną i metafizologiczną.

¹⁶ Pomijamy tu tzw. pozytywizm etyczny, który jest stanowiskiem normatywnym, lecz pozostaje poza głównym nurtem współczesnego pozytywizmu anglosaskiego – zob. T. Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Dartmouth 1996, *passim*.

¹⁷ Często jako tezę definiującą współczesny pozytywizm dodaje się tezę o swobodnym uznaniu. Zgodnie z nią w każdym systemie prawnym występują sprawy, w przypadku których żadna decyzja nie jest podyktowana przez prawo, a zatem każde prawo jest częściowo nieokreślone lub niezupełne – zob. H.L.A. Hart, *Nowe wyzwanie dla pozytywizmu prawniczego*, tłum. A. Grabowski, Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej 2014, nr 2 (9), s. 7. Tezy tej jednak nie będziemy analizować.

¹⁸ Zob. H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, tłum. J. Woleński, Warszawa 1998, s. 360 i n. Na temat rozumienia tej drugiej tezy i nieporozumień z nią związanych zob. J. Raz, *The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism* (w:) G. Pavlakos (ed.) *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford–Portland 2007, s. 17–36.

¹⁹ M.H. Kramer, *Dogmas and Distortions: Legal Positivism Defended*, Oxford Journal of Legal Studies 2001, Vol. 21, No. 4, s. 679. Jest to współczesna parafraza znanej tezy Johna Austina „The existence of law is one thing; its merit or demerit another”. Zob. także T. Campbell, *The Legal Theory...*, *passim*. Andrei Marmor tezę o rozdziale formułuje następująco: „Determining what the law is does not necessarily, or conceptually, depend on moral or other evaluative considerations what the law ought to be in the relevant circumstances” – A. Marmor, *Positive Law and Objective Values*, Oxford 2001, s. 71. To sformułowanie znalazło aprobatę J. Raza, *The Argument...*, s. 21.

²⁰ W literaturze polskiej zob. m.in. L. Morawski, *Pozytywizm „twardy”...*, s. 319–346; A. Dyrda, *Pozytywizm...*, s. 5–36; A. Grabowski, *Inkluzywny pozytywizm prawniczy (uwagi do aktualnej dyskusji)*, Państwo i Prawo 2011, z. 11, s. 18 i n. wraz z przywołaną tam literaturą.

Nie jest przy tym zapewne tak, że tylko pozytywistyczne teorie prawa mogą być teoriami analitycznymi, a ponadto że wszystkie teorie pozytywistyczne z konieczności muszą być teoriami analitycznymi. Często jest tak, że empiryczne teorie prawa niejako zakładają pozytywizm prawniczy jako swój punkt wyjścia, gdyż na ogół delimitują obszar swojego zainteresowania poprzez zastosowanie pozytywistycznych kryteriów rozpoznawania prawa²¹. Zatem postawienie znaku równości między określeniami „teoria analityczna” i „teoria pozytywistyczna” jest raczej mniej lub bardziej arbitralną decyzją, determinującą przedmiot badań niż tezę metateoretyczną, zdającą sprawę ze stosunku zakresowego zachodzącego między tymi dwoma określeniami. W rozdziale II w związku z zagadnieniem uniwersalności teorii prawa uwzględnimy takie teorie, które, choć deklarują się jako pozytywistyczne, to jednak nie mają charakteru analitycznego. Należy wskazać także na to, że teorie pozytywistyczne często są skłonne do ograniczenia zakresu swojego zainteresowania do *municipal law*, tj. prawa pochodzącego w jakimś sensie od państwa (oraz, ewentualnie, prawa międzynarodowego), a rzadko podejmują problematykę norm pozapaństwowych, uznawanych za normy prawne²².

Wyjaśnienia wymaga także określenie „krytyka”, zawarte w podtytule. Otóż nie jest tak, że założonym celem naszego przedsięwzięcia jest wykazanie, że analityczne teorie prawa, a przynajmniej teorie należące do nurtu pozytywistycznego, przyjmują błędną metafizologię czy metodologię lub formułują fałszywe twierdzenia. Mówiąc o krytyce pozytywistycznych teorii prawa, mamy raczej zamiśl rozważenia zadań poznawczych, jakie one sobie stawiają, i metod, za pomocą których zadania te realizują w celu zbadania, czy są one wykonalne, a metody – adekwatne do ich realizacji, a także zamiśl rozważenia metodologicznego statusu tych teorii oraz ujawnienia ich założeń metafizologicznych. Nie jest zatem naszym zamiarem podjęcie krytycznej polemiki z pozytywistycznymi teoriami prawa z punktu widzenia jakiejś innej, nieanalitycznej lub niepozytywistycznej teorii prawa. Chodzi nam raczej o próbę dokładniejszego zrozumienia natury przedsięwzięcia, którego podję-

²¹ Zob. B. Leiter, *Realism, Hard Positivism and Conceptual Analysis*, Legal Theory 1998, Vol. 4, No. 4, *passim* oraz J.L. Coleman, *Methodology* (w:) J. Coleman, S. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford 2002, s. 348. Zob. także stanowiska Briana Z. Tamanahy i Williama Twininga, omówione w rozdziale II.

²² Zob. szczegółowo na ten temat odpowiednie uwagi rozdziału II.

ły się teorie pozytywistyczne. Rozważania nie będą więc zakładały jako swojej podstawy żadnej określonej teorii prawa, a zostaną poświęcone zwłaszcza wewnętrznej, a nie zewnętrznej, krytyce teorii pozytywistycznych.

I wreszcie ostatnie zastrzeżenie. Tekst tej monografii często odwołuje się do pojęć, koncepcji i teorii z dziedzin filozofii współczesnej, zwłaszcza metafizyki, filozofii języka i metafizyki analitycznej. Jak wiadomo, w dziedzinach tych toczą się zażarte spory, a niemal wszystkie proponowane ujęcia są przedmiotem kontrowersji. Nie jesteśmy w stanie omówić wszystkich tych kontrowersji ani przytoczyć wszystkich argumentów przemawiających za poszczególnymi stanowiskami. Jesteśmy zmuszeni do dokonania pewnych wyborów, które z punktu widzenia Czytelnika mogą być postrzegane jako wybory arbitralne. Dla klarowności wyводу będziemy także zmuszeni do dokonania pewnych uproszczeń złożonych problemów filozoficznych i metafizycznych, a mianowicie w tych przypadkach, kiedy uproszczenia te nie będą, w naszym przekonaniu, negatywnie wpływały na wnioski dotyczące analitycznych teorii prawa. Inaczej bowiem opracowanie to musiałoby mieć nieporównywalnie większą objętość.

Na zakończenie należy również odnotować, że w dużej mierze odmienny charakter ma ostatni rozdział książki, poświęcony przedstawieniu stanowiska postpozytywistycznego. Specyficzność tego rozdziału bierze się głównie stąd, że postpozytywizm prawniczy jest teorią prawa *in statu nascendi*, rozwijaną od kilkunastu lat przez filozofów prawa należących nie tylko do anglosaskiej kultury prawnej, lecz także do innych kultur europejskich. Wprawdzie autorzy postpozytywistyczni z reguły bezpośrednio nie uczestniczą w głównie pozytywistycznych debatach metateoretycznych i metodologicznych, do których nawiązuje treść wcześniejszych rozdziałów, niemniej jednak postpozytywizm prawniczy przedstawia wiele propozycji rozwiązań problemów identycznych do tych, których analizę przedstawiamy wcześniej. Są to przy tym propozycje podobne do pozostałych – w tym sensie, że ich autorami również są analityczni filozofowie prawa, którzy jednak w ramach koncepcji postpozytywistycznej pragną doprowadzić do zmiany paradygmatu uprawiania teorii prawa, konstruując kolejną teorię prawa „trzeciej drogi”, pozycjonującą się między pozytywizmem prawniczym a iusnaturalizmem. Dodajmy, że prezentacja poglądów postpozytywistycznych zrekonstruowanych w ostatnim rozdziale książki nie oznacza, że tę nową teorię prawa uznajemy

w jakimkolwiek sensie za „lepszą” od innych, zgodnie bowiem z przyjętą metodą analizy, w całym opracowaniu powstrzymujemy się od merytorycznych ocen omawianych w niej poglądów i koncepcji teoretycznoprawnych, skupiając się na ich aspektach metafizycznych i metodologicznych.

Książka ta jest jednym z rezultatów projektu badawczego „Granice analitycznych teorii prawa” prowadzonego na podstawie grantu w konkursie OPUS 5, przyznanego przez Narodowe Centrum Nauki (no DEC-2013/09/B/HS5/01023).

Chcielibyśmy traktować tę książkę jako nasze wspólne dzieło, choć wkład współautorów w poszczególne rozdziały był nierówny. Tomasz Gizbert-Studnicki przyjął zasadniczą odpowiedzialność za rozdział I i II, Adam Dyrda za rozdział III, a Andrzej Grabowski za rozdział IV. Każdy z nas jednak poprzez liczne dyskusje, komentarze i uwagi wpłynął na kształt całej pracy.

Wielkie znaczenie miała dla nas pomoc pozostałych członków zespołu: Krzysztofa Płeszki, Pawła Banasia i Bartosza Janika. Dyskusje z nimi, szczegółowe komentarze przedstawione przez nich do kolejnych wersji tekstu, udostępnione nam analizy poszczególnych zagadnień i wskazówki bibliograficzne w znacznej mierze wpłynęły na ostateczną postać pracy i pozwoliły nam na uniknięcie wielu błędów i uproszczeń. Naszym współpracownikom składamy zatem serdeczne podziękowania.

Wyrazy wdzięczności należą się także Profesorowi Marcinowi Matczakowi za wnikliwą recenzję wydawniczą. Jego uwagi pozwoliły nam na eliminację wielu usterek. Oczywiście odpowiedzialność za ostateczny kształt książki spoczywa wyłącznie na jej autorach.

Tomasz Gizbert-Studnicki
Adam Dyrda
Andrzej Grabowski

Rozdział I

Teoria prawa między analitycznością a empirycznością

1. Zamiast wstępu: Wielopłaszczyznowa koncepcja prawa w tradycji polskiej teorii prawa

Rozróżnienie analitycznych i empirycznych teorii prawa wydaje się oczywistością. W polskiej nauce prawa – rozumiane zwykle jako rozróżnienie teorii komplementarnych, a nie wykluczających się – wiązało się ono z tzw. wielopłaszczyznową koncepcją prawa, ujmującą prawo jako złożony fenomen. Wedle tej koncepcji całościowy ogląd prawa wymaga uwzględnienia jego językowych, społecznych i psychologicznych aspektów (sporne natomiast pozostawało wyodrębnienie aspektu aksjologicznego). W związku z tym postulowano wyróżnienie co najmniej trzech płaszczyzn badania prawa: językowej, socjologicznej i psychologicznej, a przy tym wyszczególniano ich ontologiczne i metodologiczne rozumienie²³. Twierdzono, że teorie odwołujące się tylko do jednej z tych płaszczyzn (a więc redukujące prawo wyłącznie do tekstów, zachowań ludzkich lub przeżyć psychicznych, względnie postulujące stosowanie tylko jednej metody) nie mogą rościć pretensji do stanowienia całościowych czy pełnych teorii prawa, gdyż nie dają całościowego oglądu prawa i pomijają ważne jego aspekty. Zadowalającą teorię prawa mogą stanowić dopiero ujęcia uwzględniające wszystkie wyróżnione płaszczyzny.

