

ADAM DYRDA, TOMASZ GIZBERT-STUDNICKI

Uniwersytet Jagielloński

CZY SYSTEMOWOŚĆ JEST KONIECZNĄ WŁAŚCIWOŚCIĄ  
PRAWA?\*

## WPROWADZENIE

We współczesnej teorii prawa podkreśla się coraz dobitniej multicentryczność prawa i pluralizm postaci, w których prawo występuje w dobie globalizacji. Twierdzi się, że identyfikowanie prawa wyłącznie z normami stworzonymi przez państwo (*municipal law*) prowadzi do zdeformowanego i nieadekwatnego obrazu roli prawa we współczesnych społeczeństwach, względnie w społeczeństwie globalnym. Krytykuje się skoncentrowanie uwagi przez analityczną teorię prawa tylko na jednym jego rodzaju, a mianowicie na prawie państwowym<sup>1</sup>, z całkowitym pominięciem lub istotnym zaniedbaniem takich postaci jak prawo międzynarodowe, transnarodowe, religijne, zwyczajowe, *lex mercatoria* i innych. Wskazuje się na przykład na to, że współcześnie prawo międzynarodowe nowej generacji, a zwłaszcza prawa człowieka odgrywają znacznie ważniejszą rolę niż tradycyjnie ujmowanie prawo międzynarodowe. W globalnych stosunkach gospodarczych *lex mercatoria* wypiera w znacznym stopniu *municipal law*. Zwiększa się rola prawa europejskiego, a na niektórych obszarach prawo religijne wypiera prawo państwowe. Stąd analityczna teoria prawa, uprawiana zgodnie z zastaną tradycją, coraz

---

\* Artykuł ten jest częścią projektu finansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki przyznanych na podstawie decyzji nr DEC-2013/09/B/HS5/01023. Wkład autorów w przygotowanie artykułu wynosi po pięćdziesiąt procent.

<sup>1</sup> B. Tamanaha, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford 2001, s. 151. Autor pisze: „The less misleading title to his [Harta — dop. A.D, T.G-S.] classic text *The Concept of Law* would have been »The Concept of State Law« or »Elements of State Law«”. Por. także W. Twining, *General Jurisprudence*, Cambridge 2009, *passim* oraz K. Culver, M. Guidice, *Making old questions new; legality, legal system, and law*, [w:] *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, red. W. Waluchow, S. Sciaraffa, Oxford 2013, s. 279 n. W polskiej literaturze na temat pluralizmu prawnego zob. *Pluralizm prawny. Tradycja, transformacje, wyzwania*, red. D. Bunikowski, K. Dobrzaniecki, Toruń 2009.

bardziej odstaje od rzeczywistego sposobu funkcjonowania prawa w globalnym społeczeństwie.

Wskazane zarzuty pod adresem analitycznej teorii prawa są zapewne w dużej mierze trafne. Istotnie, można odnieść nieodparte wrażenie, że analityczna teoria prawa, koncentrując się na swojej tradycyjnej problematyce, nie odpowiada wystarczająco na wyzwania współczesności. Pomimo tego w niniejszym opracowaniu przyjęto tradycyjne ujęcie teorii prawa jako zajmującej się *municipal law*. Wybór ten jest uzasadniony następującymi względami. Po pierwsze, autorzy uważają, że ograniczenie się do *municipal law* wiąże się z jego szczególnym, szeroko rozpoznanym statusem. Jak wskazuje J. Raz: „[It is] our, or at least my, intuitive assumption that municipal legal systems are sufficiently important and sufficiently different from most other normative systems to deserve being studied for their own sake”<sup>2</sup>. Po drugie, wydaje się dość oczywiste, że im więcej uwzględnia się przejawów czy postaci prawa, tym trudniej jest odnaleźć ich wspólne właściwości. Po trzecie wreszcie, jak sądzimy, teoria *municipal law* stanowi dobry punkt wyjścia dla badania innych przejawów i postaci prawa, gdyż zasadnicze pytanie dotyczy właśnie tego, czym różnią się one od *municipal law*.

## METAFILOZOFICZNE PRELIMINARIA

Postawione w tytule pytanie i przyjęta przez autorów metoda udzielenia na nie odpowiedzi są tradycyjne w jeszcze innym znaczeniu. Otóż pytanie to uznaje się za metafizyczne, a metodą udzielenia na nie odpowiedzi będzie analiza pojęciowa. Zarówno metafizyka, jak i analiza pojęciowa mają nienajlepszą prasę w teorii prawa, stąd niniejsza deklaracja wymaga kilku słów wyjaśnienia. Negatywne nastawienie wielu filozofów (i teoretyków prawa) do metafizyki jest zapewne historyczną konsekwencją sławnego potępienia metafizyki przez neopozytywistów z Koła Wiedeńskiego. Choć argumenty neopozytywistów przeciwko metafizyce okazały się nietrafne (jako że same były oparte na sądach, które w myśl kryteriów neopozytywistycznych musiały zostać uznane za metafizyczne), to niechęć wobec metafizyki przetrwała. Została jeszcze wzmocniona z jednej strony przez rozmaite projekty naturalizacji filozofii, a z drugiej poprzez Wittgensteinowską krytykę esencjalizmu. Z kolei negatywne nastawienie do analizy pojęciowej jako metody rozstrzygania problemów filozoficznych datuje się od znanego wystąpienia W.V. Quine’a, który odrzucił odróżnienie zdań analitycznych i syntetycznych jako błędny dogmat empiryzmu. Podejmowane próby ratowania tego odróżnienia (H. Putnam, P. Boghossian) nie doprowadziły do jego renesansu, choć odzyskało ono przynajmniej częściową legitymację. Przedmiotem krytyki stało się także opieranie analizy pojęciowej na intuicji, a przez to sama idea filozofii analitycznej

<sup>2</sup> J. Raz, *The Authority of Law*, wyd. II, Oxford 1979, s. 105.

jako *armchair enterprise*. Wskazywano na brak epistemologicznej legitymacji intuicji, niereprezentatywność, zawodność i notoryczną sporność intuicji filozoficznych.

Od lat 90. ubiegłego wieku można jednak zaobserwować renesans esencjalizmu oraz metafizyki, a w szczególności metafizyki analitycznej. Nie miejsce tu, aby się doszukiwać przyczyn tego renesansu. Można jedynie wskazać na rolę filozofii umysłu, w której odżyły tradycyjne problemy metafizyczne. Renesans ów doprowadził do tego, że współcześnie metafizyka analityczna przeżywa rozkwit, którego objawem są toczące się zażarcie dyskusje i lawinowo wzrastająca liczba publikacji z tego zakresu.

Dlatego analityczna teoria prawa pojęta jako dyscyplina stawiająca pytania o naturę czy istotę prawa nie musi być uznana za dyscyplinę, której czas się skończył wraz ze zmierzchem metafizyki filozoficznej, a zatem za pozbawioną filozoficznej legitymacji. Pytania stawiane przez nią mogą być uznane za niemodne lub nieważne z innych perspektyw badawczych, lecz ocena taka opierać musi się na trudnych do uzasadnienia wartościowaniach.

W ślad za J. Razem zadania analitycznej teorii prawa określić można następująco:

In as much as a general theory of law is about the nature of law it strives to elucidate law's essential features, i.e., those features which are possessed by every legal system just in virtue of its being legal, by every legislative institution in virtue of being legislative, by every practice of legal reasoning in virtue of its being a practice of legal reasoning, and so on. A claim of necessity is the nature of the enterprise<sup>3</sup>.

J. Dickson, powołując się na J. Raza, twierdzi, że zadaniem analitycznej teorii prawa jest wyjaśnienie natury prawa, poprzez wskazanie i objaśnienie tych cech, które sprawiają, że prawo jest tym, czym jest<sup>4</sup>. Trafna analityczna teoria prawa jest zatem zbiorem zdań, które (1) są koniecznie prawdziwe oraz (2) adekwatnie wyjaśniają naturę prawa<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> J. Raz, *On the nature of law*, [w:] *idem, Between Authority and Interpretation*, Oxford 2009, s. 92.

