

KONWENCJA U PODSTAW PRAWA

KONTROWERSJE POZYTYWIZMU
PRAWNICZEGO

Adam Dyrda

MONOGRAFIE LEX



LEX

a Wolters Kluwer business

KONWENCJA U PODSTAW PRAWA

KONTROWERSJE POZYTYWIZMU
PRAWNICZEGO

Adam Dyrda

Zamów książkę w księgarni internetowej

proinfo.pl
księgarnia internetowa



LEX

a Wolters Kluwer business

Warszawa 2013

Publikacja dofinansowana przez Uniwersytet Jagielloński

Recenzent

Prof. dr hab. Zygmunt Tobor

Wydawca

Magdalena Przek-Ślesicka

Redaktor prowadzący

Marzena Molatta

Opracowanie redakcyjne

Izabela Ratusińska

Łamanie

Zakład Usługowy PRIM

Układ typograficzny

Marta Baranowska

.....
: 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 Polska SA, 2013

ISBN 978-83-264-4222-3

ISSN 1897-4392

Wydane przez:

Wolters Kluwer Polska SA

Redakcja Książek

01-231 Warszawa, ul. Płocka 5a

tel. 22 535 82 00, fax 22 535 81 35

e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

Moim najdroższym babciom i dziadkom

Spis treści

Wykaz ważniejszych skrótów / 9

Wstęp. Uporczywe pytania / 11

Rozdział 1

Współczesny pozytywizm prawniczy: odcienie / 23

1.1. Dziedzictwo Harta / 23

1.2. Dworkinowska krytyka / 45

1.3. Główne tezy współczesnego pozytywizmu prawniczego / 94

1.4. Pozytywizm ekskluzywny (Raz) / 107

1.5. Pozytywizm inkluzywny (Coleman, Himma, Waluchow, Kramer) / 130

Rozdział 2

Zagadnienia metodologiczne pozytywizmu / 149

2.1. Granice ogólnej teorii prawa / 149

2.2. Oceny i wartościowania w teorii prawa / 172

2.3. Różne punkty widzenia, faktualność, normatywność / 199

Rozdział 3

Pojęcie konwencji i konwencjonalizmu / 205

3.1. Ogólne pojęcie konwencji / 205

3.2. Ujęcie konwencji jako decyzji / 208

3.3. Wittgenstein i pojęcie kierowania się regułą / 211

3.4. Reguły a racjonalność społeczna / 216

3.5. Problem arbitralności konwencji / 233

3.6. Krytyka ujęcia konwencji jako decyzji (Quine, Wittgenstein) / 238

- 3.7. Klasyczne ujęcia konwencji społecznej / 250
- 3.8. Rehabilitacja konwencjonalizmu (Lewis) / 256
- 3.9. Krytyka koordynacyjnej koncepcji Lewisa / 276
- 3.10. Konwencja *sui generis* (Gilbert) / 287
- 3.11. Reguły konstytucyjne (Rawls, Searle) i konwencje konstytucyjne (Marmor) / 294
- 3.12. Podsumowanie / 311

Rozdział 4

Pozytywistyczna teza o konwencjonalizmie / 314

- 4.1. Uwagi ogólne / 314
- 4.2. Reguła uznania jako konwencja koordynacyjna / 328
- 4.3. Antykonwencjonalistyczna krytyka (Green) / 368
- 4.4. Reguła uznania jako *joint commitment* / 387
- 4.5.pozytywistyczny konwencjonalizm Marmora / 431

Rozdział 5

Po co nam konwencjonalna reguła uznania? Po co prawu autorytet? / 443

Zakończenie / 455

Bibliografia / 457

Wykaz ważniejszych skrótów

A	autorytet konwencjonalny
AT	<i>Autonomy Thesis</i> / teza o autonomii
ATD	<i>argument from the theoretical disagreement</i> / argument ze sporów teoretycznych
CF	<i>conventional fact</i> / fakt konwencjonalny
CLT	<i>Claimed Legitimacy Thesis</i> / teza o roszczeniu prawa do autorytetu
DR	<i>definitional rule</i> / reguła definicyjna
DT	<i>Dependence Thesis</i> / teza o zależności
F	<i>fiat</i>
FINO	<i>factual-in / normative-out</i> / wnioskowanie z faktów o normach
FT	<i>Fallibility Thesis</i> / teza o potencjalnym amoralnym charakterze prawa
L-konwencja	konwencja w rozumieniu Lewisa
LDT	<i>Limited Domain Thesis</i> / teza o odgraniczonej (ograniczonej) domenie prawa
MB	<i>mutual belief / common belief</i> / wzajemne przekonania
NCT	<i>Neutral-Content Thesis</i> / teza o neutralności treści
NDT	<i>Neutral Description Thesis</i> / teza o neutralności opisu
NINO	<i>normative-in / normative-out</i> / wnioskowanie z norm o normach
NJT	<i>Normal Justification Thesis</i> / teza o normalnym uzasadnieniu
NRT	<i>Neutral-Rationale Thesis</i> / teza o neutralności racji