Wielopłaszczyznowa koncepcja prawa niewątpliwie uwzględnia wiele zdrojoworządkowych intuicji prawniczych. Nikt bowiem nie może rozsądnie

²³ O genezie koncepcji wielopłaszczyznowej zob. J. Woleński, *Z zagadnień...*, s. 186 i n. – który uważa, że koncepcja ta miała charakter filozoficzny, a nie teoretyczny.

zaprzeczyć, że prawnika teoretyka interesują zarówno teksty prawne, jak i zachowania społeczne oraz przeżycia psychiczne. W naszym jednak przekonaniu koncepcja ta nie wyszła z preteoretycznego stadium, gdyż nie była w stanie udzielić odpowiedzi na pytanie o naturę związków między poszczególnymi płaszczyznami, które miały wspólnie konstytuować prawo (a w szczególności między socjologicznym i psychologicznym aspektem prawa – z jednej strony – a jego aspektem językowym – z drugiej)²⁴. Odwołanie się do wyrażenia „płaszczyzna” ma oczywiście charakter metafory i nie może zastąpić adekwatnej eksplikacji. Wielopłaszczyznowa koncepcja prawa nie była więc w stanie udzielić takiej odpowiedzi na pytanie, co to jest prawo, która łączyłaby ze sobą w spójną całość wszystkie wyróżnione płaszczyzny. Z punktu widzenia omawianego przeciwstawienia teorii empirycznych teorii analitycznym istotne jest to, iż zakładano, że badania prowadzone w płaszczyźnie językowej mają charakter analityczny. Miało to przesądzać o tym, że ich wyniki są formułowane jako zdania analityczne, podczas gdy badania w płaszczyźnie socjologicznej i psychologicznej mają charakter empiryczny (a więc ich wyniki są formułowane jako aposterioryczne zdania syntetyczne, składające się na empiryczną teorię prawa)²⁵.

2. Analityczność – syntetyczność

Porzućmy więc tę odchodzącą w cień tradycję polskiej teorii prawa i przyjrzyjmy się w bardziej systematyczny sposób, na czym polega przeciwstawienie analitycznych i empirycznych teorii prawa. W anglosaskiej tradycji *general jurisprudence* nie łączy się go z rozważaniami na temat ontologicznej złożoności prawa, stąd też spojrzenie na *general jurisprudence* z perspektywy specyficznie polskiej koncepcji wielopłaszczyznowości prawa mogłoby być mylące.

²⁴ Zdaniem Kazimierza Opalka prawoznawstwo zajmuje się dwoma odrębnymi przedmiotami: normami jako wypowiedziami języka i normami jako zjawiskami społecznymi i psychologicznymi, zatem płaszczyzny językowa i zjawiskowa są autonomiczne – K. Opalek, *Przedmiot prawoznawstwa a problem tzw. płaszczyzn prawa*, Państwo i Prawo 1969, z. 6, s. 983–995. Trafnie o zagadnieniach ontologicznych H. Jakubiec, *Ontologia a wielopłaszczyznowa teoria prawa*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Nauk Politycznych 1979, z. 12, s. 105 i n. Zob. także K. Opalek, J. Wróblewski, *Prawo. Metodologia, filozofia, teoria prawa*, Warszawa 1991, s. 86 i n.

²⁵ Zob. H. Jakubiec, *Ontologia...*, s. 112; K. Opalek, *Zagadnienia teorii prawa i teorii polityki*, Warszawa 1983, s. 75, a z nowszej literatury – A. Kozak, *Myślenie analityczne...*, s. 71.

Drugi człon wskazanego przeciwstawienia (teorie empiryczne) wydaje się dość jasny. Poważne trudności związane są jednak z każdą próbą charakterystyki członu pierwszego. Rzecz jasna, przeciwstawienie teorii analitycznych i teorii empirycznych nie jest dzieckiem prawoznawstwa, lecz owocem filozofii. Przeciwstawienie to może być rozumiane co najmniej dwojako: w sposób apragmatyczny i pragmatyczny. Apragmatyczne rozumienie tego rozróżnienia odwołuje się do statusu twierdzeń, składających się na poszczególne teorie. Teorie analityczne to teorie zawierające wyłącznie zdania analityczne, teorie empiryczne zaś to teorie, w których skład wchodzi zarówno zdania syntetyczne, jak i analityczne. Natomiast w rozumieniu pragmatycznym tego rozróżnienia nacisk położony jest na metody uzasadniania twierdzeń teorii. Teorie empiryczne to teorie, które w uzasadnieniu swych twierdzeń odwołują się do metod empirycznych, natomiast teorie analityczne to teorie, które stosują wyłącznie metody analityczne, a w szczególności analizę pojęciową (co nie przesądza jeszcze o statusie formułowanych przez nie zdań).

Zajmijmy się w pierwszej kolejności apragmatycznym rozumieniem tego rozróżnienia. Jego kryterium odwołuje się do podziału zdań na analityczne i syntetyczne. Na pierwszy rzut oka człony dychotomii: analityczna teoria prawa – empiryczna teoria prawa można scharakteryzować następująco. Analityczne teorie prawa to te, które formułują zdania analityczne (prawdziwe lub fałszywe na mocy znaczeń występujących w nich wyrazów)²⁶, natomiast empiryczne teorie prawa to te, które formułują zdania syntetyczne (prawdziwe lub fałszywe z uwagi na zgodność lub niezgodność z faktami zewnętrznego wobec języka świata, danymi nam w doświadczeniu; chodzi więc o zdania *a posteriori*), choć mogą w nich występować także zdania analityczne²⁷. Ta uproszczona charakterystyka natychmiast wywołuje cały szereg istotnych wątpliwości i zastrzeżeń. Wskażmy na najważniejsze z nich.

²⁶ A. Kozak, *Myślenie analityczne...*, s. 71.

²⁷ Kazimierz Opalek i Jerzy Wróblewski wskazują na to, że jeśli chodzi o zagadnienia socjologiczne i psychologiczne związane z prawem, w dziedzinie prawoznawstwa można zaobserwować zarówno podejście zgodne z modelem socjologii i psychologii empirycznej, jak i socjologii i psychologii „rozumiejącej”, w której metodologiczne reguły empiryzmu są mocno złagodzone – K. Opalek, J. Wróblewski, *Prawo...*, s. 44 i n.

Rozróżnienie zdań analitycznych i syntetycznych zostało poddane przez Willarda Van Ormana Quine'a powszechnie znanej krytyce²⁸, która znajduje swoje *clou* w słynnej metaforze:

Wiedza naszych ojców jest tkaniną utkaną ze zdań. W naszych rękach ona się rozwija i zmienia na drodze mniej lub bardziej dowolnych i świadomych rewizji i uzupełnień, na które wpływa mniej lub bardziej pośrednio nieprzerwany ciąg naszych doznań zmysłowych. Jest to tkanina szara, biorąca czerń od faktów i biel od konwencji. Nie znajdują jednak rzeczywistych powodów, by mniemać, że są w niej nici całkiem czarne lub też całkiem białe²⁹.

Konsekwencją Quine'owskiej krytyki dogmatów empiryzmu jest odrzucenie dychotomii teorii analitycznych i empirycznych³⁰. Nie istnieje żadna domena koniecznych prawd analitycznych *a priori*, która miałaby być polem badawczym teorii analitycznych. Nie sposób jest przeprowadzić demarkacji pomiędzy twierdzeniami prawdziwymi z uwagi na aposterioryczne dane doświadczenia a twierdzeniami apriorycznymi, prawdziwymi z uwagi na znaczenie użytych w nich wyrazów. Nie jest przy tym oczywiste, czy Quine przyjmuje mocne rozumienie swojej tezy („Rozróżnienie zdań analitycznych i syntetycznych jest bezzasadne”), czy też rozumienie słabsze („Nie sposób podać zadowalającego kryterium tego rozróżnienia, a zatem filozofia może je przyjąć tylko jako akt wiary”)³¹.

²⁸ W.V.O. Quine, *Z punktu widzenia logiki. Eseje logiczno-filozoficzne*, tłum. B. Stanosz, Warszawa, 1969, s. 35 i n. Kenneth E. Himma wskazuje, że nie jest jasne, jak mocna jest teza Quine'a. W jednej interpretacji głosi ona, że rozróżnienie zdań analitycznych i syntetycznych jest pozbawione podstaw i musi zostać porzucone. W słabszej zaś interpretacji głosi ona tylko to, że nie jesteśmy w stanie podać rygorystycznego kryterium tego rozróżnienia – K.E. Himma, *Reconsidering a Dogma: Conceptual Analysis, the Linguistic Naturalistic Turn, and Legal Philosophy* (w:) M. Freeman, R. Harrison (eds.), *Law and Philosophy: Current Legal Issues Volume 10*, Oxford 2008, s. 8. Należy jednak nadmienić, że można spotkać dobrze uargumentowane obrony rozróżnienia: analityczne – syntetyczne; zob. np. G. Russell, *Truth in Virtue of Meaning: A Defence of the Analytic/Synthetic Distinction*, Oxford 2008, s. 30 i n.

²⁹ W.V. Quine, *Carnap and Logical Truth* (w:) B.H. Kazemier, D. Vuysje (eds.), *Logic and Language: Studies Dedicated to Professor Rudolf Carnap on the Occasion of His Seventieth Birthday*, Dordrecht 1962, s. 61; B. Stanosz, *Słowo wstępne* (w:) W.V. Quine, *Z punktu widzenia...*, s. XXI.

³⁰ Zob. szczegółowe omówienie historii zagadnienia analityczności oraz argumentów Quine'a i jego oponentów – C. Juhl, E. Loomis, *Analyticity*, London–New York 2010, *passim*.

³¹ O różnych możliwych interpretacjach tezy Quine'a zob. H.P. Grice, P.F. Strawson, *In Defense of a Dogma*, *The Philosophical Review* 1956, Vol. 65, No. 2, s. 143. Zob. także P.A. Boghossian, *Analyticity* (w:) B. Hale, C. Wright (eds.), *A Companion to the Philosophy of Language*, Oxford 1997, s. 340.

Quine'owski holizm głosi w związku z tym, że trybunałowi doświadczenia podlegają teorie jako całość, a nie poszczególne ich twierdzenia. Niezgodność twierdzenia z doświadczeniem może być wyeliminowana nie tylko przez odrzucenie tego twierdzenia, ale także przez odpowiednią modyfikację całej teorii (w tym jej aparatury pojęciowej), do której to twierdzenie należy. Zatem nawet twierdzenia uważane dotychczas za analityczne podlegają rewizji odwołującej się do doświadczenia, tyle tylko że (używając języka Quine'a) pozostają one w dalszej odległości od doświadczenia. Niektóre twierdzenia, stojące blisko doświadczenia jesteśmy skłonni odrzucić, jeżeli są niezgodne z danymi doświadczalnymi. Inne, stojące dalej jesteśmy skłonni w takiej sytuacji raczej utrzymać, za cenę odpowiedniej modyfikacji naszej aparatury pojęciowej.

Jak wskazuje Jules L. Coleman, Quine'owski holizm ma ważne konsekwencje także dla teorii prawa³². Po pierwsze, skoro wszystkie twierdzenia podlegają trybunałowi doświadczenia, nie może istnieć specyficzna nieempiryczna domena filozoficzna analizy. Jeżeli nie istnieją prawdy analityczne, to nie istnieją także prawdy pojęciowe, a zatem nie istnieje nic takiego, co jest koniecznie prawdziwe w odniesieniu do naszych pojęć sztuki czy prawa. Po drugie, skoro prawdziwość twierdzeń jest zakotwiczona w całej teorii, to musimy porzucić myśl, że pojęcia są nośnikami znaczeń, które determinują znaczenia zdań. Tylko język jako całość determinuje znaczenia, a jego części składowe uzyskują znaczenia z kontekstu swojego miejsca w języku³³.

Jeszcze bardziej radykalne wnioski wyciąga Brian Leiter, który uważa, że odrzucenie dychotomii zdań analitycznych i syntetycznych zmusza do porzucenia analizy pojęciowej jako metody badawczej, i przez to skazuje teorię

³² J.L. Coleman, *Methodology*, s. 345 i n. Tomasz Pietrzykowski zauważa, że Quine'owska krytyka wywarła bardzo mały wpływ na analizę pojęciową w teorii prawa – T. Pietrzykowski, *The Nature and Limits of Conceptual Truths* (w:) M.A. Jovanović, B. Spaić (eds.), *Jurisprudence and Political Philosophy in the 21st Century: Reassessing Legacies*, Frankfurt am Main 2012, s. 37.