<sup>4</sup> J. Dickson, *Evaluation and Legal Theory*, Oxford 2001, s. 17. Por. także J. Raz, *Can there be a legal theory*, [w:] *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, red. M. Golding, W.A. Edmundson, Oxford 2004; podobnie S. Shapiro, *Legality*, Cambridge 2011, s. 7 n; J.C. Bayon, *The province of jurisprudence undetermined*, [w:] *Neutrality and Theory of Law*, red. J. Beltran, J.J. Moreso, D.M. Papayannis, Berlin 2013, s. 5. Bayon uważa, że jest to określenie zadań teorii prawa, charakteryzujące współczesny mainstream analitycznej jurysprudencji. Pov. także R. Alexy, *On the concept and nature of law*, „Ratio Juris” 21, 2008, nr 3, s. 281–299, *passim*; *idem, The Nature of Legal Philosophy*, „Associations” 7, 2003, nr 1, s. 71. Takie pojmowanie zadań teorii prawa jest zatem przyjmowane także przez niepozytywistów jak R. Alexy. Inni niepozytywiści, a w szczególności R. Dworkin (*Justice in Robes*, Cambridge 2006, s. 216) ostro sprzeciwiają się jednak takiemu określeniu zadań teorii prawa. Dworkin pisze, że: „natura prawa” to „conforming mantra, postivism's phlogiston”.

<sup>5</sup> Tak określone zadanie analitycznych teorii prawa jest kwestionowane z różnych punktów widzenia. Ostatnio D. Enoch, *Is General Jurisprudence Interesting?* 2015, <http://papers.ssrn.com/>

Sformułowanie to nie odwołuje się do pojęcia prawa, lecz do jego natury. Należy przy tym zauważyć, że analityczna teoria prawa zostaje w ten sposób określona przez kryteria jej sukcesu, a nie przez metodę, którą stosuje<sup>6</sup>. Powstaje zatem pytanie, dlaczego teorie stawiające sobie tak zdefiniowane zadanie określają się jako teorie analityczne (choć sam Raz mówi o *general theory*, a nie o teorii analitycznej) i uznają za swoją metodę analizę pojęciową<sup>7</sup>.

Autorzy niniejszej pracy sądzą, że klucz do odpowiedzi na to pytanie można znaleźć w następującej wypowiedzi J. Raza:

Since a legal theory must be true of all legal systems the identifying features by which it characterizes them must of necessity be very general and abstract. It must disregard those functions which some legal systems fulfil in some societies because of the special social, economic, or cultural conditions of those societies. It must fasten only on those features of legal systems which they must possess regardless of the special circumstances of the societies in which they are in force. This is a difference between legal philosophy and sociology of law. The latter is concerned with the contingent and the particular, the former with the necessary and the universal. Sociology of law provides a wealth of detailed information and analysis of the functions of law in some particular societies. Legal philosophy has to be content with those few features which all legal systems necessarily possess<sup>8</sup>.

Sformułowanie to wyraźnie wskazuje, że teoria prawa nie jest dla J. Raza aposteriorycznym przedsięwzięciem empirycznym, lecz zapewne apriorycznym przedsięwzięciem analitycznym, uprawianym niezależnie od danych empirycznych dostarczanych przez empiryczną teorię prawa.

Takie sformułowanie zadania analitycznej teorii prawa pozostaje nadal dosyć tajemnicze, gdyż odwołuje się do obciążonych багаżem filozoficznym określeń „natura” i „konieczność”<sup>9</sup>. Ponadto pojawia się tu wiele trudnych zagadnień. Pierwsze z nich dotyczy związku pomiędzy naturą jakiegoś obiektu a pojęciem jego (naturą prawa a pojęciem prawa). Drugie sprowadza się do pytania, jak na-

---

sol3/papers.cfm?abstract\_id=2601537 (dostęp: 8.08.2016) argumentuje, że zadanie to jest poznawczo mało interesujące. Z innego punktu widzenia można twierdzić, że prawo nie ma żadnej natury.

<sup>6</sup> Tak *explicite* J. Dickson, *op. cit.*, s. 20.

<sup>7</sup> J. Bayon (*op. cit.*, s. 8) zwraca uwagę na cyrkularność, zawartą w takim określeniu zadania teorii prawa. Aby zidentyfikować właściwości konieczne prawa, trzeba wcześniej wiedzieć, co jest, a co nie jest prawem, a to z kolei zależy od tego, które właściwości uzna się za konieczne właściwości prawa. Również J. Finnis sceptycznie odnosi się do tak pojętych zadań teorii prawa i pisze „[...] discussions of what is conceptually possible or impossible, or gain 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”*, „American Journal of Jurisprudence” 59, 2014 s. 7).

<sup>8</sup> J. Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford 1979, s. 104–115. Roszczenie teorii prawa do uniwersalności w tym właśnie rozumieniu J. Raz podtrzymuje także w późniejszych pracach, na przykład *On the nature of law*, s. 91–92.

<sup>9</sup> 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. Z uwagi na to, że odniesienia do „*nature of law*” bardzo często pojawiają się w jurysprudencji analitycznej, autorzy postanowili jednak używać polskiego wyrazu „natura”.

leży rozumieć roszczenie teorii prawa do uniwersalności. Te dwa zagadnienia nie będą przedmiotem obecnych rozważań, gdyż autorzy zajęli co do nich stanowisko w innym opracowaniu<sup>10</sup>. Dla celów niniejszego opracowania wydaje się jednak niezbędne omówienie kilku kwestii wstępnych.

Pierwsza z nich to rozumienie analizy pojęciowej. Jak wiadomo, określenie „pojęcie” jest filozoficznie sporne. Nie wdając się w te kontrowersje, warto podkreślić tylko, że analityczne teorie prawa odzęgają się od utożsamiania pojęcia prawa ze znaczeniem wyrazu „prawo”, a zatem muszą przyjąć, że językowe znaczenie wyrazu „prawo” nie przesądza (a w każdym razie nie przesądza całkowicie) o treści pojęcia prawa<sup>11</sup>. Teorie te zatem zakładają, że analiza pojęcia prawa przynosi więcej informacji niż te, które są zawarte w samym znaczeniu wyrazu „prawo”<sup>12</sup>. Analiza pojęciowa to coś więcej niż analiza semantyczna.

W ocenie autorów pracy analityczne teorie prawa stosują typ analizy pojęciowej, który przynajmniej w punkcie wyjścia jest zbliżony do podejścia określanego we współczesnej filozofii analitycznej jako „*Canberra style analysis*”. Nie chodzi jednak o to, że nawiązują one *explicite* to metody analizy zaproponowanej przez F.P. Ramseya, a rozwiniętej przez D. Lewisa, F. Jacksona, C. Wrighta czy M. Smitha<sup>13</sup>. W największym uproszczeniu, pomijając różnice pomiędzy poglądami wskazanych filozofów, metodę tę można opisać w następujący sposób. Punktem wyjścia analizy pojęciowej jest zebranie wszystkich truizmów (*platitudes*) związanych z analizowanym pojęciem. Truizmy to takie zdania, które uznają wszyscy — w przekonaniu, że zrobią to także wszyscy inni. Jak pisze D. Lewis:

Collect all the platitudes that you can think of regarding the causal relations of mental states, sensory stimuli, and motor responses [...]. Add also all the platitudes to the effect that one mental state falls under another — „toothache is a kind of pain”, and the like. Perhaps there are platitudes of

<sup>10</sup> T. Gizbert-Studnicki, *Uniwersalność teorii prawa*, „Państwo i Prawo” 11, 2014, s. 3–18.

<sup>11</sup> T. Williamson, *The Philosophy of Philosophy*, Oxford 2007, s. 14. Autor ten wyraźnie odróżnia *linguistic turn* i *conceptual turn* w filozofii, twierdząc, że ten drugi jest znacznie szerszy. Inaczej A. Marmor, *Farewell to conceptual analysis*, [w:] *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, red. W. Waluchow, S. Sciaraffa, Oxford 2013, s. 211, który, powołując się na G. Ryle’a identyfikuje analizę pojęciową z analizą językową i twierdzi, że nie ma żadnych podstaw do odróżnienia pojęcia od znaczenia wyrazu. Prawdopodobnie pogląd A. Marmora jest nietrafny. Jak piszą M. Balcerak-Jackson i B. Balcerak-Jackson w: *Understanding and philosophical methodology*, „PhilosStud” 161, 2012, s. 189: „[...] 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«”. Analiza pojęciowa zmierza zatem do powiedzenia czegoś o desygnatach pojęć, a nie o znaczeniach wyrazów wyrażających pojęcia. Analiza znaczeniowa może co najwyżej pomóc w uzyskaniu takiej wiedzy. Kwestia ta zostanie szeroko omówiona w dalszej części artykułu.

<sup>12</sup> Por. T. Spaak, *The problem about the nature of law*, [w:] *Festschrift for Erik Carlsson*, red. F. Svenson, R. Śliwinski, Uppsala 2012, s. 272.