NT	<i>Normativity Thesis</i> / teza o normatywności, teza normatywna
PiP	Państwo i Prawo
PT	<i>Preemption Thesis</i> / teza preemptoryjna
R	<i>regulative rule</i> / reguła (regulatywna)
RR	dotatkowy warunek istnienia reguł
SCA	<i>Shared Cooperative Activity</i> / wspólne działanie kooperacyjne
SFT	<i>Social Fact Thesis</i> / teza o faktach społecznych
SO	<i>social rule of obligation</i> / społeczna reguła obowiązku
SSA	<i>Semantic Sting Argument</i> / argument z „ukąszenia semantycznego”
ST	<i>Source Thesis, the Pedigree Thesis</i> / teza o źródłach
TI	teza o identyfikacji
ZS	zasada sukcesji

Wstęp

Uporczywe pytania

Dwa kluczowe pytania wyznaczają od wieków przestrzeń dla prowadzenia dysput filozoficzno-prawnych: 1) pytanie o istnienie moralnego obowiązku przestrzegania prawa, oraz 2) pytanie o naturę czy istotę obowiązku prawnego¹. Na pierwsze pytanie doczekano się wielu odpowiedzi, mieszczących się w szerokim spektrum twierdzeń pomiędzy tezą o braku takiego obowiązku i ścisłym oddzieleniu powinności moralnych od powinności prawnych (w takiej sytuacji pytanie o moralny obowiązek przestrzegania prawa będzie kwestią *stricte* moralną, niezależną od poglądów dotyczących samej natury prawa), a tezą o uzależnieniu (choćby wtórnym) istnienia takiego obowiązku od pewnych moralnych wartości, które prawo z natury za sobą niesie. Ta druga grupa odpowiedzi, często związana z ujęciem prawnonaturalnym, skłaniająca się do (przynajmniej częściowego) utożsamienia racji moralnych postępowania z racjami prawnymi, w istocie wskazuje na **z konieczności** moralne zdeterminowanie treści prawa obowiązującego. Uznaje się tu, że pewne wartości moralne (obyczajność, sprawiedliwość, słuszność) stanowią *rationale* prawa. Twierdząca odpowiedź na pytanie pierwsze współokreśla zatem w ujęciu prawnonaturalnym odpowiedź na pytanie drugie².

¹ Por. A. Marmor, *Philosophy of Law*, Princeton and Oxford 2011, s. 5–7.

² Należy zaznaczyć, że doktryna prawnonaturalna nie może być utożsamiana po prostu z interpretacją twierdzenia *lex iniusta non est lex* taką, że stanowi ono określenie warunków obowiązywania prawa (to byłaby tzw. *strong natural-law thesis*). Wskazuje się natomiast, że właściwe jest odczytanie słabe (*weak natural-law thesis*), zgodnie z którym prawo, które uchybia pewnym minimalnym standardom ludzkiej obyczajności (*decency*), sprawiedliwości (*justice*), słuszności (*fairness*) albo rozsądkowi (*reasonableness*)

Z kolei pogląd, że nie istnieje moralny obowiązek przestrzegania prawa, choć potocznie łączony z pozytywizmem prawniczym, pozostaje w relacji niezależności do spektrum możliwych odpowiedzi na pytanie o znaczenie pojęcia obowiązywania prawa (a zatem, w dalszej kolejności, o znaczenie samego pojęcia prawa). Obstawanie bowiem przy poglądzie, że warunki (kryteria) identyfikacji prawa obowiązującego są niezależne od moralnych treści prawa, powoduje zasadniczą trudność wtórnego uzasadnienia twierdzącej odpowiedzi na pytanie pierwsze (że moralny obowiązek przestrzegania prawa istnieje). Jest to jednak trudność praktyczna, a nie związek inferencyjny³. Ujęcie prawnonaturalne wskazuje na podobieństwo i współzależność (a czasami wręcz – tożsamość) normatywnego charakteru prawa obowiązującego i moralności, zaś pozytywizm tradycyjnie odróżnia te dwa typy normatywności, próbując dostarczyć opisu faktów (społecznych), wyznaczających obowiązki prawne. Pozytywizm, jako nurt analityczny, pyta raczej o to, jaka jest natura tych obowiązków, a nie o to, czy mają one jakiegokolwiek (moralne czy polityczne – w metafizycznym bądź jakimkolwiek innym sensie) uzasadnienie. Pytanie o moralny obowiązek przestrzegania prawa nie jest zatem pytaniem pozytywizmu, choć pozytywizm nie zabrania wcale zadawania tego typu pytań.