³³ Coleman nie twierdzi jednak, że teoria pojęciowa (analityczna) traci przez to rację bytu. Stawia on tezę, że znaturalizowana jurisprudencja z konieczności musi przyjąć pewne pojęcie prawa, wypracowane w drodze analizy pojęciowej (zob. o tym niżej) – J.L. Coleman, *Metodology*, s. 347 i n.

prawa na naturalizację, która prowadzi do absorpcji tej teorii przez nauki społeczne³⁴. Píše on, że:

(...) odrzucenie twierdzeń analitycznych oznacza też odrzucenie analizy pojęciowej; skoro każde twierdzenie wyprowadzone przy pomocy analizy pojęciowej podlega wymaganiom nakładanym przez teorie aposterioryczne (tj. empiryczne), filozofia musi postępować w zgodzie z nimi – i to nie w roli arbitra, oceniającego jej twierdzenia, lecz raczej refleksyjnie podejmując próbę ogólnego rozjaśnienia danego stanu wiedzy empirycznej³⁵.

Filozofia prawa w takim ujęciu sprowadzałaby się zatem do refleksji nad postawami empirycznej teorii prawa.

Hilary Putnam wykazał jednak, że akceptacja Quine’owskiego holizmu nie musi nas prowadzić do całkowitego porzucenia rozróżnienia zdań analitycznych i zdań syntetycznych, pod warunkiem że nie będziemy go traktowali jako dychotomii. Bywają bowiem zdania (a nawet bardzo obszerna klasa takich zdań), które wymykają się temu podziałowi³⁶. Trywialnie analityczne jest np. zdanie: „Wszyscy kawalerowie są nieżonaci”. Jest ono odporne na rewizję (pomijając trywialny rodzaj rewizji, polegający na niezamierzonych historycznych zmianach języka)³⁷. Z kolei trywialnie syntetyczne jest np. zdanie: „Na tym stole leży jakaś książka”. Nie jest ono odporne na rewizję, opierającą się na świadectwie zmysłów, nawet jeżeli się założy, że użytkownicy języka używają w tym zdaniu wszystkich słów w tym samym znaczeniu. Jak wykazuje Putnam, pomiędzy tymi dwoma zdaniami leży *continuum* zdań, które nie są trywialnie analityczne ani trywialnie syntetyczne, przy czym, przynajmniej jeśli chodzi o język naturalny:

³⁴ B. Leiter, *Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence* (w:) *idem, Naturalizing Jurisprudence: Essays in American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford 2007, s. 153. W późniejszych pracach Leiter złagodził swoje stanowisko.

³⁵ *Ibidem*. Zob. także B. Leiter, *Naturalism in Legal Philosophy* (w:) E.N. Zalta (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2014 ed.), <http://plato.stanford.edu/entries/lawphil-naturalism/>.

³⁶ H. Putnam, *Wiele twarzy realizmu i inne eseje*, tłum. A. Grobler, Warszawa 1998, s. 12.

³⁷ Himma wskazuje, że zdania analityczne zależą od faktów empirycznych tylko w trywialny sposób, a mianowicie od faktycznego istnienia konwencji językowej, na której się opierają – K.E. Himma, *Reconsidering a Dogma...*, s. 3.

(...) kłopoty z rozróżnieniem: analityczne – syntetyczne, pojmowanym jako dychotomia, są o wiele poważniejsze niż zwykła nieostrość podziału³⁸.

Dla Putnama zdaniami analitycznymi są zdania, które wszyscy akceptujemy i których nie uzasadniamy – „To właśnie mamy na myśli, mówiąc, że są one prawdziwe na mocy «milczącej umowy»”³⁹. Zatem zbiór zdań czysto analitycznych w danym języku jest przez Putnama zakreślony wąsko.

Jeszcze w innym kierunku idzie Paul Boghossian, który akceptuje Quine’owską krytykę rozróżnienia zdań analitycznych i syntetycznych, lecz twierdzi, że rozróżnienie to da się utrzymać w wersji epistemologicznej (a nie w wersji określanej przez Boghossiana jako „metafizyczna”). Zdanie jest epistemologicznie analityczne, „if the grasp of its meaning can suffice for justified belief in the truth of the proposition it expresses”⁴⁰. Analityczność epistemologiczna odnosi się zatem bezpośrednio nie do prawdziwości zdania, ale do wyrażanej przez to zdanie wiedzy (uzasadnionego przekonania) o prawdziwości sądu, która jest oparta na rozumieniu tego zdania.

Zauważmy jednak, że zarówno akceptacja poglądu Quine’a (odrzucającego rozróżnienie zdań analitycznych i syntetycznych), jak i Putnama (który to rozróżnienie utrzymuje, ale kosztem rezygnacji z dychotomii), a także epistemiczne ujęcie analityczności przez Boghossiana prowadzi do daleko sięgających skutków dla rozróżnienia empirycznej i analitycznej teorii prawa. W szczególności teza, zgodnie z którą rezultatem uprawiania analitycznej teorii prawa są zdania analityczne, staje się niemożliwa do utrzymania. Jest to oczywiste dla tych, którzy akceptują Quine’owską krytykę tradycyjnego rozróżnienia. Ale nawet ci, którzy akceptują złagodzoną Putnamowską wersję, zapewne nie zgodzą się z tym, że analityczna teoria prawa formułuje zdania analityczne w sensie Putnama, tj. takie, które wszyscy akceptujemy i których nie uzasadniamy. Uwagę tę można odnieść także do epistemicznego rozumienia analityczności przez Boghossiana. Niewątpliwie istnieje

³⁸ H. Putnam, *Wiele twarzy...*, s. 52.

³⁹ *Ibidem*, s. 59.

⁴⁰ P. Boghossian, *Analyticity*, s. 334. W jednej z nowszych prac autor ten epistemologiczne pojęcie analityczności zdań definiuje następująco: „A sentence S is epistemically analytic iff it is possible to know (justifiably believe) that S is true merely by virtue of understanding S’s meaning” – *idem*, abstrakt referatu „Epistemic Analyticity. Intuition and the A Priori”, wygłoszonego podczas LanCog Workshop on Analyticity, Lisbona, wrzesień 2014.

zasadnicza różnica między takimi zdaniami, jak „Wszyscy kawalerowie są nieżonatymi mężczyznami” (spełniającymi Putnamowskie kryteria dla zdań analitycznych) a zdaniami formułowanymi przez analityczną teorię prawa, np. „Prawo zawiera reguły pierwotne i wtórne”. Nikt zapewne nie utrzymuje, że to ostatnie zdanie jest akceptowane przez wszystkich jako trywialne i niewymagające uzasadnienia. A zatem wedle Putnamowskiej koncepcji zdanie to nie jest analityczne, choć niekoniecznie jest „czystym” przykładem zdania syntetycznego. Teoria prawa, stawiająca sobie zadanie formułowania wyłącznie zdań analitycznych w wąskim Putnamowskim sensie byłaby przedsięwzięciem mało ambitnym i przez to całkowicie nieinteresującym⁴¹. Najwyżej można by uznać, że teoria prawa formułuje zdania, które na *continuum* pomiędzy „czystymi” zdaniami analitycznymi a „czystymi” zdaniami syntetycznymi leżą bliżej bieguna czystej analityczności. Jednakże upadłoby wtedy rozróżnienie analitycznych i empirycznych teorii prawa, pojmowane jako dychotomia. Musiałoby ono zostać zastąpione jakimś rodzajem typologii, a poszczególne teorie prawa układałyby się w rodzaj *continuum*, w zależności od poziomu zawartości analitycznej.

Jeśli chodzi o epistemologiczną koncepcję analityczności Boghossiana, sprawa jest bardziej złożona. Koncepcja ta bowiem jako kryterium analityczności traktuje odpowiedź na pytanie, czy rozumienie zdania jest wystarczające dla uznania przekonania, że zdanie to jest prawdziwe (a zatem: czy rozumienie zdania gwarantuje jego akceptację). Wiele zależy tu od sposobu pojmowania rozumienia. Przy przyjęciu słabego pojęcia rozumienia – rozumie wyraz oznaczający dane pojęcie ten, kto potrafi nim się posługiwać w zwykłych sytuacjach komunikacji językowej. Takie rozumienie powoduje, że epistemologicznie analityczne są tylko zdania trywialne (rodzaju: „Każdy kawaler jest nieżonaty”), a zatem zbiór zdań epistemologicznie analitycznych w praktyce zapewne jest równoważny zdaniom analitycznym w sensie Putnamowskim,

⁴¹ Zob. krytykę koncepcji Boghossiana – E. Margolis, S. Laurence, *Boghossian on Analyticity*, Analysis 2001, Vol. 61, No. 4, s. 293–302. Zob. także T. Williamson, *The Philosophy of Philosophy*, Oxford 2007, s. 48 i n. – który w kwestii rozróżnienia metafizycznych i epistemologicznych koncepcji analityczności stwierdza: „(...) philosophical truths are analytical at most in senses too weak to be of much explanatory value or to justify conceiving contemporary philosophy in terms of a linguistic or conceptual truth”. Krytyka tego poglądu – M. Balcerak Jackson, B. Balcerak Jackson, *Understanding and Philosophical Methodology*, Philosophical Studies 2012, Vol. 161, Iss. 2, s. 195 i n. Zob. ponadto o koncepcji Boghossiana – G. Russell, *Truth...*, s. 30 i n.

a więc – z punktu widzenia zadań analitycznej teorii prawa – mało interesujący. Jeżeli natomiast przyjmiemy mocne znaczenie rozumienia (rozumie wyraz oznaczający dane pojęcie taki racjonalny podmiot, który ma zdolność zastosowania tego pojęcia do wszelkich rzeczywistych i możliwych przypadków oraz zdolność do przeprowadzania wszelkich rozumowań przy użyciu tego pojęcia), wówczas zbiór zdań epistemologicznie analitycznych zapewne będzie zawierał także zdania nietrywialne. Powstanie natomiast pytanie, czy zastosowanie wskazanych zdolności może się opierać wyłącznie na wiedzy apriorycznej, czy też musi się odwoływać do wiedzy empirycznej (np. do wiedzy o aposteriorycznie koniecznych właściwościach desygnatów danego wyrazu), a więc czy tak uznane zdania spełniają definicję analityczności epistemologicznej.

Należy zresztą zauważyć (co zostanie szczegółowo opisane), że zwolennicy analitycznych teorii prawa przywiązują bardzo małą wagę do wykazania, że formułowane przez nich twierdzenia mają charakter analityczny w jakimkolwiek rozumieniu, a nawet sprzeciwiają się uznaniu tych twierdzeń za wynikające ze znaczenia wyrazu „prawo” i innych wyrazów pokrewnych. Z całą pewnością sprzeciwiają się przy tym uznaniu formułowanych przez siebie zdań za zdania akceptowane przez wszystkich i niewymagające uzasadnienia, a także jako zdań, których rozumienie przesądza o uznaniu ich za uzasadnione. Zresztą – jak twierdzą John Oberdiek i Dennis Patterson – nawet akceptacja stanowiska Quine’a nie zmusza do zakwestionowania legitymacji analizy pojęciowej. Wskazują oni przy tym na różne typy analizy pojęciowej niedotknięte Quine’owską krytyką, w tym na analizę w duchu tzw. Planu Canberry, analizę terapeutyczną, zmierzającą do eliminacji twierdzeń nonsensownych i jeszcze inne⁴². Do kwestii tej wrócimy w zakończeniu tego rozdziału. Analiza pojęciowa w dziedzinie *general jurisprudence* nie może być jednak (i *de facto* nie jest) pojmowana jako zmierzająca do wykrycia i uzasadnienia wyłącznie zdań analitycznych o prawie, w jakimkolwiek rozumieniu analityczności.