<sup>13</sup> O tej metodzie por. T. Szubka, *Filozofia analityczna. Koncepcje, metody, ograniczenia*, Wrocław 2009, s. 173–180.

other forms as well. Include only platitudes which are common knowledge among us — everyone knows them, everyone knows that everyone else knows them, and so on<sup>14</sup>.

Te truizmy niekoniecznie muszą być aprioryczne. Zdanie „krew jest czerwona” jest aposterioryczne, lecz należy do klasy truizmów o krwi. Nie wszystkie truizmy muszą być prawdziwe. Ich koniunkcja stanowi definicję analizowanego pojęcia.

Wedle F. Jacksona, celem tak prowadzonej analizy jest objaśnienie lub odtworzenie tak zwanej *folk theory* (potocznej teorii) analizowanego pojęcia<sup>15</sup>. Objawem istnienia takiej teorii są właśnie przyjmowane truizmy, a teorię odtwarza się przez dokonywanie eksperymentów myślowych, polegających na rozpatrywaniu różnych hipotetycznych przypadków i badaniu stosowalności do nich analizowanego pojęcia. Można powiedzieć, że odtworzenie takiej teorii polega na odsłonięciu milcząco przyjmowanych (i często nieuświadomianych sobie) założeń i presupozycji związanych z analizowanym pojęciem, ujawnieniu konsekwencji przyjmowanych truizmów oraz eliminacji niespójności truizmów. Rzecz jasna, teoria taka wykracza poza językowe znaczenie terminu, wyrażającego analizowane pojęcie.

Przeciwko tak rozumianej analizie pojęciowej łatwo sformułować istotny zarzut. Mianowicie fakt, że my wszyscy sądzimy, że rzeczy mają się w pewien sposób, nie przesądza o tym, że rzeczy istotnie tak się mają. Dana *folk theory* może być po prostu fałszywa. Aby zneutralizować ten zarzut F. Jackson wprowadza odróżnienie umiarkowanej i nieumiarkowanej roli analizy pojęciowej. Analiza w umiarkowanej roli nie aspiruje do udzielenia odpowiedzi na pytania dotyczące świata niezależnego od umysłu. Celem takiej analizy jest zrozumienie pewnych właściwości świata tak, jak są one określone i wyrażone przez naszą praktykę używania pojęć, podczas gdy celem analizy pojęciowej w jej nieumiarkowanej roli jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, jakie są rzeczywiste właściwości świata, niezależnie od naszych praktyk językowych i pojęciowych, za pomocą których opisujemy świat<sup>16</sup>. Jackson opowiada się za analizą pojęciową w jej umiarkowanej roli.

Można, rzecz jasna, powiedzieć, że analiza pojęciowa w jej umiarkowanej roli jest mało interesująca. Gdy zadajemy pytania filozoficzne, takie jak: na czym polega związek przyczynowy lub czy wolna wola jest do pogodzenia z determinizmem, nie chodzi nam o to, co ludzie na ten temat myślą i jaką teorię przyjmują, ale o to, jak naprawdę rzeczy się mają. Pozostawiając filozofom odparcie tego generalnego zarzutu, chcemy wskazać tylko, że nie ma on zastosowania do analizy pojęciowej dotyczącej artefaktów społecznych, takich jak prawo. Prawo jest

---

<sup>14</sup> D. Lewis, *Psychophysical and theoretical identifications*, „Australasian Journal of Philosophy” 50, 1972, s. 249–258.

<sup>15</sup> F. Jackson, *From Metaphysics to Ethics. A Defense of Conceptual Analysis*, Oxford 1998, s. 31.

<sup>16</sup> Por. F. Jackson, *op. cit.*, s. 42–43 oraz K. Himma, Immodesty in Dworkin’s ‘Third’ Theory, <http://papers.ssm.com> (dostęp: 8.08.2016).



bowiem niezależne od umysłu (*mind-independent*) tylko w słabym sensie: istnienie i właściwości prawa nie zależą od stanów mentalnych żadnego pojedynczego człowieka, lecz od kolektywnej świadomości społecznej. Prawo nie mogłoby istnieć, gdyby świadomość społeczna nie przypisywała mu istnienia. Właściwości prawa są co najmniej współkonstruowane przez przekonania członków danej społeczności, a zatem prawo ma pewne właściwości dlatego, że te właściwości są mu przypisane przez kolektywną świadomość. Relacja pomiędzy *folk theory* prawa lub sztuki a prawem czy sztuką jest różna niż relacja pomiędzy *folk theory* przyczynowości czy wolnej woli a przyczynowością czy wolną wolą. W tym pierwszym przypadku *folk theory* współkonstruuje swój przedmiot, a nie tylko zdaje z niego sprawę, tak jak w drugim przypadku. Stąd odtworzenie *folk theory* poprzez analizę truizmów związanych z prawem daje szansę na poznanie właściwości prawa.

W naszym przekonaniu wykorzystanie analizy pojęciowej w jej umiarkowanej roli jest cechą charakterystyczną współczesnych analitycznych teorii prawa, bez względu na to, czy twórcy tych teorii powołują się na szkołę canberrską, a nawet bez względu na to, czy uświadamiają oni sobie odróżnienie umiarkowanej i nieumiarkowanej wersji analizy pojęciowej<sup>17</sup>. J. Raz twierdzi, że:

[...] the notion of law as designating a type of social institution is not, however, part of the scholarly apparatus of any learned discipline. It is not a concept introduced by academics to help with explaining some social phenomena. Rather it is a concept entrenched in our society's self-understanding. It is a common concept in our society and one which is not a preserve of any specialized discipline [...]. It occupies a central role in our understanding of society, our own as well other societies. In large measure what we study when we study the nature of law is the nature of our self-understanding... It is part of our self-consciousness, of the way we conceive and understand our society [...]. That consciousness is part of what we study when we inquire into the nature of law<sup>18</sup>.

Powyższy cytat wskazuje, że teoria prawa J. Raza może być interpretowana jako rezultat stosowania analizy pojęciowej w jej umiarkowanej roli, choć sam J. Raz do tego odróżnienia nie nawiązuje.

W pewnym sensie analityczne teorie prawa wychodzą jednak poza schemat analizy pojęciowej w jej umiarkowanej roli, swego zadania nie ograniczają do odtworzenia *folk theory*, ale stawiają sobie ambitniejszy cel wyjaśnienia truizmów,

<sup>17</sup> I.P. Farrel, *H.L.A Hart and the methodology of jurisprudence* (review of N. Lacey, *A Life of H.L.A. Hart; The Nightmare and the Noble Dream*), „Texas Law Review” 84, 2005, s. 996 n. Autor twierdzi, że H. Hart stosował właśnie analizę pojęciową w umiarkowanej roli w rozumieniu F. Jacksona.

<sup>18</sup> J. Raz, *Can there be a legal...*, s. 331. Podobnie R. Alexy twierdzi, że debata o naturze prawa jest przede wszystkim debatą o samorozumieniu prawników (podczas gdy J. Raz ma raczej na myśli samorozumienie społeczeństwa, samorozumienie kultury). Por R. Alexy, *On the concept...*, s. 283–284). D. Patterson, *After conceptual analysis, the rise of practice theory*, [w:] *Concepts in Law*, red. J. Hage, D. von der Pfordten, Berlin 2009, s. 121. Autor zwraca uwagę na to, że takie ujęcie wydaje się pozostawać w sprzeczności z wymaganiami Raza, aby teoria prawa identyfikowała „konieczne prawdy”, gdyż nasze *self-understanding* jest przygodne.

w których ta *folk theory* się objawia. Gdy H.L.A. Hart pisze, że prawo jest związkiem (*union*) reguł pierwotnych i wtórnych, to wszakże nie twierdzi, że odróżnienie reguł pierwotnych i wtórnych jest składnikiem *folk theory* prawa. Funkcja tego twierdzenia polega raczej na tym, że pozwala ono na wyjaśnienie pewnej właściwości prawa, przypisywanej mu przez *folk theory*, a w tym jego kontynuacyjnego charakteru (prawo nie znika wraz ze śmiercią Austinowskiego suwerena). Najdobitniej uwidacznia się to w teorii „prawa jako planu” S. Shapiro<sup>19</sup>. Stawia sobie on wprost zadanie sformułowania takiej teorii prawa, która wyjaśnia truizmy stanowiące punkt wyjścia, i uważa, że teoria prawa jako planu wymagania to spełnia. Truizmy przytaczane przez S. Shapiro mają *nota bene* różny status: niektóre są apriorycznymi zdaniem analitycznymi, niektóre są aposterioryczne, a inne jeszcze zawierają elementy wartościowania. Nie miejsce tu na dokładniejsze omówienie relacji pomiędzy twierdzeniami teorii prawa a truizmami, stanowiącymi przejaw *folk theory* prawa. Autorzy ograniczą się do wskazania, że chodzi o pewnego rodzaju wnioskowanie redukcyjne (*inference to the best explanation*). Truizmy nie uzasadniają twierdzeń teorii, lecz mają być przez te twierdzenia uzasadnione.