Oba powyższe pytania dają wyraz podstawowym problemom prawoznawstwa: „czym jest prawo, jaka jest jego natura?”; „jakie są kry-

jest ułomne, niepełnowartościowe (*defective*), przez co nie dostarcza, jak powinno, racji do działania w określony sposób (por. M.C. Murphy, *Natural Law Jurisprudence*, *Legal Theory* 2003, nr 9, s. 243–254; G. Postema, *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*, *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence* 2011, vol. 11, red. E. Pattaro, s. 468–470). Prawo, które dostarcza prawdziwie „prawnych” racji do działania, opiera się ogólnie na tych zasadach i dzięki temu może stwarzać rzeczywiste obowiązki (*genuine duties*). Przykładowo teoria J. Finnisa określa minimalne, choć ogólne, determinanty moralne, stanowiące część prawa naturalnego, a obowiązkiem sędziego jest stosować je w rozumowaniach prowadzących do wydania decyzji. Sędzia w tym sensie jest związany przez własną roztropność (*prudence*) do stosowania tych właśnie zasad (por. A. Finnis, *Prawo naturalne i uprawnienia naturalne*, tłum. K. Lossman, Warszawa 2001, *passim*), a nie przez wzgląd na jakąś konwencję (jak chcą inkluzywni pozytywiści), przez wzgląd na najlepsze dopasowanie (integralność) pewnych zasad do całokształtu kultury prawnej (jak chce Dworkin), albo też zobowiązany do zastosowania ich wedle swojego najlepszego rozważania, lecz zupełnie dyskrecyjnie, skoro mają one charakter pozaprawny (jak chcą ekskluzywni pozytywiści). Jeszcze inaczej ujmuje to R. Alexy w swojej niepozytywistycznej teorii prawa, odwołując się do słynnej „formuły Radbrucha” (por. A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego*, Kraków 2009, część pierwsza, s. 13–218).

³ A. Marmor, *Philosophy...*, s. 7.

teria obowiązywania prawa i jaka jest ich natura?"; „czym jest normatywność prawa i czym różni się ona (jeśli w ogóle) od normatywności, jaką stwarzają racje moralne bądź inne racje praktyczne?”

Pytaniem znacznie nowszym jest pytanie, które dotyczy samych debat na temat pierwszych dwóch problemów. Pytanie to dotyczy natury samego filozoficznego namysłu nad prawem, jest więc pytaniem o naturę filozoficzno-prawnego przedsięwzięcia. Jeżeli jest rzeczywiście tak, że prawoznawstwo nie jest zasadniczo oddzielnym polem filozoficznego namysłu (na miarę jakiejś „scholastycznej nauki”) i fakultarno-opisowe aspekty prawa nie mogą być oddzielone od normatywno-ocennej treści, jaką za sobą niosą, to sam namysł nad prawem nie może być pozbawiony tej normatywnej treści. Filozofia prawa⁴ w tym ujęciu byłaby z istoty rodzajem filozofii normatywnej, pytającej *de facto* o to, jakie prawo **powinno** być.

Kontrowersja sprowadza się zatem do pytania: czy filozofia prawa jest filozofią, która dostarcza opisu pojęcia prawa (tak widzi tę kwestię zorientowany analitycznie współczesny pozytywizm prawniczy, stanowiący jeden z nurtów szeroko pojętej jurysprudencji analitycznej), a więc odpowiada na pytanie *What is law?*⁵, czy też filozofia prawa jest z natury przedsięwzięciem wartościującym i oceniającym, albo z istoty nastawionym krytycznie (tak widzi tę kwestię doktryna prawnonaturalna albo nurty krytyczne w prawoznawstwie), a pytaniem, które sobie stawia, jest *What law should be?* A może jest jeszcze inne wyjście?

Istnieje bowiem jeszcze jedna, pośrednia droga we współczesnej filozofii prawa (tzw. trzecia droga w jurysprudencji), która pytając ustami swego koryfeusza Ronalda Dworkina *What is the law?*, wskazuje na partykularność każdej teorii prawa, niemożliwość dokonania poprawnej semantycznej analizy pojęcia prawa (oskarżając teorie pozytywistyczne o tzw. semantyczne „ukłucie”, czy „ukąszenie”)⁶, i tym samym

⁴ Resp. „teoria prawa” – w literaturze anglosaskiej odróżnienie teorii i filozofii prawa nie ma takiego znaczenia, jak w myśli europejskiej; pojęcia te mogą być zatem bez większych kontrowersji używane zamiennie.

⁵ W kontekście rozmaitych debat, szczególnie debaty Hart – Dworkin, na gruncie anglosaskim ma duże znaczenie następujące rozróżnienie. Otóż w języku angielskim „a law” oznacza ustawę, zaś „the law” – obowiązujące prawo. „Law” zaś oznacza „prawo po prostu” (jego ogólne pojęcie). Zatem pytanie *What is a law?* (Jaka jest treść ustawy?), *What is the law?* (Co stanowi prawo?) i *What is law?* (Czym w ogóle jest prawo?) to zasadniczo trzy odmienne pytania.