Zatem Quine’owskie odrzucenie dychotomii zdań analitycznych i syntetycznych zmusza analityczne teorie prawa do wyboru jednej z dwu alternatywnych dróg. Teorie te mogą zignorować wyzwanie Quine’a, albo

⁴² J. Oberdiek, D. Patterson, *Moral Evaluation...*, s. 16 i n.

też ukształtować analizę pojęciową w taki sposób, aby nie musiała ona tej dychotomii zakładać⁴³. Jak się okaże, analityczne teorie prawa niemal bez wyjątku wybierają drugą drogę. Dzieje się tak niezależnie od tego, w jakiej mierze ich twórcy są świadomi Quine'owskiego wyzwania. Zatem całkowita naturalizacja teorii prawa w duchu proponowanym przez Leitera nie jest jedynym wyjściem; nawet naturalizacja wymaga wykonania uprzedniej pracy pojęciowej⁴⁴.

3. Ukąszenie semantyczne

Nawet jednak ci, którzy *implicite* lub *explicite* ignorują lub odrzucają Quine'owską krytykę rozróżnienia zdań analitycznych i syntetycznych, napotykać na poważne trudności w uzasadnieniu tezy, zgodnie z którą prawdziwość zdań formułowanych przez analityczną teorię prawa opiera się na znaczeniu użytych w niej wyrażen, w szczególności wyrazu „prawo”. Ci, którzy w ten sposób rozumieliby analityczność teorii prawa, byłiby bezpośrednio narażeni na zarzut „ukąszenia semantycznego”. Jak wiadomo, został on sformułowany pod adresem analitycznych teorii prawa przez Ronalda Dworkina⁴⁵. W pewnym uproszczeniu (jak sądzimy: dopuszczalnym z uwagi na cel tego opracowania) zarzut ten można sformułować następująco⁴⁶.

„Semantyczne teorie prawa” w ujęciu Dworkina to takie teorie, które twierdzą, iż samo znaczenie słowa „prawo” czyni identyfikację prawa zależną od pewnych określonych kryteriów⁴⁷. Teorie te zakładają semantykę kryterialną, tzn. przyjmują pogląd, że:

Używając jakichkolwiek wyrazów, kierujemy się wspólnymi regułami (...) reguły te określają kryteria, które wyznaczają znaczenie wyrazu⁴⁸.

⁴³ Zob. D. Canale, *Consequences of Pragmatic Conceptualism: On the Methodology Problem in Jurisprudence*, Ratio Juris 2009, Vol. 22, No. 2, s. 178.

⁴⁴ Jak piszą Oberdiek i Patterson: „(...) little in jurisprudence depends on Quine being mistaken” – J. Oberdiek, D. Patterson, *Moral Evaluation...*, s. 17.

⁴⁵ R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Mass. 1986, s. 44 i n.

⁴⁶ Opieramy się na pracy A. Dyrdy, *Konwencja u podstaw prawa. Kontrowersje pozytywizmu prawniczego*, Warszawa 2013, s. 54 i n.

⁴⁷ Do grupy teorii semantycznych Dworkin zalicza także takie teorie, które pod wpływem filozofii języka, a zwłaszcza drugiej filozofii Wittgensteina, starają się odkryć nie tyle znaczenie wyrazu „prawo”, ile jego użycie – zob. R. Dworkin, *Law's...*, s. 32–33.

⁴⁸ *Ibidem*, s. 31.

Kwestia, czy w określonym przypadku kryteria te są spełnione, jest zagadnieniem wyłącznie empirycznym, sprowadzającym się do pytania, czy zaszły fakty wskazane przez te kryteria. Teoria prawa oparta na semantyce kryterialnej musi uznać, że twierdzenia prawne (a więc twierdzenia, że pewnej osobie przysługuje określone uprawnienie lub że pewna osoba ma określone obowiązki) są uznawane jedynie na podstawie kryteriów wynikających ze znaczenia słowa „prawo”.

Fakty, od których zależy prawdziwość twierdzeń prawnych, określa Dworkin jako „podstawy prawa”. Wedle niego semantyczne teorie prawa (do których zalicza teorie pozytywistyczne, w tym teorię Harta) uznają, że podstawy te są ustalone przez reguły języka, które określają kryteria rozpoznawania prawa. Prawnik, który odrzuciłby te kryteria, naruszyłby przyjęte znaczenie wyrazu „prawo” i wynikające z niego semantyczne kryteria uznawania zdań prawnych, a zatem wypowiadałby się niedorzecznie. Jeżeli dwie różne teorie prawa wskazują na odmienne kryteria identyfikacji prawa (gdyż inaczej odtwarzają znaczenie słowa „prawo”), to nie ma między nimi rzeczywistego sporu, gdyż po prostu mówią one o różnych rzeczach (podobnie jak o różnych rzeczach mówią dwie osoby, używające wyrazu „pokój” – jedna w znaczeniu pomieszczenia, a druga w znaczeniu braku wojny)⁴⁹. W ramach jednej teorii możliwe są wyłącznie spory natury empirycznej, dotyczące tego, czy w konkretnym przypadku są spełnione kryteria wynikające ze znaczenia słowa „prawo” (a więc np. tego, czy dana ustawa została uchwalona wymaganą większością głosów), a także spory dotyczące przypadków granicznych, powstających wtedy, gdy kryteria rozpoznawania prawa są nieostre.

Nie jest natomiast możliwe powstanie sporu o charakterze określanym przez Dworkina jako „teoretyczny”. Spory teoretyczne to spory o podstawy prawa⁵⁰. W przypadku takiego sporu może być na gruncie empirycznym zgoda co do tego, co dzienniki ustaw i przeszłe orzeczenia sądów mówią np. o odpowiedzialności odszkodowawczej, ale jednocześnie może istnieć fundamentalny spór o treść prawa odszkodowań, ponieważ nie będzie zgody co do tego, czy owe dzienniki ustaw i przeszłe orzeczenia sądów wyczerpują

⁴⁹ A. Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, 2nd ed., Oxford–Portland 2005, s. 5.

⁵⁰ Marmor w swojej interpretacji poglądów Dworkina uważa, że spory teoretyczne w rozumieniu tego ostatniego to spory o warunki obowiązywania prawa. Zatem podstawy prawa to warunki obowiązywania – *ibidem*, s. 3.

wszelkie podstawy prawa, czy też istnieją inne podstawy prawa, przeważające nad tymi pierwszymi lub je uzupełniające. Powstawanie teoretycznych sporów między prawnikami (dotyczących np. tego, czy pozaustawowe zasady prawne lub idea sprawiedliwości mogą prowadzić do odmowy zastosowania językowo jasnej reguły ustawowej) to, wedle Dworkina, najbardziej istotna cecha praktyki prawniczej. Semantyczne teorie prawa nie potrafią wyjaśnić natury tych sporów, gdyż cierpią na ukąszenie semantyczne, a przez to są nieadekwatne – w tym sensie, że nie potrafią opisać i wyjaśnić praktyki prawniczej⁵¹. Można dodać, że argument ten pozostaje w mocy nawet wtedy, gdy się przyjmie, że pojęcie prawa nie jest wyczerpane przez językowe znaczenie wyrazu „prawo”, ale tylko przez to znaczenie wyznaczone⁵².

Nie jest naszym celem dokładniejsza analiza Dworkinowskiego argumentu z semantycznego ukąszenia i związanego z nim argumentu ze sporów teoretycznych, które zostały sformułowane w kontekście krytyki pozytywizmu prawniczego, a zwłaszcza teorii Harta⁵³. Należy bowiem zwrócić uwagę na to, że wspomniane spory teoretyczne w rozumieniu Dworkina mają charakter lokalny – w tym sensie, że powstają na gruncie określonego porządku prawnego, a *de facto* dotyczą podstaw decyzji sędziowskich. Odpowiedź na pytanie, czym jest prawo, jest odpowiedzią na pytanie, jakie są uprawnione podstawy decyzji sędziów, przyjęte w danym porządku prawnym⁵⁴. W języku kontynentalnej teorii prawa Dworkinowskie pytanie dotyczy więc zagadnienia obowiązywania prawa – skoro można przyjąć, że decyzja sędziowska ma się opierać na prawie obowiązującym. Czym innym są kryteria obowiązywania prawa, a czym innym kryteria stosowania pojęcia prawa⁵⁵. Spór o to, czy

⁵¹ Adam Dyrda wykazuje, że argument z semantycznego ukąszenia i argument ze sporów teoretycznych to dwa różne, częściowo niezależne od siebie argumenty – A. Dyrda, *Konwencja...*, s. 71 i n.

⁵² Tak K.E. Himma, *Reconsidering a Dogma...*, s. 8.

⁵³ Zob. szczegółową analizę tego argumentu – A. Dyrda, *Konwencja...*, s. 45–93. O rodzajach sporów zob. A. Dolcetti, G.B. Ratti, *Legal Disagreements and the Dual Nature of Law* (w:) W. Waluchow, S. Sciaraffa (eds.), *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, Oxford 2013, s. 301–321. Zob. także zasadniczą krytykę argumentu Dworkina – J.L. Coleman, O. Simchen, „Law”, *Legal Theory* 2003, Vol. 9, No. 1, s. 1–42, *passim*.

⁵⁴ Zob. A. Marmor, *Interpretation...*, s. 4.

⁵⁵ Zob. K.E. Himma, *Ambiguously Stung: Dworkin's Semantic Sting Reconfigured*, *Legal Theory* 2002, Vol. 8, No. 2, s. 160–162, a także J.L. Coleman, *The Practice of Principle: In Defence of Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford 2001, s. 181 – który twierdzi, że teza Dworkina „(...) simply confuses the notion of law as such with the notion of the law of a particular community”. Na temat stanowisk w sporze o semantyczne ukąszenie zob. V. Rodriguez-Blanco,

dana norma obowiązuje prawnie, wymaga uprzedniej identyfikacji tej normy na podstawie przyjętego pojęcia prawa⁵⁶.

Sporność kryteriów obowiązywania prawa w danym porządku prawnym nie przesądza więc jeszcze o sporności kryteriów stosowności pojęcia prawa. Nawet bowiem gdy powstaje spór co do obowiązywania pewnej normy, to oponenty w tym sporze mogą akceptować to samo pojęcie prawa⁵⁷. Nawet jeżeli w różnych porządkach prawnych powstają teoretyczne (w rozumieniu Dworkinowskim) spory o podobnym charakterze, to ich rozstrzygnięcie na gruncie jednego porządku nie przesądza o rozstrzygnięciu na gruncie innych porządków. Podstawy prawa w rozumieniu Dworkina są bowiem specyficzne dla danego porządku prawnego (choć oczywiście mogą być zbieżne w porządkach należących do tego samego kręgu kulturowego)⁵⁸. Jest przy tym sprawą oczywistą, że kryteria obowiązywania nie są wyznaczone przez znaczenie wyrazu „prawo”⁵⁹. W przeciwnym bowiem razie kryteria obowiązywania prawa w różnych porządkach podpadających pod to samo pojęcie prawa musiałyby być identyczne (albo też znaczenie wyrazu „prawo” w każdym odrębnym porządku prawnym musiałyby być różne), co wydaje się być ewidentnym empirycznym fałszem.

Każda z teorii prawa stanowiąca przedmiot krytyki Dworkina ma natomiast ambicję pozostania teorią ogólną, lub wręcz uniwersalną, a nie teorią określonego porządku prawnego. Celem ogólnej teorii prawa nie jest specyfikacja kryteriów obowiązywania prawa (i w konsekwencji: kryteriów uznawania

A Defence of Hart's Semantics as Nonambitious Conceptual Analysis, Legal Theory 2003, Vol. 9, No. 2, s. 99–124.