Jak powiedziano, zadaniem analitycznej teorii prawa jest zidentyfikowanie tych właściwości prawa, które są konieczne i które z uwagi na to właśnie składają się na naturę prawa. Analityczne teorie w dość niefrasobliwy sposób operują określeniami „konieczny” i „istotowy” (*essential*), zwykle traktując je jak zamienniki. Rzadko przy tym teorie te podejmują się trudu bliższego określenia sposobu pojmowania konieczności i nie odróżniają należycie konieczności *de re* i *de dicto*<sup>20</sup>. Ponownie, nie wdając się w szersze rozważania, należy powiedzieć tylko, że w przekonaniu autorów niniejszej pracy w analitycznych teoriach prawa chodzi o konieczność metafizyczną *de re* i przyjmują one jej słabe rozumienie. Wskaźnikiem metafizycznej możliwości jest pojmowalność (*conceivability*) w tym sensie, że za metafizycznie możliwe uznaje się to, co jest pojmowalne<sup>21</sup>. W tym kontekście chodzi o pojmowalność wtórną, przy której nie jest zawieszona wiedza aposterioryczna, a w szczególności wiedza wyrażona w niektórych truizmach. Konieczne właściwości prawa to zatem takie właściwości, co do których niepojmowalne jest to, aby prawo ich nie miało w kontekście naszej wiedzy objawiającej się w przyjęciu zidentyfikowanych truizmów.

Autorzy nie chcą przez to powiedzieć, że teoria S. Shapiro, która wyjaśnia zdania uznane przez niego za truizmy przed odwołanie się do koncepcji prawa jako planu, jest merytorycznie trafna. Wskazano ją jako przykład teorii analitycznej, gdyż prawdopodobnie ujawnia ona *explicite* naturę analitycznych teorii prawa, a w szczególności tych, które mieszczą się w nurcie pozytywizmu.

<sup>19</sup> S. Shapiro, *op. cit.*, s. 8 n.

<sup>20</sup> J. Raz, *On the nature of law...*, s. 91. Autor unika tego problemu, pisząc „I will leave the question of the kind of necessity involved unexplored”.

<sup>21</sup> Por. D. Chalmers, *Does conceivability entail possibility?*, [w:] *Conceivability and Possibility*, red. T.S. Gendler, J. Hawthorne, Oxford 2002, s. 154.



Teorie te nie są analityczne w tym rozumieniu, że formułują wyłącznie zdania analityczne, w jakimkolwiek rozumieniu tego określenia. Ich punktem wyjścia jest zawsze pre-teoretyczna wiedza o prawie, a celem sformułowanie teorii, która tę wiedzę wyjaśnia. Autorzy sądzą, że ten sposób budowania analitycznej teorii prawa można przypisać na przykład H.L.A. Hartowi czy J. Razowi, który pisze: „The common conception of law prevalent in our society is consistent with the sources thesis. Furthermore, the sources thesis explains many fundamental beliefs about law current in our society [...]”<sup>22</sup>.

Pozytywistyczna teza o źródłach społecznych prawa jest tezą teoretyczno-prawną, nie należy do *folk theory*. Jak jednak wynika z powyższego twierdzenia Raza, podstawą jej przyjęcia jest to, że pozwala na wyjaśnienie pewnych przekonań należących do *folk theory*.

W tym sensie analityczne teorie prawa (takie jak H.L.A. Harta, J. Raza czy S. Shapiro) nie są aprioryczne, gdyż ich punkt wyjścia stanowią pewne przekonania na temat prawa, z których przynajmniej niektóre opierają się na doświadczeniu potocznym.

## SYSTEMOWOŚĆ PRAWA

Warto wreszcie przejść do pytania postawionego w tytule: czy systemowość jest konieczną właściwością prawa. Teza, że prawo tworzy system, nie należy zapewne do zbioru truizmów, w których objawia się *folk theory* prawa. Jest tak choćby z tego powodu, że termin „system” albo w ogóle nie należy do słownika języka potocznego, albo też w tym języku ma bardzo niesprecyzowane, a przez to mało interesujące znaczenie (konotując „układ elementów mający określoną strukturę i stanowiący logicznie uporządkowaną całość” albo pewną „formę ustroju państwowego”<sup>23</sup>). Termin ten niemal w ogóle nie pojawia się w aktach prawnych i może być uznany przede wszystkim za termin języka prawniczego<sup>24</sup>. Termin

<sup>22</sup> J. Raz, *The concept of a legal system*, Oxford 1980, 2 wyd., s. 215.

<sup>23</sup> Słownik języka polskiego PWN, <http://sjp.pwn.pl/sjp/system;2576909.html> (dostęp: 8.08.2016).

<sup>24</sup> W Konstytucji termin ten nie występuje. Znajduje się natomiast w nielicznych aktach prawnych rangi ustawowej, lecz i tak brakuje tam jakiegokolwiek jego definicji legalnej. Po pierwsze, termin ten znajduje się w ustawie z dnia 8 sierpnia 1996 r. o Radzie Ministrów, gdzie w art. 14c. czytamy, że część zadań Rządowego Centrum Legislacji polega na zapewnieniu obsługi prawnej Rady Ministrów poprzez „analizowanie orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego, a także Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich i Sądu Pierwszej Instancji w szczególności w zakresie wpływu na polski system prawa” oraz „współdziałaniu z Radą Legislacyjną w zakresie opiniowania rządowych projektów aktów normatywnych pod względem ich zgodności z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej oraz spójności z polskim systemem prawa”. Z kolei w art. 14 ust. 5 tej ustawy wskazano, że rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów ustalające zasady techniki prawodawczej musi określać

„system”, czy też „system prawa”, należy do słownika nauki prawa, a w tym przede wszystkim teorii prawa. Teza, że prawo z konieczności ma charakter systemowy, jest więc teoretyczno-prawna, a nie stanowi składnika *folk theory* prawa. Jak pisze J. Raz, teoretyk prawa, objaśniając znaczenie terminu „system prawa”, próbuje ukuć narzędzie pojęciowe, które pomoże mu w lepszym rozumieniu natury prawa<sup>25</sup>.

Wyrażenie „system prawa” należy, rzecz jasna, nie tylko do języka teorii prawa, lecz także do języka dogmatyki prawa i orzecznictwa. Tam jednak wyrażenie to jest często niefrasobliwie stosowane i nie przypisuje mu się jednego, precyzyjnego znaczenia. Wydaje się jednak możliwe odtworzenie powszechnych intuicyjnych przekonań, związanych z tym wyrażeniem w dogmatyce prawa i orzecznictwie. Dlatego za podstawę rekonstrukcji *folk theory* powinny być uznane zarówno potoczne przekonania o prawie, jak i przekonania prawników jako wyspecjalizowanej grupy zawodowej. Autorzy nie będą się odwoływali do tego rozróżnienia.

Jeżeli rozumie się naturę prawa jako zbiór jego koniecznych właściwości, rodzi się pytanie: czego (jakiego obiektu) mają to być właściwości. Zidentyfikowanie koniecznych właściwości prawa wymaga uprzedniego zidentyfikowania obiektu, którego są one właściwościami. Niezbędne jest zatem udzielenie odpowiedzi na pytanie: czy prawo jest rodzajem praktyki społecznej, a więc złożonym kompleksem działań ludzkich czy też raczej zbiorem norm, czy też jeszcze czymś innym<sup>26</sup>. Normy i działania mają odmienny status ontologiczny, a więc nie mogą mieć wspólnej „natury”.