⁶ Por. m.in. A. Dyrda, T. Gizbert-Studnicki, *Semantic Sting and Legal Argumentation* (w:) *Argumentation 2011*, red. M. Araszkiewicz et al., Brno 2011.

skazuje *a limine* pozytywistyczne wysiłki na sromotną porażkę. W myśl tego podejścia, pozytywistyczne odróżnienie prawa od moralności jest nieadekwatne, ponieważ w nauce prawa nie sposób przyjąć punktu widzenia, który mógłby abstrahować od kulturowo zdeterminowanych standardów moralnych. Zakwestionowany zostaje zarazem pozytywistyczny dogmat, że system prawa jest jedynie systemem reguł powiązanych rozmaitymi rodzajami związków, przez wskazanie istnienia zasad i standardów, będąc wyrazem najlepszej oceny aktualnych potrzeb moralnych i politycznych danego społeczeństwa⁷. Rola sędziego, kluczowego aktora systemu prawa, polega na ocenianiu i interpretowaniu tych reguł oraz wazieniu zasad przez pryzmat jak najlepszego ich zastosowania, widzenia ich „w najlepszym świetle” (idea tzw. konstruktywnej interpretacji). Z perspektywy metodologicznej zaś, Dworkinowska jursprudencja podważa możliwość oderwania analizy pojęcia prawa (która miałaby być oparta na pewnych regułach i konwencjach) od interpretacji prawa w zastosowaniu do konkretnych przypadków⁸. Obie powyższe tezy są związane z bardzo szerokim i specyficznym znaczeniem, jakie nadaje pojęciu interpretacji Dworkin⁹. Analityczna teoria prawa zostaje zatem wyparta przez teorię interpretacji prawniczej, nadającej sens przedsięwzięciu teoretycznoprawnemu tylko z perspektywy rozstrzygającego sprawę sędziego czy urzędnika i przyświecającego mu właściwego „celu interpretacyjnego”¹⁰ (warto wskazać, że podobną teorię interpretacji, ale skupioną na argumentacyjno-retorycznej perspektywie operatywnego prawnika, przedstawia S. Fish¹¹). Roszczenie

⁷ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge 1978 [polskie wydanie: R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, tłum. T. Kowalski, Warszawa 1998].

⁸ A. Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford and Portland, Oregon 2005, s. 27.

⁹ Jak pokazuje A. Marmor w *Interpretation and Legal Theory* właściwe rozumienie pojęcia interpretacji stanowi klucz zarazem do zrozumienia, jak i odparcia zarzutów Dworkina wobec pozytywizmu.

¹⁰ Dworkin zaznacza, że nie ma analitycznej odrębności pomiędzy teorią dotyczącą natury prawa a teorią adjudykacji, bowiem obie opierają się na tym samym typie rozumowania, polegającym na jak najlepszej interpretacji całej praktyki. W kontekście samej teorii sądenia (adjudykacji) Dworkin rozwija to przekonanie w postaci tzw. *the right answer thesis*.

¹¹ Por. np. J.M. Schelly, *Interpretation in Law: The Dworkin – Fish Debate (Or, Soccer amongst the Gahuku-Gama)*, California Law Review 1985, vol. 73, nr 1, s. 158–180, gdzie autorka wykazuje podobieństwo tych dwóch perspektyw postrzegania praktyki prawa (perspektywę sędziego i perspektywę operatywnego prawnika) na gruncie teorii antropologicznej Claude Levi-Straussa.

pozytywizmu prawniczego do przedstawienia „ogólnej koncepcji prawa”, możliwości wyjaśnienia fenomenu normatywności prawa, jako koniecznego elementu każdej rozwiniętej kultury, jest dla Dworkina idealistyczną iluzją, nadmiernym abstrahowaniem¹² i niedocenianiem roli interpretacji, która już zawsze ma charakter ocenny.

W literaturze często pojawiają się argumenty, że debata pozytywizm – niepozytywizm stała się zupełnie jałowa, bo argumenty stron sporu są po prostu trywialne¹³. Nieco na przekór temu stanowisku niniejsza praca ma na celu przed wszystkim przedstawienie argumentów¹⁴ na rzecz tego, że: 1) analityczna jursprudencja (we współczesnym, a nie Austińskim, rozumieniu), pojmowana jako ogólna analiza pojęcia prawa jest możliwa, a wręcz – z metodologicznego punktu widzenia – konieczna; 2) pozytywizm prawniczy jest żywym nurtem w prawoznawstwie, przedstawiającym – w wielu różnych wariantach – dojrzałe uzasadnienia dla swoich twierdzeń; 3) podstawowe twierdzenie pozytywizmu prawniczego, że prawo jest tworem społecznym (teza o faktach społecznych) nie jest jedynie frazesem, ale może być rzeczowo uzasadnione m.in. przez odwołanie się do pojęcia konwencji społecznej; 4) relacja tezy o autorytecie prawa (tj. tezy dotyczącej jego władczego charakteru, odzwierciedlającego dystynktywną normatywność prawa) do tezy

¹² Por. R. Dworkin, *Justice in Robes*, Cambridge 2006 oraz R. Dworkin, *Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy*, *Oxford Journal of Legal Studies* 2004, vol. 24, nr 1, s. 1–37.