⁵⁶ Zob. T. Gizbert-Studnicki, A. Grabowski, *Kilka uwag o niepozytywistycznej koncepcji prawa* (w:) I. Bogucka, Z. Tobor (red.), *Prawo a wartości. Księga jubileuszowa Profesora Józefa Nowackiego*, Kraków 2003, s. 59.

⁵⁷ Łączy się to z kwestią, czy to pojęcie prawa niejako mieści w sobie pojęcie obowiązywania – jak postulują to R. Alexy, *Begriff...*, s. 44–46. Argumenty przeciwko takiemu włączeniu formułują T. Gizbert-Studnicki i A. Grabowski, *Kilka uwag...*, *passim*.

⁵⁸ Na temat tego stanowiska Dworkina zob. B. Bix, *Jurisprudence: Theory and Context*, 5th ed., Durham 2009, s. 11. Dworkin uważa, że o *law* – w przeciwieństwie do *the law* – nie można powiedzieć nic ciekawego. Zob. także krytykę argumentu z semantycznego ukąszenia przeprowadzoną przez J.L. Coleman, *Methodology*, s. 314 i n. oraz argumenty A. Marmora, *Interpretation...*, s. 5–9.

⁵⁹ Na przykład Hart w swojej teorii twierdzi tyle tylko, że dla istnienia porządku prawnego niezbędne jest istnienie *primary rule of recognition*, natomiast w żadnym stopniu nie przesądza on o treści tej reguły.

twierdzeń prawnych, czy inaczej warunków prawdziwości takich twierdzeń) w jakimś określonym porządku prawnym, np. polskim czy angielskim (o czym szczegółowo będzie jeszcze mowa), lecz odkrycie właściwości prawa wspólnych dla wszystkich porządków prawnych, a więc niezależnych od specyfiki określonego porządku.

Wewnątrz teorii prawa jako dyscypliny naukowej toczą się rozmaite spory, które chcemy określać jako teoretyczne, ale które nie są sporami teoretycznymi w rozumieniu Dworkina, gdyż nie dotyczą kryteriów obowiązywania („podstaw prawa”) w jakimś określonym porządku prawnym. Zatem argument z ukąszenia semantycznego i związany z nim argument ze sporów teoretycznych nie prowadzi do zanegowania możliwości stworzenia analitycznej (i ogólnej) teorii prawa, która składałaby się ze zdań analitycznych, ufundowanych na leksykalnym znaczeniu wyrazu „prawo”. Szkopuł jednak w tym, że – po pierwsze – teoria ta byłaby zapewne mało interesująca, gdyż miałaby niewiele do powiedzenia (trudno bowiem przypuścić, aby znaczenie wyrazu „prawo”, tak jak jest ono używane przez prawników, było wystarczająco bogate, aby można było na nim oprzeć interesujące twierdzenia), a po drugie – te teorie prawa, które uważają się za analityczne (w tym pozytywistyczna teoria Harta) sprzeciwiają się tezie, jakoby wywodziły swoje twierdzenia z leksykalnego znaczenia wyrazu „prawo”⁶⁰. Sprzeciw ten ma bardzo ważną konsekwencję, przesądza on bowiem o tym, że teorie te nie składają się ze zdań analitycznych (a dokładniej: że przynajmniej niektóre ich zasadnicze twierdzenia nie są zdaniami analitycznymi), nawet przy najbardziej liberalnym rozumieniu pojęcia zdania analitycznego.

Trzon analitycznych teorii prawa nurtu pozytywistycznego nie składa się zatem, wedle deklaracji ich twórców, z twierdzeń wywiedzionych z leksykalnego znaczenia wyrazu „prawo” i wyrazów mu pokrewnych lub uzasadnionych wyłącznie przez odwołanie się do tego znaczenia, choć teorie te takie twierdzenia mogą zawierać. Trudność w ocenie statusu teorii pozytywistycznych polega na tym, że nie definiują one pojęcia „znaczenie” czy „znaczenie leksykalne”. Ułatwia to realizację krytycznego zadania Dworkina, który

⁶⁰ Hart wyraźnie to odrzuca, pisząc: „Nothing in my book or in anything else I have written supports such an account of my theory” – H.L.A. Hart, *The Concept...*, s. 329.

imputuje pozytywistycznym teoriom prawa przyjęcie kryterialnej koncepcji znaczenia. Tak czy inaczej, celem teorii analitycznych nie jest zidentyfikowanie i odtworzenie reguł użycia wyrazu „prawo”⁶¹. Dworkinowski argument z semantycznego ukąszenia trafia zatem w próżnię, bez względu na to, jaką koncepcję znaczenia przypisze się pozytywistycznym teoriom prawa⁶².

4. Zadanie analitycznych teorii prawa

Na czym zatem polega zadanie analitycznych teorii prawa? Najogólniej można powiedzieć, że jest ono definiowane jako wyjaśnienie pojęcia prawa lub natury prawa (a nie objaśnienie znaczenia wyrazu „prawo”)⁶³. Takie sformułowanie zadania analitycznych teorii prawa wydaje się dość tajemnicze, gdyż odwołuje się do filozoficznie kontrowersyjnego określenia „pojęcie”⁶⁴. Dodatkowo, jak już wskazano, analityczne teorie prawa nie odwołują się do jakiegś określonej teorii semantycznej, a zatem używają określenia „znaczenie” w bliżej niesprecyzowanym, potocznym sensie. Nie jest więc jasno wyeksplikowane, czym się różni objaśnienie pojęcia od objaśnienia znaczenia wyrazu, wyrażającego to pojęcie. Można tylko zauważyć, że określenie „pojęcie” jest stosowane przez analityczne teorie prawa z możliwie niewielkim багаżem ontologicznym. Teorie te, choć na ogół uchylają się od bliższej eksplikacji określenia „pojęcie”, z pewnością nie opierają się na Platońskiej wizji pojęć jako obiektywnych bytów egzystujących w świecie idei⁶⁵. Z drugiej strony, teorie te wyraźnie odrzucają utożsamienie pojęć

⁶¹ Zob. T.A.O. Endicott, *Herbert Hart and the Semantic Sting* (w:) J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford–New York 2001, s. 42.

⁶² Jak pisze Raz: „It may be a sting, but an idle one. It stings no one” – J. Raz, *Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison* (w:) J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford–New York 2001, s. 2.

⁶³ Raz pisze, że jego argument za twardym pozytywizmem to „is not an argument from the ordinary sense of «law» or any other term” – J. Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford 1979, s. 50. Zob. także literaturę przywołaną niżej. Do kwestii relacji między pojęciem prawa a naturą prawa jeszcze powrócimy.

⁶⁴ Na temat różnych wersji tzw. konceptualizmu prawniczego zob. M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Kraków 2000, s. 217 i n. O wieloznaczności wyrazu „pojęcie” (*concept*) zob. D. Marconi, *Concepts: Too Heavy a Burden* (w:) D. Moyal-Sharrock, V. Munz, A. Coliva (eds.), *Mind, Language, and Action: Proceedings of the 36th International Wittgenstein Symposium, Kirchberg Am Wechsel, Austria 2013*, Berlin 2015, s. 497–522.

⁶⁵ Pokreśla to B.H. Bix, *Joseph Raz and Conceptual Analysis*, APA Newsletter on Philosophy and Law 2007, Vol. 06, No. 2, s. 2. O możliwych rozumieniach wyrazu „pojęcie” w kontekście teorii prawa zob. K.F. Himma, *Reconsidering a Dogma...*, s. 2.

z jakkolwiek pojętym znaczeniem odpowiadających im terminów, gdyż, jak głoszą, nie wywodzą swoich twierdzeń wyłącznie ze znaczenia wyrazu „prawo”, a zatem muszą przyjąć, że językowe znaczenie wyrazu „prawo” nie przesądza (a w każdym razie: nie przesądza całkowicie) o treści pojęcia prawa⁶⁶. Teorie te zakładają więc, że analiza pojęcia prawa przynosi więcej informacji niż te, które są zawarte w samym znaczeniu wyrazu „prawo”⁶⁷. Można w związku z tym przypuszczać, że teorie te ujmują pojęcia jako kategorie myślowe porządkujące rzeczywistość, choć oczywiście takie ujęcie nie może być uznane za wystarczająco precyzyjne⁶⁸. Można zresztą twierdzić, że przeprowadzenie analizy pojęciowej nie wymaga uprzedniego udzielenia odpowiedzi na pytanie, czym są pojęcia, podobnie jak dokonywanie obliczeń arytmetycznych nie wymaga udzielenia odpowiedzi na pytanie, czym są liczby⁶⁹.

Można zatem przyjąć, że analityczne teorie prawa nie ujmują swojego zadania jako sformułowania zdań analitycznych o prawie, a w związku z tym nie chcą być zaliczane do teorii analitycznych w rozumieniu apragmatycznym. Teorie te swoją analityczność rozumieją w sensie pragmatycznym. Nacisk musi zostać położony raczej na metody uzasadniania twierdzeń, a nie na

⁶⁶ Timothy Williamson wyraźnie rozróżnia *linguistic turn* i *conceptual turn* w filozofii, twierdząc, że ten drugi jest znacznie szerszy – T. Williamson, *The Philosophy...*, s. 14. Innego zdania jest Andrei Marmor, który, powołując się na Gilberta Ryle’a, utożsamia analizę pojęciową z analizą językową i twierdzi, że nie ma żadnych podstaw do odróżnienia pojęcia od znaczenia wyrazu – A. Marmor, *Farewell to Conceptual Analysis (in Jurisprudence)* (w:) W. Waluchow, S. Sciarraffa (eds.), *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, Oxford 2013, s. 211. Jak sądzimy, pogląd Marmora jest nietrafny (zob. niżej). Jak piszą Magdalena Balcerak Jackson i Brendan Balcerak Jackson: „(...) philosophers engaged in the armchair investigations of questions such as whether knowledge requires belief, or whether freedom is compatible with determinism, are interested in finding out about knowledge and freedom itself, and not, even implicitly about «knowledge» or «freedom»” – M. Balcerak Jackson, B. Balcerak Jackson, *Understanding...*, s. 189. Zatem analiza pojęciowa zmierza do powiedzenia czegoś o desygnatach pojęć, a nie o znaczeniach wyrazów, które pojęcia wyrażają. Analiza znaczeniowa może najwyżej pomóc w uzyskaniu takiej wiedzy. Do kwestii tej wrócimy jeszcze w dalszych rozważaniach.

⁶⁷ Zob. T. Spaak, *The Problem about the Nature of Law* (w:) F. Svensson, R. Sliwinski (eds.), *Festschrift for Erik Carlsson*, Uppsala 2011, s. 272.

⁶⁸ O rozmaitych koncepcjach pojęć zob. D. von der Pfordten, *About Concepts in Law* (w:) J.C. Hage, D. von der Pfordten (eds.), *Concepts in Law*, Dordrecht–Heidelberg–London–New York 2009, s. 192 i n.

⁶⁹ Tak J. Kingsbury, J. McKeown-Green, *Jackson’s Armchair: The Only Chair in Town?* (w:) D. Braddon-Mitchell, R. Nola (eds.), *Conceptual Analysis and Philosophical Naturalism*, Cambridge, Mass.–London 2009, s. 179.

status tych twierdzeń jako analitycznych czy syntetycznych. Do tej ostatniej kwestii analityczne teorie prawa przywiązują bardzo małą wagę.

Zanim zajmiemy się zagadnieniem metod uzasadniania twierdzeń stosowanych przez analityczne teorie prawa, zbadajmy bliżej, na czym polega wskazane zadanie tych teorii. Zgodnie z zapowiedzią sformułowaną na wstępie tego opracowania badanie to ograniczymy tylko do takich (i to wybranych) teorii analitycznych, które mają charakter całościowy – w tym sensie, że dążą do udzielenia odpowiedzi na pytanie, co to jest prawo.