Mówiąc potocznie o prawie, mamy na myśli prawo jako normy. Wszak mówimy, że prawo nam coś nakazuje, czegoś zakazuje lub na coś dozwala. Rzecz jasna

„elementy metodyki przygotowania i sposób redagowania projektów ustaw i rozporządzeń oraz innych normatywnych aktów prawnych, a także warunki, jakim powinny odpowiadać uzasadnienia projektów normatywnych aktów prawnych, jak również reguły przeprowadzania zmian w systemie prawa”. Poza tym, mając na uwadze akty rangi ustawowej termin ten występuje jeszcze jako element definiensa dla definicji „bezpiecznego kraju pochodzenia” w ustawie z dnia 13 czerwca 2003 roku o cudzoziemcach („oznacza to taki kraj pochodzenia cudzoziemca, w którym ze względu na system prawa i jego stosowanie oraz ze względu na stosunki polityczne w nim panujące nie występują prześladowania z powodu rasy, religii, narodowości, przynależności do określonej grupy społecznej lub przekonań politycznych...”). Z kolei, jeżeli chodzi o inne akty prawa powszechnie obowiązującego, to znajdujemy ten termin we wskazanym wyżej rozporządzeniu z dnia 20 czerwca 2002 roku w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”, gdzie pojawia się on jedynie w § 1 ust. 2 pkt 5, zgodnie z którym „w przypadku podjęcia decyzji o przygotowaniu projektu ustawy, należy sformułować prognozy podstawowych i ubocznych skutków rozważanych alternatywnych rozwiązań prawnych, w tym ich wpływ na system prawa”. We wskazanym akcie prawnym termin ten więcej nie występuje, choć są tam terminy powiązane, takie jak „systematyzacja” (aktu prawnego). Innych przypadków występowania tego terminu w aktach prawnych wyższej rangi nie udało się zlokalizować autorom niniejszej. Wskazane przypadki potwierdzają jednak, że ustawodawca zakłada, iż jest to termin techniczny języka prawniczego i w związku z tym nie definiuje go.

<sup>25</sup> J. Raz, *Autorytet prawa*, tłum. P. Maciejko, Warszawa 2000, s. 81.

<sup>26</sup> J. Gardner, *The legality of law*, „Associations” 77, 2003, nr 1, s. 89, 93. Podobnie S. Shapiro, *op. cit.*, s. 5 n, który w skazuje, że prawo może być pojęte jako zespół norm, względnie jako organizacja, składająca się z ludzi.

normy te są wytworami pewnych praktyk społecznych, działania składające się na te praktyki nie są jednak rozumiane jako prawo, lecz raczej jako tworzenie czy stosowanie prawa. To potoczne rozumienie normy ma charakter pre-teoretyczny, nie wiąże się bowiem z jakąkolwiek ściślejszą jej ontologiczną charakteryzacją (np. jako wypowiedzi językowej czy pewnego typu przekonania, czy też wzorca), a jedynie z jej ogólnie „normatywnym” („powinnościowym”) charakterem.

W języku potocznym wyraz „prawo” funkcjonuje niekiedy jako oznaczający poszczególne składniki porządku prawnego (np. „ta oto norma jest prawem”), niekiedy jako tak zwany *mass term*, podobnie jak wyraz „śnieg” lub wyraz „piasek”, oznaczający nieprzeliczalny zbiór norm (np. gry mówimy „prawo jest obwarowane przymusem”), a niekiedy jako wyraz oznaczający jakiś cały porządek prawny pojęty jako zbiór w sensie mereologicznym lub w sensie dystrybutywnym (np. gdy mówimy „prawo polskie jest przestarzałe”)<sup>27</sup>. Teza, że prawo stanowi system, odnosi się do trzeciego z wyróżnionych wyżej użyć. W związku z tym odpowiedź na pytanie: czy konieczne właściwości prawa, które ma odkryć analityczna teoria prawa, to właściwości prawa jako całości (porządku prawnego) czy też właściwości poszczególnych jego składników, w kontekście naszego zagadnienia jest łatwa. Jeżeli systemowość to konieczna właściwość prawa, to właściwość ta może przysługiwać tylko porządkom prawnym stanowiącym pewną całość, a właściwością poszczególnych norm prawnych może być tylko to, że z konieczności należą one do systemu.

Teza, że każda norma prawna z konieczności jest elementem systemu, odgrywa w pozytywistycznych teoriach prawa kluczową rolę. Autorzy sądzą, że analityczne teorie prawa przyjmują wspólną tezę, którą L. Green sformułował następująco:

There is no feature of a norm, taken by itself, that marks it as a legal norm... A norm is a legal norm in virtue of its role in some legal system. This was Kelsen's [...] Copernican revolution in legal philosophy<sup>28</sup>.

Teza ta pozwala na delimitację szeroko rozumianych pozytywistycznych teorii prawa. Nie-pozytywistyczne teorie nie negują systemowości prawa, nie przypisują jednak systemowości takiej właśnie roli. O prawnym charakterze normy wedle tych teorii decydują inne niż systemowość kryteria (a w szczególności kryteria moralne, funkcjonalne czy jeszcze inne). Przynależność do systemu wedle tych teorii nie determinuje zatem (a w każdym razie nie determinuje całkowicie) prawnego charakteru normy.

<sup>27</sup> *Ibidem*, s. 4. J. Coleman, O. Simchen, *Law*, „Legal Theory” 9, 2005. s. 13. Autorzy ci odróżniają użycia *law* jako *mass term* i jako *count term*.

<sup>28</sup> L. Green, *The Normativity of Law: What is the Problem?* (manuskrypt), s. 5. H. Kelsen pisze „It is impossible to grasp the nature of law if we limit our attention to the single isolated rule” (*General Theory of Law and State*, Cambridge 1961, s. 4). Podobny pogląd można przypisać H. Hartowi, który wszak pojmuje prawo jako „union of primary and secondary rules” (*The Concept of Law*, 3 wyd., Oxford 2012, s. 79 n.) oraz J. Razowi, *The Authority of Law*, 1979, s. 116.

Powstaje pytanie: jakie jest uzasadnienie tej tezy. Jak się wydaje, jest ona umotywowana redukcyjnie przez pewne powszechnie przyjęte truizmy, a w tym truizm głoszący, że normy prawne nie występują pojedynczo, lecz zawsze jako elementy jakiegoś zbioru. Elementem *folk theory* prawa jest także przekonanie, że prawa różnych państw różnią się, a przynajmniej mogą się różnić, treściowo. Czym innym jest prawo polskie, a czymś innym prawo niemieckie czy angielskie. Ten truizm odnosi się do prawa pojętego jako porządek prawny, a nie do poszczególnych norm prawnych (poszczególne normy różnych porządków prawnych mogą być identyczne) i może zostać wyrażony za pomocą zdania: Różne państwa mają różne prawa.

Sprawa ta komplikuje się jednak, gdyż jesteśmy skłonni mówić o tożsamości względnie odrębności systemów prawnych w dwóch różnych aspektach. Pierwszy z nich to aspekt momentalny: interesuje nas pytanie, jakie normy wchodzi w skład prawa polskiego w danej chwili. W tym aspekcie prawo polskie dzisiejsze różni się od prawa polskiego wczorajszego czy jutrzejszego. Drugi to aspekt ciągłości. W tym ujęciu dzisiejsze prawo polskie pozostaje nadal tym samym co wczoraj, choć różni się (w aspekcie momentalnym) od prawa wczorajszego. Ta dwuaspektowość charakteryzuje sposób mówienia o tożsamości prawa, wyznaczony przez *folk theory*, choć często nie jest *explicité* uświadomiona. Analityczna teoria prawa nie może zatem tej dwuaspektowości zignorować<sup>29</sup>. Terminu „system” używa się w znaczeniu momentalnym wtedy, gdy stawia się pytanie: czy jakaś norma należy do systemu, a w znaczeniu niemomentalnym wtedy, gdy rozważa się zagadnienie ciągłości i trwania (a więc na przykład pytanie: czy po jakichś rewolucyjnych zmianach mamy nadal do czynienia z tym samym systemem prawa czy z nowym systemem prawa; odpowiedź na to pytanie ma często znaczenie praktyczne przy rozstrzyganiu rozmaitych problemów politycznych i prawnych). Rozważenie tych sposobów mówienia o prawie, stanowiących przejaw *folk theory* prawa, zmusza zatem analityczną teorię prawa do wyróżnienia dwóch różnych, choć powiązanych ze sobą pojęć systemu prawa.