¹³ Por. K. Greenawalt, *Too Thin and Too Rich: Distinguishing Features of Legal Positivism* (w:) *Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, red. R.P. George, Oxford 1996, s. 1–29 oraz R.G. Wright, *Does Positivism Matter?* (w:) *Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism...*, s. 57–78. Por. także w polskiej literaturze A. Grabowski, *W stronę postpozytywizmu prawniczego. Szkic z metodologii prawoznawstwa* (w:) *Czy koniec teorii prawa*, red. P. Jabłoński, Wrocław 2011, s. 1256, który stwierdza: „Tym samym pozytywizm prawniczy okazuje się współcześnie teorią bardzo skromną i ubogą w treść...”

¹⁴ W ogóle nie będę zajmował się klasycznym pozytywizmem prawniczym i różnymi jego odmianami, mającymi już znaczenie tylko historyczne, które na gruncie anglosaskim były dyskutowane przed wystąpieniem H.L.A. Harta. W odpowiednich miejscach, tam gdzie to konieczne, będą się jednak pojawiać pewne nawiązania do klasyków pozytywizmu (Bentham, Austin), a także do ostatniego wielkiego pozytywisty kontynentalnego, H. Kelsena. Praca ta dotyczy głównie współczesnego pozytywizmu rozwijanego na gruncie anglosaskim, który rozwijał się w trzech stadiach: 1) wystąpienie Harta i wyznaczenie przez niego w *Pojęciu prawa* podstawowych tez „nowego” pozytywizmu; 2) spory interpretacyjne dotyczące dziedzictwa Harta oraz krytyka Dworkina dotycząca nowego pozytywizmu; 3) wreszcie, od lat 70. XX w., próby odparcia krytyki Dworkina i próba twórczego rozwinięcia dziedzictwa Harta, w ramach czego wyodrębniły się co najmniej trzy główne nurty pozytywizmu: pozytywizm ekskluzywny, inkluzywny i preskryptywny.

o konwencjonalności podstaw prawa (tj. szczególnej tezy tłumaczącej społeczny charakter prawa) może być jasno określona (w sposób pozytywny lub negatywny). Jak chodzi o ostatni punkt, centralny dla całej rozprawy, należy zaznaczyć, że kluczowe znaczenie będzie miało najpierw przedstawienie pewnych ujęć konwencji, a następnie zbadanie, czy dane ujęcie pozwala utrzymać tezę o autorytecie prawa (to jest tezę o dystynktywnej normatywności prawa). Zdaniem bowiem krytyków pozytywizmu, pośród których najważniejszym wydaje się być Dworkin, reguła społeczna nie może w żadnym razie być regułą normatywną, ponieważ normatywność jest zależna od warunkujących ją wartości moralnych (moralności krytycznej), które ze swej istoty są kontrowersyjne¹⁵. Reguła społeczna, rozumiana w duchu Harta jako pewna konwencja społeczna, aby mogła być praktykowana, wymaga szerokiego konsensusu, co wyklucza z kolei możliwość kontrowersji co do jej zastosowania. Jak się okaże dalej, sprawa nie jest jednak wcale taka prosta, jak mogłoby się na pierwszy rzut oka wydawać.

Praca niniejsza ma zatem dwa podstawowe cele, przy czym pierwszy z nich jest podporządkowany drugiemu. Po pierwsze, celem jej jest przedstawienie analizy części współczesnej dyskusji toczonej w ramach współczesnego pozytywizmu prawniczego. Tytułowa „teza o konwencjonalizmie” (*the Conventionality Thesis*)¹⁶ jest w pozytywizmie ujmowana bardzo różnie (nieraz krytycznie), a przez to ma bardzo różne konsekwencje teoretyczne. Nie jest to jednak w żadnym razie zarzut wobec pozytywizmu. W moim przekonaniu świadczy to raczej o bogactwie współczesnego pozytywizmu prawniczego¹⁷. Współczesny pozy-

¹⁵ Por. szczególnie: R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998 oraz R. Dworkin, *Imperium prawa*, Warszawa 2004.