Adherenci analitycznych teorii prawa, idąc za Hartem, stanowczo sprzeciwiają się określeniu swojego zadania jako podania definicji prawa⁷⁰. Nie zawsze przy tym precyzują, o jakie rozumienie definicji im chodzi. Jeżeli mają na myśli definicje nominalne, to sprawa ta wydaje się oczywista. Skoro analityczna teoria prawa nie wywodzi swoich twierdzeń ze znaczenia wyrazu „prawo”, to tym samym sformułowanie sprawozdawczej definicji tego wyrazu, oddającej jego znaczenie w jakimś określonym języku nie może być miarą jej sukcesu (choć z takich czy innych względów może być przydatne). Nie jest natomiast jasne, dlaczego zadaniem analitycznej teorii prawa ma nie być sformułowanie realnej definicji prawa.

Znana argumentacja Harta przeciwko metodzie definicyjnej odnosi się wprost tylko do pewnej postaci takiej definicji, a mianowicie do definicji klasycznej, polegającej na podaniu rodzaju i różnicy gatunkowej⁷¹. Argumentacja ta nie zwraca się przeciwko definicjom realnym o innej, bardziej złożonej strukturze, a w szczególności przeciwko definicjom składającym się z wielu zdań, *n* definicji przez postulaty czy definicji indukcyjnej. Jak się wydaje, sprzeciw Harta wobec określenia zadania analitycznej teorii prawa jako podania (realnej) definicji prawa nie jest wystarczająco uzasadniony. Sformułowanie realnej definicji prawa nie polega bowiem na podaniu semantycznego ekwiwalentu wyrażenia denotującego definiowany obiekt.

⁷⁰ H.L.A. Hart, *The Concept...*, s. 13 i n.; T. Endicott, *Herbert Hart...*, 2001, s. 43; S. Shapiro, *Legality*, s. 7.

⁷¹ H.L.A. Hart, *The Concept...*, s. 14 i n. Krytyka Harta zdaje się zwracać przeciwko „zwięzłym (*concise*) definicjom”, co jest zaskakujące, gdyż pojęcie zwięzłości jest obce teorii definicji – zob. *ibidem*, s. 16. *Notabene*, niechęć do metody definicyjnej charakteryzuje cały nurt filozofii języka potocznego, do którego Hart się odwołuje.

Pytanie, co to jest prawo, nie jest pytaniem semantycznym, lecz raczej pytaniem metafizycznym, które wymaga definicji nie tyle wyrazów, ile obiektów oznaczanych przez odpowiednie wyrazy⁷².

Joseph Raz określa zadanie analitycznej teorii prawa następująco:

W tej mierze, w jakiej ogólna teoria prawa zajmuje się naturą prawa, stara się ona wyjaśnić jego cechy istotowe, tj. te cechy, które przysługują każdemu systemowi praw z uwagi na to, że ów system jest właśnie systemem prawnym, każdej instytucji prawodawczej – z uwagi na to, że jest ona właśnie prawodawcza, każdej praktyce rozumowania prawnego – z uwagi na to, że jest to właśnie praktyka rozumowania prawnego itd. Roszczenie do konieczności należy do natury tego przedsięwzięcia⁷³.

Julie Dickson, powołując się na to ujęcie, twierdzi, że zadaniem analitycznej teorii prawa jest wyjaśnienie natury prawa poprzez wskazanie i objaśnienie tych cech, które sprawiają, że prawo jest tym, czym jest⁷⁴. Trafna analityczna teoria prawa jest zbiorem zdań, które (1) są koniecznie prawdziwe oraz (2) adekwatnie wyjaśniają naturę prawa⁷⁵.

⁷² *Ibidem*, s. 14. *Notabene*, nie jest jasne, czy w ogóle przyjmuje on rozróżnienie definicji realnych i nominalnych. Zob. także N. Stavropoulos, *Hart's Semantics* (w:) J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford–New York 2001, s. 65. O definicjach realnych jako odpowiadających na pytania metafizyczne zob. G. Rosen, *Real Definition* (draft 2014), *passim*.

⁷³ J. Raz, *On the Nature of Law* (w:) *idem*, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford 2009, s. 92.

⁷⁴ J. Dickson, *Evaluation and Legal Theory*, Oxford–Portland 2001, s. 17. Zob. także J. Raz, *Can There be...*, s. 17. Podobnie S. Shapiro, *Legality*, s. 7 i n. Juan Carlos Bayón uważa, że jest to określenie zadań teorii prawa, charakteryzujące współczesny *mainstream* jurusprudencji analitycznej – J.C. Bayón, *The Province...*, s. 5. Zob. także R. Alexy, *The Nature of Legal Philosophy*, Associations 2003, Vol. 7, No. 1, s. 71. Zatem takie pojmowanie zadań teorii prawa jest przyjmowane także przez niepozytywistów, jak Alexy. Jednakże inni niepozytywiści, w szczególności Dworkin, sprzeciwiają się takiemu określeniu zadań teorii prawa. Píše on bowiem, że natura prawa to „conforming mantra, postivism's phlogiston” – R. Dworkin, *Justice in Robes*, Cambridge, Mass.–London 2006, s. 216.

⁷⁵ Tak określone zadanie analitycznych teorii prawa jest kwestionowane z różnych punktów widzenia. Ostatnio David Enoch argumentuje, że zadanie to jest poznawczo mało interesujące – D. Enoch, *Is General Jurisprudence Interesting?*, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2601537. Z innego punktu widzenia można twierdzić, że prawo nie ma żadnej natury. Zob. o tym niżej.

Takie sformułowanie zadania analitycznej teorii prawa pozostaje nadal dosyć tajemnicze, gdyż odwołuje się do obciążonych bagażem filozoficznym określeń „natura” i „konieczność”⁷⁶. Ponadto sformułowanie to nie odwołuje się do pojęcia prawa, lecz do jego natury, pozostawiając niejasnymi status i rolę pojęcia prawa w analitycznej teorii prawa. Należy przy tym zauważyć, że analityczna teoria prawa zostaje w ten sposób określona przez kryteria jej sukcesu, a nie przez metodę, którą stosuje⁷⁷. Powstaje zatem pytanie, dlaczego teorie stawiające sobie tak zdefiniowane zadanie określają się jako analityczne (choć sam Raz mówi o *general theory*, a nie o teorii analitycznej) i analizę pojęciową uznają za swoją metodę⁷⁸.

Zagadnienie relacji pojęcia pewnego obiektu do natury tego obiektu podejmuje Raz⁷⁹. Wedle zastosowanego przez niego metaforycznego określenia, pojęcia tkwią niejako pomiędzy światem, którego składników są pojęciami, a słowami i frazami, które te pojęcia wyrażają i które są używane do mówienia o tych składnikach świata. Niektórzy wiążą pojęcia ze znaczeniem tych słów i fraz, inni z naturą obiektów, których są pojęciami. Jak już wspomniano, Hart odrzuca utożsamienie pojęć ze znaczeniem słów czy fraz. Wedle Raza *Pojęcie prawa* Harta oferuje wyjaśnienie natury prawa. Dla Harta zatem nie zachodzi różnica między wyjaśnieniem pojęcia a wyjaśnieniem natury tego, czego pojęciem ono jest, gdyż – zdaniem Raza – Hart utożsamia pojęcie C z naturą obiektu, którego C jest pojęciem. Jak twierdzi Raz, całkowite opanowanie pojęcia sprowadza się do pełnej wiedzy o wszystkich koniecznych właściwościach obiektu, do którego to pojęcie się odnosi. Wyjaśnienie pojęcia obejmuje m.in. określenie wiedzy, której posiadanie przesądza o całkowitym opanowaniu pojęcia, a zatem wiedzy

⁷⁶ Powstaje pytanie, czy wyraz „natura” w tym określeniu nie powinien być tłumaczony raczej jako „istota” (*essence*). W języku polskim wyraz ten ma bowiem inne konotacje niż w języku angielskim. Jednakże z uwagi na to, że odniesienia do *nature of law* pojawiają się w jurysprudencji analitycznej bardzo często, postanowiliśmy używać polskiego wyrazu „natura”.

⁷⁷ Tak *explicitly* J. Dickson, *Evaluation...*, s. 20.

⁷⁸ Bayón zwraca uwagę na cyrkularność zawartą w takim określeniu zadania teorii prawa. Aby zidentyfikować konieczne właściwości prawa, musimy wcześniej wiedzieć, co jest, a co nie jest prawem, a to z kolei zależy od tego, które właściwości uznamy za konieczne właściwości prawa – J.C. Bayón, *The Province...*, s. 8. Również John Finnis sceptycznie odnosi się do tak pojętych zadań teorii prawa, pisząc: „(...) discussions of what is conceptually possible or impossible, or again of what is or is not conceptually necessary, are virtually always fruitless” – J. Finnis, *Law as Fact and as Reason for Action: A Response to Robert Alexy on Law's "Ideal Dimension"*, *The American Journal of Jurisprudence* 2014, Vol. 59, No. 1, s. 7.

⁷⁹ J. Raz, *Can There be...*, s. 18 i n. Zob. także R. Alexy, *On the Concept and the Nature of Law*, *Ratio Juris* 2008, Vol. 21, No. 3, s. 42.

o wszystkich istotnych właściwościach obiektu, którego pojęciem jest wyjaśniane pojęcie. Taka pełna wiedza nie jest jednak konieczna do prawidłowego używania pojęcia, a w szczególności do identyfikowania obiektu, do którego to pojęcie się odnosi. Jak przykładowo wskazuje Raz, prawdopodobnie jedyną istotną właściwością wody jest to, że jest ona H_2O . Nie jest to jednak właściwość stosowana przez użytkowników języka potocznego w celu identyfikacji wody. Pojęcie wody zatem obejmuje to, że woda jest H_2O . Wielu ludzi jednak poprawnie stosuje pojęcie wody, nie zdając sobie sprawy z jej chemicznego składu.

Sam Raz nie utożsamia wyjaśnienia natury prawa jako zadania teorii prawa z wyjaśnieniem pojęcia prawa⁸⁰. Utożsamienie takie przypisuje on Hartowi. Jednakże z uwagi na to, że wyjaśnienie pojęcia obejmuje także (obok innych wymagań określonych przez Raza) wskazanie wszystkich istotnych właściwości obiektu, do którego pojęcie się odnosi, a więc, jak należy rozumieć, natury tego obiektu – można zignorować różnicę między wyjaśnieniem pojęcia a wyjaśnieniem natury obiektu, do którego pojęcie to się odnosi⁸¹.

Jak pisze Robert Alexy:

(...) pojęcia mają roszczenie do bycia „adekwatnymi do swoich przedmiotów”.
To roszczenie adekwatności wiąże z konieczności pojęcie rzeczy z jej naturą⁸².

Zdaniem natomiast Julesa L. Colemana:

Celem analizy pojęciowej jest odnajdywanie, determinowanie czy uchwytowanie treści pojęcia w nadziei, że dzięki temu dowiemy się czegoś interesującego, ważnego czy istotowego o naturze rzeczy, denotowanej przez dane pojęcie⁸³.

⁸⁰ J. Raz, *Can There be...*, s. 18–19. Takie ujęcie zostało zakwestionowane przez P. Gaido, *The Purpose of Legal Theory: Some Problems with Joseph Raz's View*, *Law and Philosophy* 2011, Vol. 30, No. 6, s. 685–698.

⁸¹ Przyczyny, dla których Raz odrzuca takie utożsamienie, nie są całkowicie jasne. Jak sądzimy, skoro uważa on, że prawo może istnieć także w społeczeństwie, które nie ma pojęcia prawa (J. Raz, *Can There be...*, s. 36), to natura prawa musi być niezależna od istnienia takiego pojęcia. Więcej o tym – w następnym rozdziale.

⁸² Alexy, *On the Concept...*, s. 43.

⁸³ J.L. Coleman, *The Practice...*, s. 179.