Teza o systemowości prawa stanowi zatem wyjaśnienie wchodzącego w skład *folk theory* truizmu, że nie istnieją „monadyczne” (*free floating*) normy prawne, a zatem takie, które nie należą do jakiegoś wieloelementowego porządku prawnego, bez względu na to, czy porządek ten ujmujemy w aspekcie momentalnym czy niemomentalnym. Truizm ten jeszcze oczywiście nie przesądza o systemowości prawa, lecz tylko o jego mnogości (prawo składa się z wielu elementów) i zapewne o jego holistycznym charakterze (znaczenie norm można ustalić tylko w kontekście innych znajdujących się w „systemie” norm). Oczywiście, mnogość norm jako powiązanie wielu norm należy odróżnić od holizmu norm, który

<sup>29</sup> J. Raz, *The concept of a legal system...*, s. 186 mówi o „momentary” i „non-momentary” legal systems. W polskim tłumaczeniu „*The Authority of Law*” (s. 83), cytowanym wcześniej, użyto określenia „doraźny system”, które nie wydaje się właściwe.

zakłada, że mogą one być rozumiane tylko w kontekście powiązań, które mają specyficzny, funkcjonalny status<sup>30</sup>.

Gdyby ograniczyć rolę analitycznej teorii prawa wyłącznie do wyjaśnienia wskazanych wyżej truizmów stanowiących przejaw *folk theory*, to w gruncie rzeczy teoria prawa miałaby niewiele więcej do powiedzenia. Z tego punktu widzenia jedyną konieczną właściwością prawa wydaje się bowiem jego mnogość polegająca na tym, że jakaś norma jest normą prawną tylko wtedy, gdy stanowi element jakiegoś wieloelementowego zbioru norm.

Autorzy sądzą jednak, że analityczna teoria prawa ma znacznie więcej do powiedzenia na temat systemowości prawa, zwłaszcza w niemomentalnym aspekcie tego zagadnienia. Dotyczy to w szczególności istotnej kwestii ciągłości i trwania prawa pomimo zmian poszczególnych norm wchodzących w jego skład.

Warto przyrzeć się nieco bliżej teorii H.L.A. Harta, znowu z punktu widzenia sposobu uzasadnienia przez niego tezy, że prawo stanowi system reguł, a nie tylko „just a discrete unconnected set”<sup>31</sup>. Czytając rozdział V *Pojęcia prawa*, można odnieść wrażenie, że jest to studium z zakresu antropologii kulturowej<sup>32</sup>. Hart opisuje bowiem, w jaki sposób społeczeństwo na niskim stopniu rozwoju, w którym funkcjonują tylko normy zwyczajowe, przekształca się w posiadające system prawny. Wrażenie takie byłoby jednak w przekonaniu autorów tej pracy całkowicie mylne. Hart nie uprawia antropologii w jakimkolwiek sensie tego słowa, ale prowadzi właśnie analizę pojęciową w sposób, który został opisany wyżej<sup>33</sup>. Nie interesuje go pytanie, w jaki sposób systemy prawa w rzeczywistości powstały, i nie polega na źródłach historycznych i analizie dotychczasowych osiągnięć antropologii czy socjologii. Rozważania Harta mają niewątpliwie „gabinetowy” charakter (są rodzajem *armchair theorizing*). Hartowski hipotetyczny opis społeczeństwa przed-prawnego nie jest próbą historycznej rekonstrukcji procesu powstawania prawa, lecz ma tylko cele heurystyczne, a w szczególności ma uzasadnić tezę, że systemowość pojęta jako zachodzenie szczególnego rodzaju związków pomiędzy poszczególnymi różnorodnymi składnikami prawa (regułami pierwotnymi i wtórnymi) jest konieczną właściwością prawa. Ten opis społeczeństwa przed-prawnego i jego przekształcenia w społeczeństwo rządzone

<sup>30</sup> Z kolei holizm norm należy odróżnić od holizmu w interpretacji (*holistic pragmatism*), zgodnie z którym nie można w ogóle zrozumieć sensu jakiegos zdania/terminu bez posiadania całej teorii znaczeń innych zdań/terminów (siatki pojęciowej). Ponieważ ograniczono się tu do badania systemowości prawa (głównie w słabej postaci), wystarczy odwołanie się do holizmu norm. Holizm w interpretacji pozostaje w tych okolicznościach tematem filozoficznym, którym nie trzeba się zajmować, co z góry wyłącza też pewną postać postmodernistyczno-hermeneutycznej krytyki, która spychałaby nasze rozważania w trudnym do opanowania kierunku.

<sup>31</sup> H. Hart, *The Concept...*, s. 95.

<sup>32</sup> Por. [https://en.wikipedia.org/wiki/Armchair\\_theorizing](https://en.wikipedia.org/wiki/Armchair_theorizing) (dostęp: 8.08.2016).

<sup>33</sup> P.M.S. Hacker, *Hart's philosophy of law*, [w:] *Law, Morality and Society: Essays in Honor of H.L.A. Hart*, red. P.M.S. Hacker, J. Raz, Oxford 1977, s. 11. Autor pisze „this revealing analysis is not a piece of armchair anthropology, but is conceptual analysis”.



prawem jest rodzajem eksperymentu myślowego prowadzonego, w naszym przekonaniu, w duchu F. Jacksona.

Punktem wyjścia takiej analizy są pewne rozpowszechnione przekonania, które można uznać za należące do *folk theory*. Najważniejsze z nich są następujące: prawo ma co do zasady ustaloną treść, prawo podlega zmianom, niekiedy dość dynamicznym, prawo na ogół skutecznie wymusza pewne zachowania, prawo trwa, pomimo zmiany osoby suwerena. H.L.A. Hart uważa, że dotychczasowe teorie prawa, a w szczególności pogląd J. Austina nie pozostawały w zgodzie z tymi powszechnymi przekonaniem. Przeprowadzona przez Harta krytyka teorii J. Austina jest dobrze znana. Teoria ta jest oparta na pojęciu suwerena, zdefiniowanym przez odwołanie się do nawyku posłuszeństwa. Jako taka, teoria J. Austina nie wymaga, aby prawo było systemem nawet w najślabszym rozumieniu tego określenia. To, czy dana norma jest normą prawną, nie zależy od innych norm, lecz wyłącznie od istnienia nawyku posłuszeństwa wobec normodawcy. Teoria ta nie pozwala jednak na wyjaśnienie trwałości prawa w sytuacji zmiany osoby suwerena. Pierwszy rozkaz następcy suwerena nie może być prawem, skoro nie mógł jeszcze wykształcić się nawyk posłuszeństwa wobec tej osoby, a skoro poprzedni suweren zmarł, to zniknął nawyk posłuszeństwa wobec niego, a zatem jego rozkazy przestały być prawem. W myśl teorii Austina śmierć suwerena musi zatem spowodować unicestwienie istniejącego prawa.

Cel H.L.A. Harta może być ujęty jako sformułowanie teorii, która wyjaśnia wskazane wyżej rozpowszechnione przekonania o kontynuacyjnym charakterze prawa<sup>34</sup>. Teoria Harta jest powszechnie znana, nie jest to więc miejsce na jej przedstawianie. Warto tylko przypomnieć, że podstawę teorii Harta stanowi odróżnienie reguł pierwszego i drugiego stopnia oraz ujęcie podstawowej reguły drugiego stopnia, a więc reguły uznania jako reguły społecznej, ugruntowanej przez postawy i zachowania urzędników, wyrażające jej akceptację. I znowu nie chodzi o to, czy teoria Harta jest merytorycznie trafna, lecz wyłącznie o podkreślenie funkcji tej teorii, jako wyjaśniającej rozpowszechnione przekonania o prawie. Rzecz jasna odróżnienie reguł pierwszego i drugiego stopnia jako koniecznych składników prawa oraz koncepcja reguły uznania jako reguły społecznej nie są składnikami *folk theory*. Przekonania odpowiadające tym tezom nie są „truizmami” akceptowanymi w społecznej świadomości lub nawet tylko świadomości prawników. Są to tezy teoretyczne, które mają funkcję wyjaśniania truizmów, wchodzących w skład *folk theory*, a w tym truizmu o trwałości i kontynuacyjnym charakterze prawa.

<sup>34</sup> Autorem nie chodzi tu o to, jaki cel faktycznie przyświecał Hartowi, ale raczej o interpretację jego teorii w świetle tego, co powiedziano wcześniej o analizie pojęciowej. Sam Hart wyjaśniał genezę reguł wtórnych przez odwołanie się do rozmaitych wad porządków normatywnych, składających się tylko z reguł pierwotnych. Powstaje tu oczywiście pytanie, czy Hart zachowuje deklarowaną przez siebie neutralność wobec wartości. Por. J. Gardner, *Why law might emerge: Hart's problematic tale*, „Oxford Legal Studies Research Paper” 61, 2013, s. 2.