¹⁶ Można także ujmować tę tezę jako „tezę o konwencjonalności”. Ścisłe jednak rzecz biorąc, „konwencjonalizm” (a nie „konwencjonalność”) to określenie, które przejąłem od I. Dąbskiej, która pod terminem „konwencjonalizm” rozumiała każdy pogląd lub teorię opisową przypisującą zasadnicze znaczenie dla wykreowania się pewnych twórców kulturowych jakiejś konwencji; w tym sensie „teza o konwencjonalizmie w pozytywizmie prawniczym” od razu zwraca uwagę na istotowe czy fundacyjne znaczenie pojęcia konwencji w ramach tej doktryny; zgadzam się zarazem, że „teza o konwencjonalności” brzmi zgrabniej – lecz tutaj należy jeszcze zawsze dopowiedzieć: konwencjonalności czego? Dlatego też używam czasami terminu „teza o konwencjonalności reguły uznania” albo „teza o konwencjonalnym charakterze reguły uznania”.

¹⁷ Por. A. Dyrda, *O wielu twarzach pozytywizmu oraz o tym, dlaczego wielość ta świadczy raczej o rozwoju tej teorii niż jej degeneracji* (w:) *Konwergencja czy dywergencja kultur i systemów prawnych?*, red. O. Nawrot, S. Sykuna, J. Zajadło, Warszawa 2012 s. 373–381.

tywizm prawniczy nie jest jedną teorią czy zbiorem powtarzanych od dawna dogmatów, a raczej stanowi pewne pole dyskursu filozoficznego w obrębie kilku, nierzadko nadinterpretowanych, albo upraszczanych przez nieprzychylnych krytyków tez (nb. krytyków, którzy tezy te splecają zwykle po to, aby nadać żywotności własnym teoriom, czerpiących pełnymi garściami z dorobku pozytywizmu – choć trudno im się do tego wprost przyznać)¹⁸. Z drugiej jednak strony sam pozytywizm może być obwiniony o bagatelizowanie idei swoich teoretycznych adwersarzy.

Po drugie, praca ta stanowi próbę odpowiedzi na wskazany wyżej problem sformułowany przez Dworkina, a mianowicie o możliwość wiarygodnego przedstawienia takiej reguły społecznej, która posiadałaby moc normatywną (a więc nie sprowadzałaby się wyłącznie do stwierdzenia, z zewnętrznej perspektywy obserwatora, jakiejś regularności czy prawidłowości pewnych zachowań się). Innymi słowy, chodzi o odpowiedź na fundamentalne pytanie, czy u podstaw prawa stoi konwencja, mająca siłę normatywną, tj. dostarczająca szczególnych racji do działania (a w mocnym znaczeniu nawet obowiązków). Ponieważ to właśnie Dworkinowska krytyka pozytywizmu, kwestionująca konwencjonalne podstawy prawa, stanowiła dla pozytywizmu od końca lat siedemdziesiątych ubiegłego wieku najpoważniejsze wyzwanie (pozytywizm w mojej ocenie, poradził sobie z metafizycznie zaangażowanym jusnaturalizmem), podstawowa struktura argumentacji w tej pracy jest wyznaczona przez pryzmat jego właśnie stanowiska. Jednocześnie, z uwagi na wielowątkowość i wewnętrzne spory w obozie pozytywistycznym (w dużej mierze wywołane Dworkinowską krytyką), odpowiedź na to pytanie nie byłaby możliwa bez dokładniejszego rozpoznania różnych odcieni stanowiska pozytywistycznego.

Rozprawa ta dotyczy zatem przynajmniej jednego aspektu odwiecznego pytania „Co to jest prawo?” Jak wskazuje Hart w *Pojęciu prawa*, takich pytań „naprowadzających” może być znacznie więcej, m.in.: jaki jest związek pomiędzy prawem a rozkazem opartym na przymusie?; jeżeli obowiązki prawne nie są wprost redukowalne do takich rozkazów, czy są po prostu obowiązkami moralnymi?; co to znaczy, że reguła ist-

¹⁸ Por. L. Morawski, *Pozytywizm „twardy”, pozytywizm „miękki” i pozytywizm mar-tywy*, *Ius et Lex* 2003, nr 1; oraz A. Dyrda, *Pozytywizm pochowany żywcem? W obronie miękkiego pozytywizmu*, *Studia Prawnicze* 2010, nr 2 (184), s. 5–36.

nie i jaką rolę pełnią reguły w prawie?¹⁹; jakie czynniki wpływają na jedność i spójność systemu prawa?; czy są jakieś fundamentalne prawa, które system prawa musi zawierać?; czy są zadania (funkcje), które każdy system prawa musi spełniać? Wreszcie pytanie: jak powinniśmy rozumieć nieustanne roszczenie prawa do władczego (autorytatywnego) kierowania zachowaniami społecznymi²⁰ i do ich autorytatywnego uzasadniania? To ostatnie pytanie jest głównym przedmiotem tej rozprawy, gdyż teza o konwencjonalizmie stanowić ma w mniemaniu wielu (choć, z wyjaśnionych także w tej pracy powodów, nie wszystkich) współczesnych pozytywistów wiarygodne rozwiązanie tego właśnie problemu.