Jak należy sądzić, wedle wskazanych autorów ostatecznym celem analitycznej teorii prawa jest wyjaśnienie natury prawa, a wyjaśnienie pojęcia prawa jest środkiem wiodącym do tego celu. Natura jakiegoś obiektu to zbiór istotnych i koniecznych właściwości, które dany obiekt musi wykazywać, aby być właśnie tym obiektem⁸⁴. Na naturę prawa składają się te właściwości, które jakiś obiekt musi posiadać, aby być prawem w każdym czasie i w każdym miejscu. Zatem teoria analityczna zajmuje się naturą prawa *in abstracto*, a nie właściwościami poszczególnych porządków prawnych. Nie chodzi tu więc o indywidualną naturę określonego obiektu, odróżniającą go od wszelkich innych obiektów (np. o naturę prawa angielskiego czy francuskiego), ale o wspólną naturę pewnej klasy lub pewnego gatunku obiektów, denotowanych przez pojęcie prawa (naturę prawa *tout court* lub, innymi słowy, naturę *law*, a nie *the law*)⁸⁵.

Takie zdefiniowanie zadań (analitycznych) teorii prawa budzi bardzo wiele wątpliwości i stawia wiele znaków zapytania, gdyż – niezależnie od tego, że nie odwołuje się ono do jakiejkolwiek jasno sprecyzowanej koncepcji pojęć i znaczenia – zawiera liczne określenia (takie jak „natura”, „istotność”, „konieczność”, „wyjaśnienie”), które są obciążone bagażem toczących się od dawna sporów filozoficznych i metodologicznych⁸⁶.

5. Rozumienie natury

Adherenci analitycznych teorii prawa dość zgodnie pojmują naturę jakiegoś obiektu jako zespół koniecznych i istotowych (*essential*) właściwości tego obiektu⁸⁷. Jak już wskazano, nie chodzi im przy tym o naturę jakiegoś indywidualnego obiektu, ale o wspólną naturę wszystkich obiektów podpadających pod dane pojęcie, a zatem o właściwości, które musi mieć każdy z tych obiektów. Jednakże nie jest to jedyne możliwe pojmowanie natury; jak

⁸⁴ J. Dickson, *Evaluation...*, s. 17 – choć zapewne „konieczne” i „istotne” nie są przez nią traktowane jako odrębne wymagania.

⁸⁵ O *individual essence* zob. T. Robertson, P. Atkins, *Essential vs. Accidental Properties* (w:) E.N. Zalta (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2013 ed.), <http://plato.stanford.edu/archives/win2013/entries/essential-accidental/>.

⁸⁶ Sam Hart sceptycznie traktował pytanie, jaka jest natura prawa, uważając, że jest to mętna wersja pytania, co to jest prawo – zob. H.L.A. Hart, *The Concept...*, s. 6.

⁸⁷ Oczywiście nie chodzi o takie pojmowanie natury, w którym jest ona przeciwstawiana kulturze.

się przekonamy, takie właśnie pojmowanie natury przysparza analitycznym teoriom prawa wiele trudności.

Jeżeli sięgnie się do antropologii filozoficznej, dla której kluczowe jest pytanie o naturę człowieka, to się okaże, że nie musi być ona (i z reguły nie jest) utożsamiana ze zbiorem cech wspólnych wszystkim ludziom⁸⁸. Pytanie o naturę człowieka, w zależności od tego, jak pojmuje się zadanie antropologii filozoficznej, może bowiem dotyczyć całkiem innych kwestii, w tym tej, jakie największe doskonałości moralne i intelektualne może osiągnąć (nawet jeżeli mu się to zazwyczaj nie udaje) człowiek, względnie co stanowi różnicę jakościową między ludźmi a zwierzętami lub jaki jest dominujący moralny motyw naszych działań⁸⁹. Jeżeli się pojmie naturę człowieka w ten ostatni sposób, to trzeba zauważyć, że opis natury ludzkiej jest opisem pewnych skłonności, które nie muszą charakteryzować każdego człowieka i nie muszą objawiać się w każdym jego działaniu.

Natura zatem to pewna tendencja, występująca w zbiorze desygnatów pojęcia „człowiek” w sposób statystycznie dominujący, ale nie bezwyjątkowy. Tendencja ta charakteryzuje człowieka jako gatunek, a nie każdy poszczególny egzemplarz tego gatunku z osobna. Jeżeli do tak pojętej natury gatunku X należy właściwość P, to nie można z tego wnioskować, że każdy egzemplarz gatunku X odznacza się właściwością, gdyż inaczej nie byłby X-em. Rzecz jasna, tendencja ta nie może być przypadkowa i uwarunkowana kulturowo, lecz musi wpływać z tego, czym gatunek X jest jako gatunek biologiczny.

Jeszcze inne rozróżnienie znaczeń określenia „natura ludzka” przedstawia Maria Ossowska⁹⁰. W pierwszym wyszczególnionym przez nią rozumieniu natura ludzka jest pojmowana normatywnie: nie określa tego, czym człowiek jest, lecz czym powinien być, aby osiągnąć przypisaną mu doskonałość. W drugim rozumieniu natura ludzka określa to, czym człowiek naprawdę jest, w odróżnieniu od tego, czym tylko wydaje się być. W tym wypadku przyjmuje się, że właściwości składające się na naturę ludzką mają tendencję do maskowania się i dopiero trzeba je odkryć. I wreszcie w trzecim rozumie-

⁸⁸ Zob. W. Załuski, *Evolutionary Theory and Legal Philosophy*, Cheltenham 2009, s. 1.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ M. Ossowska, *Quelques remarques sur l'idée de la nature humaine*, *Revue de l'Institut de Sociologie* 1959, No. 4, s. 527–538.

niu na naturę ludzką składają się właściwości wspólne wszystkim ludziom, które są niezmiennie w czasie.

Bez pretensji do kompletności wyliczenia można wskazać podstawowe znaczenia określenia „natura X”, gdzie X oznacza zbiór obiektów desygnowanych przez jakieś pojęcie ogólne. I tak, natura jest pojmowana jako: (1) zbiór koniecznych (lub istotowych) właściwości wszystkich X-ów, (2) ideał lub wzorzec, do którego X-y mogą lub winny dążyć, oraz (3) statystycznie przeważająca tendencja (lub tendencje), charakteryzująca X-y jako gatunek, choć nie zawsze charakteryzująca każdy egzemplarz X⁹¹.

Przywoływani adherenci analitycznych teorii prawa (należący bez wyjątku do obozu pozytywistycznego) zdają się jednak odrzucać pojmowanie natury prawa jako ideału, tendencji lub wzorca (zbioru właściwości, które prawo może osiągnąć lub do których osiągnięcia powinno dążyć). Posługują się oni pierwszym ze wskazanych rozumień. Zatem obiekt, który nie posiadałby którejkolwiek z właściwości składających się na naturę prawa, nie jest „niedoskonałym prawem” lub „nietypowym prawem”, lecz po prostu *tout court* nie jest on prawem – skoro właściwości te mają być konieczne (lub istotowe), a przez to sprawiać, że obiekt ten jest właśnie prawem, a nie czymś innym niż prawo⁹². Zapewne chodzi przy tym – analogicznie do drugiego z wyróżnionych przez Ossowską rozumień określenia „natura” – o takie właściwości, które mogą być zamaskowane i ukryte, a zatem które jawnie się nie manifestują.

Krytycy analitycznych teorii prawa zajmują w tej mierze odmienne stanowisko, bądź negując istnienie natury prawa, bądź też przyjmując rozumienie natury wskazane wyżej w punkcie 2, a rzadziej w punkcie 3⁹³. Będzie

⁹¹ Zob. także wprowadzone przez Jerzego Wróblewskiego rozróżnienie natury faktycznej, etycznej i logicznej – J. Wróblewski, *Natura a reguły postępowania*, *Etyka* 1970, nr 6, s. 51–78.

⁹² Niekiedy tylko wyrażany jest sceptycyzm co do takiego ujęcia; zob. np. A. Dolcetti, G.B. Ratti, *Legal Disagreements...*, s. 301 – którzy używają określenia „natura prawa”, pisząc: „(...) simply to refer to some features of law which have greater explanatory power in comparison to other features of law”. Podobnie D. Priel, *Is There One Right Answer to the Question of the Nature of Law?* (w:) W. Waluchow, S. Scaraffa (eds.), *Philosophical Foundation of the Nature of Law*, Oxford 2013, s. 337 – który pisze: „A fact belongs to the nature of a thing if it explains many other facts about it”. Takie rozumienie natury można określić jako epistemiczne.

⁹³ Zapewne taki pogląd można przypisać Wojciechowi Załuskiemu – zob. W. Załuski, *Evolutionary Theory...*, s. 95 i n.

o tym mowa w dalszej części pracy. Zbadajmy jednak w pierwszej kolejności, jak adherenci pozytywistycznych teorii pojmują konieczność i istotowość właściwości składających się na naturę prawa w przyjętym przez nich rozumieniu.

6. Konieczność, istotność, istotowość

W przytoczonych określeniach zadań teorii prawa nie jest jasne, czy konieczność i istotność (względnie istotowość) właściwości prawa, które mają zostać opisane i wyjaśnione przez teorie prawa, to jedno i to samo wymaganie (jak to sugeruje określenie zadań analitycznej teorii prawa przez Raza), czy też raczej dwa różne wymagania (pociągające za sobą to, że mogą istnieć właściwości, które są konieczne, lecz nieistotowe oraz właściwości istotowe, a niekonieczne). Adherenci analitycznych teorii prawa zdają się używać tych pojęć zamiennie⁹⁴. W języku potocznym przymiotniki „konieczny” i „istotny” nie są synonimiczne⁹⁵. Intuicja językowa podpowiada, że konieczna właściwość jakiegoś obiektu to taka właściwość, którą obiekt musi mieć, natomiast określenie „właściwość istotna” jest co najmniej dwuznaczne. W jednym rozumieniu istotna właściwość obiektu to właściwość ważna z jakiegoś punktu widzenia, natomiast w drugim rozumieniu – to właściwość, która czyni obiekt tym, czym on jest. Jeśli chodzi o drugie rozumienie, to zapewne lepszym odpowiednikiem angielskiego wyrazu *essential* jest wyraz „istotowy” – i tego właśnie wyrażenia będziemy używali.

⁹⁴ Brian H. Bix twierdzi, że określenia *necessary* i *essential* są zwykle używane zamiennie, w szczególności przez Josepha Raza i Franka Jacksona – B.H. Bix, *Raz on Necessity*, Law and Philosophy 2003, Vol. 22, No. 6, s. 537. Utożsamieniu konieczności z istotowością sprzeciwia się A. Marmor, *Farewell...*, s. 224. Inaczej jeszcze Kenneth E. Himma, który pisze: „*p* is essential to being a C if and only if it is a necessary truth that every C has *p*” – K.E. Himma, *Immodesty in Dworkin's "Third" Theory: Modest Conceptual Analysis, Immodest Conceptual Analysis, and the Lines Dividing Conceptual and Other Kinds of Theory of Law*, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2465170, s. 3. Z kolei David Plunkett, powołując się na Kita Fine'a, twierdzi, że nie wszystkie właściwości konieczne są *essential* – D. Plunkett, *A Positivist Route for Explaining How Facts Make Law*, Legal Theory 2012, Vol. 18, No. 2, s. 181; zob. K. Fine, *Essence and Modality: The Second Philosophical Perspectives Lecture*, Philosophical Perspectives 1994, Vol. 8, s. 8 – który podaje następujący przykład: konieczną cechą Sokratesa jest to, że jest on elementem zbioru jednoelementowego, składającego się z Sokratesa, ale nie jest to cecha istotowa (*essential*), gdyż cecha ta nie czyni Sokratesa tym, kim jest. Jeżeli wszystkie właściwości konieczne uznamy za istotowe, to będziemy musieli uwzględnić bardzo wiele właściwości całkowicie trywialnych (np. właściwość bycia identycznym z samym sobą).