Tezy te jednocześnie przesądzają o fakcie, że prawo z konieczności musi zostać ujęte jako system, przynajmniej w słabym rozumieniu tego określenia. Prawo nie jest po prostu zbiorem norm (Hart powiedziałby: reguł), gdyż dla istnienia prawa konieczne jest istnienie pewnego rodzaju powiązań pomiędzy poszczególnymi normami, a w tym regułami pierwszego i drugiego stopnia. Reguła pierwszego stopnia nie jest prawna tak długo, jak długo nie wiąże się odpowiednio z regułami drugiego stopnia, a w tym, przynajmniej pośrednio, z regułą uznania<sup>35</sup>. Trzeba tu podkreślić, że H.L.A. Hartowi chodzi przede wszystkim o systemowość rozumianą nie-momentalnie, a zatem w aspekcie powstawania i przekształcania się porządku prawnego.

Jak podkreślono wyżej, jest to słabe pojmowanie systemowości. W szczególności, systemowość prawa sprowadza się w gruncie rzeczy do zachodzenia powiązań pomiędzy regułami prawnymi, a w tym przynajmniej pośredniego powiązania każdej reguły z regułą uznania. Jedyne uporządkowanie reguł zakładane przez takie pojmowanie systemowości to odróżnienie reguł pierwotnych i wtórnych oraz wywodzenie się obowiązywania reguł prawnych bezpośrednio lub pośrednio z reguły uznania. Systemowość prawa tak rozumiana nie implikuje wymagania niesprzeczności i zupełności prawa (które występują w jej mocnym rozumieniu). Co prawda H.L.A. Hart uważa, że jedną z funkcji reguły uznania jest rozstrzyganie konfliktów pomiędzy regułami pochodzącymi z różnych źródeł, lecz J. Raz trafnie wskazuje, że może istnieć więcej niż jedna reguła uznania, stąd też rozstrzygnięcie takich konfliktów nie musi być z góry zdeterminowane<sup>36</sup>. Jak należy sądzić, niesprzeczność systemu nie jest (przynajmniej dla J. Raza) jego cechą definicyjną. Wymagania niesprzeczności i zupełności odnoszą się zresztą do systemu pojmowanego momentalnie.

W przekonaniu H.L.A. Harta reguła uznania decyduje o tożsamości systemu prawnego, ujętego niemomentalnie. Warto przypomnieć, że reguła uznania w ujęciu Harta jest społeczna, konstytuowana przez zachowania się i postawy urzędników<sup>37</sup>. System pozostaje tym samym systemem (pomimo zmian reguł wchodzących w jego skład) tak długo, jak długo opiera się na tej samej regule uznania. Reguła uznania systemu może podlegać przy tym modyfikacjom, nienaruszających tożsamości systemu, dopóki mają one charakter ewolucyjny. Odróżnienie przypadków, w których nastąpiła tylko modyfikacja reguły uznania, od przypadków, kiedy dawna reguła została zastąpiona przez nową, jest nieostre, a zatem problem tożsamości systemu prawnego nie zawsze znajduje łatwe rozwiązanie. Zdaniem J. Raza rozwiązanie zagadnienia tożsamości systemu prawnego wymaga odwołania się do pojęcia systemu politycznego. Trwałość systemu prawnego jest powiązana z trwałością systemu politycznego<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> O pośrednim powiązaniu por. J. Raz, *Autoritet...*, s. 96–97.

<sup>36</sup> *Ibidem*, s. 97.

<sup>37</sup> Por. o Hartowskiej teorii reguły uznania w: A. Dyrda, *Konwencja u podstaw prawa. Kontrowersje pozytywizmu prawniczego*, Warszawa 2013, s. 37 n.

<sup>38</sup> J. Raz, *Autoritet...*, s. 101.

Niezależnie od różnic pomiędzy H.L.A. Hartem a J. Razem, w ujęciu ich należące do *folk theory* przekonanie o trwałości prawa, czy inaczej — jego kontynuacyjnym charakterze, zakłada, że prawo nie jest tylko przeliczalnym zbiorem norm, ale że normy te tworzą system, przynajmniej w „słabym” rozumieniu tego określenia. Systemowość jest w tym sensie konieczną właściwością prawa, gdyż w braku tej właściwości pewne rozpowszechnione przekonania o prawie nie mogłyby zostać wyjaśnione. Jest to konieczność metafizyczna w rozumieniu określonym wyżej, której wskaźnik stanowi pojmovalność wtórna (tj. niebiorąca w nawias wiedzy empirycznej o prawie).

Przyjęcie „słabej” tezy o systemowości prawa jest zdaniem analitycznych teoretyków prawa niezbędne dla wyjaśnienia innych przekonań wchodzących w skład *folk theory*. Pewne ważne właściwości prawa, decydujące o jego odrębności od innych porządków normatywnych przypisać można tylko systemowi prawa, a nie poszczególnym normom wchodzącym w jego skład. Wymieńmy najważniejsze z nich. Pierwszą z tych właściwości jest skuteczność. Z jednej strony powszechne przekonanie nie przypisuje charakteru prawa takim normom, które są nieskuteczne, tj. są ignorowane i powszechnie naruszane w praktyce społecznej<sup>39</sup>. Z drugiej — nieskuteczność jakiejś pojedynczej normy nie pozbawia jej jednak charakteru normy prawnej, choćby tego, że może ona być nadal użyta jako próbnik legalności czyjegoś postępowania. Stąd wymaganie skuteczności nie odnosi się do pojedynczych norm, ale do prawa jako całości, a więc do systemu prawa. Istnienie prawa jest uzależnione od jego skuteczności, lecz nieskuteczność pojedynczej normy nie sprawia, że traci ona charakter prawa. Drugą ważną cechą prawa jest całościowość. Wedle potocznych przekonań nie ma takiej dziedziny życia społecznego, która ze swej natury byłaby wyłączona spod regulacji prawnej, co oczywiście nie znaczy, że prawo *de facto* reguluje lub powinno regulować wszystkie dziedziny życia<sup>40</sup>. Ta właściwość prawa jest często przedmiotem krytyki; uważa się, że prawo niepotrzebnie reguluje takie dziedziny życia społecznego, które powinny pozostać wolne od regulacji (co stanowi niejednokrotnie wyraz przesadnego paternalizmu i prowadzi do inflacji prawa). Tym niemniej, żadnej normie nie można odmówić charakteru prawnego z tego powodu, że dotyczy jakiejś kwestii, która winna wedle naszej oceny pozostać poza sferą regulacji. Po trzecie, prawo zgłasza roszczenie do nadrzędności w stosunku do wszystkich innych norm społecznych. Po czwarte, prawo jest „o t w a r t e”, gdyż często odsyła do innych porządków normatywnych i uznaje normy wchodzące w ich skład.

Wszystkie te właściwości przysługują prawu jako całości, a więc systemowi prawa, a nie poszczególnym normom wchodzącym w jego skład. Dlatego wyjaśnienie tych właściwości musi się odwoływać do systemowości prawa. Systemo-

<sup>39</sup> Por. o rozmaitych trudnościach z określeniem skuteczności prawa w: J. Raz, *The concept of a legal system...*, s. 202 n.

<sup>40</sup> J. Raz, *Autorytet...*, s. 117.

wość, rozumiana w „słabym” sensie, jest konieczną właściwością prawa, gdyż w braku systemowości istotne właściwości prawa stwierdzone w potocznych przekonaniach na temat prawa byłyby niepojmowalne.

O ile odwołanie się do systemowości w słabym rozumieniu może stanowić interesujące wyjaśnienie truizmu o kontynuacyjnym charakterze prawa, o tyle pojęcie systemowości prawa w mocnym rozumieniu rodzi pewne wątpliwości. Dla jakiego truizmu tak pomyślana teza stanowiłaby właściwe wyjaśnienie? Dla truizmów, które przywołano wyżej, pojęcie systemowości w słabym sensie zupełnie wystarcza. Trudności ze wskazaniem odpowiedniego truizmu rodzą podejrzenie, że nie jest to właściwie teza (stanowiąca wyjaśnienie teoretyczne), ale raczej postulat teoretyczny (dotyczący lepszego ujęcia prawa). Nie wyklucza to, aby w przyszłości truizm, dla którego mocna teza będzie wyjaśnieniem, rzeczywiście się pojawił<sup>41</sup>. Truizmy tego typu mogły być także elementem jakiejś historycznej *folk theory* prawa (choć rekonstrukcja *folk theory* stanowi przedsięwzięcie gabinetowe, nie można zakładać, że pozostaje zupełnie niezmienna w czasie). Na przykład truizmy dotyczące logicznej, spójnej i domkniętej struktury prawa mogły stanowić wspólny punkt wyjścia dla konstrukcji wczesnośredniowiecznych i scholastycznych (chodzi tu o chrześcijańskie doktryny opierające się na założeniu o boskim porządku stworzenia; sama idea „boskiego porządku” stanowi w tym kontekście truizm, który zostaje dokładniej wyjaśniony przy pomocy pewnej wersji idei systemowości prawa w mocnym rozumieniu). Dokładniejsze zbadanie statusu eksplanacyjnego twierdzenia o systemowości prawa w mocnym rozumieniu wymagałoby osobnych badań.