Pierwszy rozdział zostanie poświęcony przedstawieniu teorii pozytywistycznych, będących (nierzadko twórczym) rozwinięciem dziedzictwa H.L.A. Harta (w szczególnie interesującym nas kontekście konwencjonalności chodzi o rozmaite ujęcia jego podstawowej dla systemu prawa reguły społecznej – tzw. reguły uznania, *rule of recognition*). Teorie te, przynajmniej w pewnym zakresie, stanowią odpowiedź na zarzuty podniesione wobec Harta przez Dworkina.

W rozdziale drugim zostaną przedstawione argumenty za możliwością uprawiania ogólnej i opisowej teorii prawa (odmiennej od Dworkinowskiej teorii interpretacyjnej). Jego wnioski pozwalają na podtrzymanie stanowiska, że zadanie wyjaśnienia roli tezy o konwencjonalizmie w ramach pozytywizmu jako ogólnej teorii prawa nie jest przedsięwzięciem bezcelowym. Czy fakt, że systemy prawne współczesnego świata różnią się niekiedy pomiędzy sobą tak radykalnie, pozwala nam mówić o jakiegokolwiek ogólnej teorii prawa²¹? Czy możliwa jest

¹⁹ Hart sugeruje w 1 rozdziale *Pojęcia prawa*, że odpowiedź na te trzy pytania może w znaczny sposób oświetlić dla nas naturę prawa jako takiego. Jednakże w toku dalszych wywodów pojawiają się także kolejne pytania, które mają fundamentalne znaczenie dla jego krytycznego czy też wyrafinowanego projektu (por. *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World, A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence* 2001, vol. 11, red. E. Pattaro, s. 266; L. Green, *General Jurisprudence: A 25th Anniversary Essay*, Oxford Journal of Legal Studies 2005, vol. 25, nr 4, s. 567 i n.).

²⁰ Forma zwrotu „roszczenie prawa do autorytetu” (*law's claim to authority*) wydaje się niefortunna. Trudno jednak przedstawić jakąś lepszą alternatywę (czasami zamiennie stosuje się „roszczenie prawa do władczości” albo „aspirację prawa do autorytetu”). Ponieważ ten termin ma charakter techniczny, nie będę rozstrzygał, która z alternatyw jest lepsza (niech rozstrzygnie to sam Czytelnik). Zwracam jednak uwagę, że termin polski „roszczenie prawa do autorytetu” stanowi prostą kalkę językową.

²¹ Gdy swego czasu filozofowie polityki zastanawiali się, czy możliwa jest ogólna teoria polityki, A. MacIntyre podważał sensowność samego takiego pytania, przywołując

opisowa i neutralna moralnie teoria prawa? Jakie warunki muszą być spełnione, aby pojęcie konwencji (jak i m.in. autorytetu prawa) odgrywały istotną rolę w wyjaśnieniu, czym prawo w ogóle jest? To podstawowe zagadnienia analizowane w tym rozdziale.

Rozdział trzeci zawiera obszerną analizę pojęcia konwencji. Znaczna część tego rozdziału przedstawia główne powody, dla których pojęcie konwencji mogłoby zostać użyte do wyjaśnienia istnienia podstawowych instytucji społecznych (takich jak język, pieniądź czy prawo). Dalej zostają tam przedstawione trzy fundamentalne we współczesnej myśli rozumienia konwencji (D. Lewisa, M. Gilbert, A. Marmora) oraz wstępna ocena, w jakim stopniu ujęcia te mogą okazać się przydatne do wyjaśnienia zarówno społecznych podstaw prawa, jak i jego dystynktywnej normatywności.

W rozdziale czwartym, przedstawione zostają możliwe objaśnienia tezy o konwencjonalizmie na gruncie teorii prawa, zarówno w jej „mocnej” (normatywnej), jak i „słabej” (nienormatywnej) wersji, w oparciu o prowadzone wcześniej znaczenia konwencji lub znaczenia w stosunku do nich (ze względu na różne potrzeby) przez pewnych teoretyków zmodyfikowane.

W ostatnim, piątym rozdziale przedstawiam pewne wnioski o charakterze ogólnym. Antycypując dalsze rozważania, wskażę tutaj, że wnioski te będą krytyczne wobec teorii konwencjonalistycznego uzasadnienia normatywnej mocy reguły uznania.