⁹⁵ Jak się wydaje, w języku angielskim antonimem *necessary* jest *contingent*, a antonimem *essential* jest *accidental*. To zróżnicowanie semantyczne trudno jest oddać w języku polskim.

Zatem z językowego punktu widzenia co najmniej niektóre właściwości konieczne nie są istotowe, a być może również (w pierwszym rozumieniu istotności) niektóre istotne właściwości nie są konieczne. Dotyczy to zwłaszcza właściwości negatywnych. Na przykład konieczną właściwością liczb parzystych jest to, że nie potrafią mówić. Nie jest to jednak zapewne ani istotna, ani istotowa właściwość tych liczb. Jednakże w kontekstach filozoficznych przymiotnik *essential* zdaje się występować w znaczeniu „istotowy”, gdyż semantycznie nie jest związany z ważnością, ale raczej z istotą czy esencją. We współczesnej filozofii toczy się przy tym spór między zwolennikami modalnego i niemodalnego ujmowania istoty. Dla tych pierwszych istotowa właściwość danego obiektu to tyle, co właściwość konieczna. Dla tych drugich istotowość właściwości jakiegoś obiektu związana jest raczej z pytaniem „What it is to be that thing?”, a więc zbliżają się oni bardziej do drugiego ze wskazanych potocznych znaczeń istotności⁹⁶. Nie rozstrzygając w tym miejscu kwestii, czy analitycznym teoriom prawa należy przypisać modalne czy niemodalne rozumienie istotowości, rozpoczniemy wywód od próby analizy wymagania konieczności⁹⁷.

Konieczne właściwości prawa są przeciwstawiane właściwościom przygodnym (kontygentnym). Jak sądzimy, określenie „właściwości przygodne” może mieć dwojaką interpretację⁹⁸.

Po pierwsze, właściwości przygodne to takie właściwości, które przysługują tylko niektórym porządkom prawnym, z uwagi np. na szczególne warunki historyczne czy społeczne, w których takie porządki funkcjonują⁹⁹. Taką właściwością jest np. to, że przepisy prawne są publikowane w postaci do-

⁹⁶ Dyskusję między modalnymi i niemodalnymi ujęciami istotności omawiają T. Robertson i P. Atkins, *Essential...* Zob. D. Patterson, *Alexy on Necessity in Law and Morals*, Ratio Juris 2012, Vol. 25, No. 1, s. 52, przyp. 8. Patterson także wskazuje na to, że Alexy (a więc adherent niepozytywistycznej, lecz analitycznej koncepcji prawa) używa pojęcia konieczności w nieuporządkowany sposób.

⁹⁷ Raz unika tego problemu, pisząc: „I will leave the question of the kind of necessity involved unexplored” – J. Raz, *On the Nature...*, s. 91.

⁹⁸ Oczywiście kontygentność należy odróżnić od możliwości. Właściwości kontygentne to takie możliwe właściwości, które *de facto* są zrealizowane (ale nie są konieczne). Na ten temat zob. B. Hale, *Modality* (w:) B. Hale, C. Wright (eds.), *A Companion to the Philosophy of Language*, Oxford 1997, s. 487 i n.

⁹⁹ Z innego jednak punktu widzenia, np. przy przyjęciu Hegłowskiego pojęcia konieczności historycznej, takie specyficzne właściwości pewnych porządków prawnych można uznać za konieczne. Zagadnienia tego nie będziemy jednak rozpatrywali.

kumentów papierowych, gdyż rozwój technologiczny sprawia, że publikacja przepisów może być i faktycznie jest dokonywana (np. w Polsce) w innej postaci (elektronicznej).

Po drugie, właściwości przygodne to takie właściwości, które wprawdzie przysługują wszystkim porządkom prawnym, lecz nie są konieczne – w tym sensie, że porządki te zachowałyby charakter prawa, nawet gdyby takich właściwości nie posiadały. Tytułem przykładu przyjmijmy, że we wszystkich znanych porządkach prawnych sędziowie występują w togach lub w innych uroczystych strojach. Właściwość ta przysługuje wszystkim porządkom prawnym, ale jest kontygentna, a nie konieczna, gdyż porządki te zachowałyby charakter prawny, nawet gdyby właściwości tej nie miały. Przy takim ujęciu zaciera się jednak różnica między właściwościami koniecznymi a istotowymi, a przy tym ujęcie takie przesądza o modalnym rozumieniu istoty, gdyż konieczne właściwości prawa rozumiane są jako takie właściwości, które konstituują jakiś zbiór zjawisk jako porządek prawny.

Można jeszcze dodać, że zapewne nie jest tak (choć proponenci takiej wizji analitycznej teorii prawa o tym milczą), że każda z tych koniecznych właściwości charakteryzuje wyłącznie porządki prawne, gdyż niektóre z tych właściwości mogą charakteryzować także zjawiska pozaprawne – a zatem, wzięte osobno, mogą nie być dystynktywne dla prawa. Jeżeli koniecznymi właściwościami prawa są właściwości A, B i C, to poszczególne z nich mogą przysługiwać także innym porządkom normatywnym, lecz tylko porządki prawne mają jednocześnie właściwości A, B i C. Natura prawa jest więc raczej pewną konstelacją współwystępujących właściwości niż zbiorem pojedynczych właściwości, które nie są ze sobą powiązane.

Jeżeli, zgodnie z ujęciem Raza i Dickson, miarą sukcesu analitycznej teorii prawa jest opisanie natury prawa, to powstaje pytanie, czy sukces ten jest osiągnięty już wtedy, gdy dana teoria podaje zespół właściwości, które łącznie przysługują każdemu prawu i tylko prawu, a więc pozwala na odróżnienie prawa od nieprawa (co nie wyklucza, że istnieje odrębny zespół właściwości spełniający to samo wymaganie), czy dopiero wtedy, gdy zostaną podane wszystkie właściwości, które łącznie przysługują każdemu prawu i tylko prawu¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Z zastrzeżeniem, że chodzi tylko o cechy ważne z jakiegoś punktu widzenia. Zob. o tym niżej.

Jak sądzimy, z uwagi na to, że analityczna teoria prawa kieruje się celami poznawczymi (a nie diagnostycznymi), właściwa jest odpowiedź druga. Wszak celem analitycznej teorii prawa jest wyjaśnienie natury prawa, a nie tylko podanie kryteriów odróżniających prawo od nieprawa. Ograniczenie się do odpowiedzi pierwszej narażałoby analityczną teorię prawa na dwa ryzyka. Sprawiłoby, że pewne zespoły właściwości wyróżniające wszystkie desygnaty danego pojęcia i tylko desygnaty tego pojęcia poznawczo są mało interesujące, np. mało interesująca byłaby teoria człowieczeństwa, wskazująca na dwie cechy (wedle Platona, na gruncie ówczesnej wiedzy, wyróżniające człowieka i spełniające to wymaganie): dwunożność i brak opierzenia. Ponadto takie ujęcie niebezpiecznie zbliżałoby teorię prawa do ograniczenia się do poszukiwania znaczenia nazwy „prawo”. W języku bowiem jeden z zespołów właściwości przysługujących wszystkim desygnatom danej nazwy i tylko desygnatom tej nazwy ma, wedle pewnych teorii semantycznych, wyróżniony status, polegający na tym, że jego funkcją jest to, że służy użytkownikom języka do rozpoznawania desygnatów tej nazwy (tzw. treść językowa nazwy)¹⁰¹. Zgodnie z niektórymi koncepcjami semantycznymi (semantykami kryterialnymi) treść językowa nazwy jest utożsamiana z jej znaczeniem¹⁰².

Gdyby miarą sukcesu analitycznej teorii prawa było podanie dowolnego zespołu właściwości charakteryzującego każde prawo i tylko prawo, to sukces byłby osiągnięty już wtedy, gdyby teoria ta opisała znaczenie nazwy „prawo” – o ile przyjmimy semantykę kryterialną. Ambicje analitycznych teorii prawa nie ograniczają się do tego. Można raczej sądzić, że ambicją analitycznej teorii prawa jest wskazanie wszystkich właściwości, które łącznie przysługują każdemu prawu i tylko prawu, z zastrzeżeniem, że chodzi tylko o takie właściwości, które są poznawczo interesujące, gdyż teoria prawa nie stawia sobie zadania diagnostycznego, lecz ma cel hermeneutyczny (zob. niżej). Zapewne nie jest poznawczo interesująca olbrzymia liczba koniecznych właściwości negatywnych przysługujących każdemu istniejącemu obiektowi

¹⁰¹ Zob. niżej o współczesnych krytykach takiego ujęcia.

¹⁰² Wedle pewnej tradycji filozoficznej znajomość znaczenia wyrażenia językowego (nazwy lub predykatu) polega przynajmniej na intuicyjnej znajomości kryteriów, na podstawie których wyrażenie to jest orzekane o przedmiotach we wszystkich możliwych sytuacjach. Mowa tu zatem o tym, co Dworkin określał mianem „semantyki kryterialnej”, występującej zresztą w filozofii języka w wielu wersjach. Stosowane przez nas pojęcie językowej treści nazwy, zaczerpnięte od Kazimierza Ajdukiewicza, jest oparte na takim właśnie ujęciu semantyki.

(jeżeli określenie „właściwość negatywna” uznaje się za legitymowaną), choć niektóre takie właściwości mogą być interesujące. Nie są interesujące przynajmniej niektóre właściwości pozytywne, np. właściwość polegająca na tym, że prawo jest tożsame z prawem.

Taki wniosek jest jednak trudny do pogodzenia z przytoczonym ujęciem, zgodnie z którym analityczna teoria prawa ma zająć się tylko koniecznymi właściwościami prawa¹⁰³. To, że jakaś właściwość przysługuje wszystkim desygnatom danego pojęcia, nie przesądza jeszcze o tym, że jest ona konieczna. Brak piór jest właściwością wszystkich desygnatów nazwy „człowiek”, lecz można sądzić, że jest to właściwość niekonieczna, wynikająca z przypadkowego przebiegu procesu ewolucji. Jeżeli jednak nawet brak piór uznaje się za konieczną właściwość człowieka, to zapewne jest ona poznawczo mało interesująca.

Uzasadnione wydaje się przypuszczenie, że wskazany problem sprowadza się do rozumienia pojęcia konieczności. Chcąc odpowiedzieć na pytanie o naturę prawa, analityczne teorie prawa muszą przyjąć określone rozumienie konieczności. Ponadto muszą założyć, że prawo posiada naturę będącą zbiorem właściwości koniecznych, a przy tym natura ta istnieje niezależnie od badacza i konstruowanej przez niego teorii. Teoria ma bowiem „odsłonić” naturę prawa, a nie przypisać mu, mniej lub bardziej dowolnie, jakąś naturę. Jeżeli nie istnieje natura prawa (w rozumieniu przyjętym przez analityczne teorie prawa), to teorie te są skazane na porażkę. Ciężar wykazania, że taka natura istnieje, spoczywa na tych właśnie teoriach.

Wróćmy więc do pytania, o jak rozumianą konieczność właściwości pewnego obiektu tu chodzi i czy konieczność ta jest tożsama z jej istotowością. Zagadnieniu temu adherenci analitycznych teorii prawa poświęcają zadziwiająco mało uwagi, a w szczególności nie nawiązują do filozoficznego sporu między zwolennikami modalnego i niemodalnego ujęcia istoty. Zapewne (odbiegając od potocznego rozumienia przymiotnika *essential*) *implicite* przyjmują oni modalne rozumienie istotowości, które w gruncie rzeczy spro-

¹⁰³ Zob. krytykę takiego ujęcia – F. Schauer, *Necessity, Importance, and the Nature of Law* (w:) J. Ferrer Beltrán, J.J. Moreso, D.M. Papayannis (eds.), *Neutrality and Theory of Law*, Dordrecht 2013, s. 20 i n.