W związku z powyższym należy podkreślić, że analiza pojęciowa stylu Canberra to nie żadne ambitne zadanie, a cel autorów stanowi pokazanie tylko, że jest to najbardziej podstawowy i najmniej „zaangażowany” typ analizy pojęciowej. Często łączy się jednak ten typ analizy, która ma być „deskryptywna” (na poziomie meta-teoretycznym) z założeniami, z otwarcie wartościującymi analizami, na przykład takimi, które pojęcie systemowości wprost łączą z jego mocnym rozumieniem (spójność, zamknięty charakter itd.) stanowiącym w tym wypadku postulat teoretyczny. Analizy prowadzące do wniosków, że prawo jest systemowe w mocnym sensie, są przykładem analiz, które częściowo mają konstruktywny charakter — i w związku z tym nie są „tylko” analizami — ich celem jest także przedstawienie prawa takim, jakie „powinno” ono być itp. (co więcej, duża część analiz dogmatycznych ma taki właśnie charakter). W świetle tego stawiająca sobie skromne zadanie analiza *à la* Canberra jest bardzo powściągliwa i w tym sensie nawet interesująca; oczywiście pod warunkiem, że ma rzeczywiście zasadniczo deskryptywny charakter.

<sup>41</sup> Wyobraźmy sobie społeczeństwo, w którym obowiązkową lekturą na odpowiednim poziomie edukacji zostaje uproszczona i skrócona wersja *Czystej teorii prawa* H. Kelsena. Po kilkunastu latach jednym z plonów edukacji w objętym reformą pokoleniu stanie się truizm dotyczący pojęcia prawa jako pewnej „logicznej” struktury, czego głębszym wyjaśnieniem będzie idea systemowości prawa w mocnym rozumieniu.

## ZAKOŃCZENIE

Pozytywistyczna teza głosząca, że prawo jest systemem, jest rzecz jasna banalna. Trudno byłoby znaleźć jakiś kierunek teoretyczno-prawny, który negowałby systemowość prawa. Zdaniem autorów niniejszego opracowania swoistość ujęcia pozytywistycznego polega na tym, że pozytywiści uznają systemowość za konieczną czy też istotową właściwość prawa, należąca wedle ich ujęcia do natury prawa. Inaczej rzecz ujmując: przynależność do systemu konstytuuje (czy przynajmniej współkonstruuje) normę jako normę prawną. Teza, że normy prawne tworzą system, nie jest zatem efektem uogólnienia empirycznej obserwacji prawa, lecz pojęciową właściwością prawa. Prawo jest systemowe z tego względu, że inaczej nie mogłoby być prawem. Jest to zatem właściwość dobitnie odróżniająca prawo od innych porządków normatywnych, takich jak moralność czy obyczajowość<sup>42</sup>. Jakaś norma jest normą moralną dlatego, że jest treściowo słuszna lub uważana za słuszną. Jakaś norma jest normą obyczajową dlatego, że jest powszechnie przyjęta. Oczywiście, także normy moralne czy obyczajowe mogą tworzyć systemy, jest to jednak przygodna właściwość moralności czy obyczajów. Norma pozostaje normą moralną czy obyczajową nawet wtedy, gdy nie należy do żadnego z góry zaprojektowanego czy faktycznie akceptowanego systemu moralnego<sup>43</sup>.

Teza, że systemowość w słabym rozumieniu jest konieczną i istotową właściwością prawa jest rezultatem analizy pojęciowej. Nie chodzi tu jednak o analizę pojęciową rozumianą jako analiza znaczeń wyrazów języka, lecz o analizę Canberrowską (*Canberra style analysis*), której punktem wyjścia są rozpowszechnione przekonania o prawie (truizmy). Dlatego tak prowadzona analiza pojęciowa ma pewien związek z doświadczeniem, skoro, jak podkreślono, przynajmniej niektóre z tych przekonań są wynikiem doświadczenia potocznego. Pomimo to analityczna teoria prawa pozostaje *armchair enterprise*, gdyż te dane doświadczenia potocznego nie są poddane metodologicznej kontroli za pomocą kryteriów wypracowanych przez empiryczne nauki społeczne (w tym znaczeniu, przykładowo, rekonstrukcja ogólnych przekonań ludzi, tj. truizmów, na temat prawa nie jest możliwa za pomocą jakiegokolwiek, choćby najlepiej sporządzonej, ankiety). Nie można jednak traktować tego jako wad analitycznych teorii prawa,

<sup>42</sup> Natomiast ta właściwość nie pozwala jeszcze na odróżnienie prawa od norm należących do systemów normatywnych tworzonych przez pozapaństwowe organizacje (np. korporacje czy stowarzyszenia). Por. o możliwych podstawach takiego odróżnienia w: S. Shapiro, *Legality*, s. 217 n.

<sup>43</sup> W celu uniknięcia wątpliwości mowa tu o „systemie moralnym”, bo w kontekście interpretacji zawsze jakiś „system” się przecież znajdzie. Nawet w takich okolicznościach norma moralna, choćby wzięta w izolacji, mogłaby jednak konstytuować jakiś system statyczny w Kelsenowskim znaczeniu. W końcu, samodzielna norma „Nie zabijaj” pozwala zawsze wyprowadzić wiele norm pozostających w zależnościach treściowych, podrzędnych, ale niebędących identycznymi z normą wyjściową. W celu uniknięcia tego typu problemów interpretacyjnych, mowa tu o systemie moralnym „z góry zaprojektowanym” lub „faktycznie akceptowanym”.

z uwagi na specyficzną rolę poznawczą tych teorii. Warto na koniec jeszcze raz przywołać J. Raza:

The notion of law as designating a type of social institution is not, however, part of the scholarly apparatus of any learned discipline. It is not a concept introduced by academics to help with explaining some social phenomena. Rather it is a concept entrenched in our society's self-understanding<sup>44</sup>.

Dlatego podstawą analitycznych teorii prawa ma być właśnie to społeczne samorozumienie, a nie rezultaty metodologicznie kontrolowanych badań empirycznych. Warto dodać, że jeśli społeczne samorozumienie społeczeństwa przejawia się w diskutowanych truizmach (jak sądzimy), to mogą one stanowić przyczynek do teorii dowolnego artefaktu kulturowego, a nie jedynie prawa. Spostrzeżenie to pokazuje zatem, że analiza instytucji uprawiana w stylu Canberrowskim może być przyczynkiem do przedstawienia szerszej teorii kultury, która wprost odrzuca klasyczne metody analiz pojęciowych (wskazując na liczne ich wady, z defektami idei „analityczności” włącznie)<sup>45</sup>.

## IS SYSTEMNESS A NECESSARY FEATURE OF LAW?

### Summary

This question is a metaphysical question, as it relates to the nature of law. The answer must be based on the conceptual analysis. The method of conceptual analysis applied by contemporary analytic theories of law may be interpreted as a „modest” conceptual analysis in the terminology of F. Jackson. The basis of such an analysis are platitudes about law, generally accepted in a given society and the purpose of analysis is the rational reconstruction of the *folk theory* of law. Using this method, the authors come to the conclusion that necessarily any rationally reconstructed *folk theory* of law must contain the claim that the law constitutes a system, at least in the weak sense of the word.

---

<sup>44</sup> J. Raz, *Can there be a legal...*, s. 31. Por. Z. Pulka, *Struktura poznania filozoficznego w prawnawstwie*, Wrocław 2004, s. 126.

<sup>45</sup> O wartości analitycznej filozofii kultury, która nie opiera się na klasycznie pojmowanej metodzie analizy (a w zasadzie wprost ją odrzuca) por. całą twórczość M.G. White'a, a w szczególności jego ostatnią książkę *Philosophy of Culture: The Scope of Holistic Pragmatism*, Princeton 2002.