Należy zwrócić uwagę Czytelnika na fakt, że część cytatów znajdujących się w tej pracy jest przetłumaczona, część natomiast została pozostawiona w oryginalnej, angielskiej wersji. Zasadniczo po polsku cytowane są bądź dzieła wydane w tym języku, bądź fragmenty dzieł anglojęzycznych, które uzupełniają tok wyводу. W wypadku cytatu oryginalnego jego sens jest referowany w pracy. Zakładam przy tym u Czytelników znajomość języka angielskiego, co w wypadku zajmowania się filozofią prawa, szczególnie o anglosaskim rodowodzie, jest

parabolę ekscentrycznego „poszukiwania ogólnej teorii dziur” (*general theory of holes*) (por. A. MacIntyre, *Is a Science of Comparative Politics Possible?* (w:) A. MacIntyre, *Against the Self-Images of the Age*, South Bend 1971, s. 260). Jest to ważne ostrzeżenie, jakkolwiek wydaje się, że mające ograniczone zastosowanie do prawoznawstwa, które nie ma ambicji badania wszystkich desygnatów ogólnego pojęcia „prawa”, obejmujących prawa naturalne, prawa de Morgana, czy także – prawa moralne. W związku z tym roszczenie do ogólności teorii prawa, które wysuwa pozytywizm, daje nadzieję na skuteczną obrońę przed tego typu zarzutami.

warunkiem *sine qua non*. Oryginalne brzmienie terminów technicznych pojawia się natomiast w nawiasach (kursywa).

Niniejsza książka stanowi poprawioną pracę doktorską pt. *Teza o konwencjonalizmie we współczesnym pozytywizmie prawniczym*, którą obroniłem na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w czerwcu 2012 r. Jak to zwykle bywa w przypadku wydania książki, sukces ten ma wielu ojców. Ograniczę się tutaj do krótkiego przedstawienia zaledwie kilku osób, najbardziej w tej materii zasłużonych.

W pierwszej kolejności pragnę podziękować mojemu promotorowi i Mistrzowi, profesorowi Tomaszowi Gizbert-Studnickiemu, który krytycznie zmagął się z myślami zawartymi w tej pracy od samych początków jej powstawania aż do postawienia ostatniej kropki. Dokładne wyliczenie zasług Profesora wymagałoby jednak napisania kolejnej, do tego znacznie dłuższej książki, wobec czego poprzestanę tutaj na wyrażeniu swojej ogromnej wdzięczności za to, że przynajmniej mogę mieć się jego uczniem.

Dziękuję recenzentom, profesorowi Markowi Zirk-Sadowskiemu oraz profesorowi Zygmuntowi Toborowi za niezwykle wnikliwe i skłaniające do refleksji recenzje pierwotnej wersji tej pracy. Dzięki nim udało mi się uniknąć wielu błędów, a także uczynić sens moich wywodów znacznie jaśniejszym.

Dziękuję także wszystkim pracownikom Katedry Teorii Prawa UJ, a także wielu innym osobom pracującym w Pałacu Larischa, za stworzenie wspaniałej atmosfery, w której otoczeniu mogła powstawać ta praca.

Specjalne podziękowania należą się także grupie moich najbliższych Przyjaciół, którzy zawsze gotowi są użyczyć mi swojej pozytywnej energii w chwilach filozoficznego i życiowego zwątpienia. Nie wymieniam ich tutaj z imienia i nazwiska, bo sami doskonale wiedzą, że o nich chodzi.

Last but not least, dziękuję całej mojej kochanej Rodzinie, a w szczególności mamie, tacie i bratu, za cierpliwe znoszenie moich licznych filozoficznych humorów. Z kolei babciom Mirze i Halince oraz dziadkom Augustowi i Władkowi dedykuję tę książkę, pierwszą, jaką napisałem, z pełną świadomością, jak wiele im zawdzięczam.

Mimo pozytywnego wpływu wyżej wymienionych osób, z pewnością nie ustrzegłem się w książce wielu błędów. W tym zakresie przypisuję sobie wyłączne autorstwo, z góry dziękując krytykom, którzy życzliwie zechcą mi te błędy wytknąć.

Adam Dyrda

Kraków-Tychy, marzec 2013

Rozdział 1

Współczesny pozytywizm prawniczy: odcienie

1.1. Dziedzictwo Harta²²

Znaczenie teorii Harta. H.L.A. Hart był tak prominentnym XX-wiecznym teoretykiem prawa, że jego poglądy teoretyczne – zawarte przede wszystkim w *Pojęciu prawa* i zbiorach esejów²³ – miały wpływ daleko wykraczający poza zagadnienia poruszone w samych jego dziełach. Rozważania na niemal każdy istotny temat teoretycznoprawny rozpoczynają się, przynajmniej w kręgu przedstawicieli angloamerykańskiej jurysprudencji, od powołania odpowiednich poglądów Harta²⁴. W tym miejscu także wychodzimy od myśli Harta, lecz nie jest to jedynie wzgląd na kurtuazję czy odpowiednią konwencję, lecz raczej sprawa o największej doniosłości merytorycznej. Współczesny pozytywizm prawniczy (czy też „krytyczny”²⁵ lub „wyrafinowany”²⁶ –

²² Podrozdział ten w znacznym stopniu jest oparty na bardzo obszernym i systematycznym ujęciu myśli Harta przedstawionym przez G. Postemę w: G. Postema, *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*, Dordrecht et al. 2011.

²³ Por. H.L.A. Hart, *Essays on Bentham*, Oxford 1982; tegoż, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford 1983; tegoż, *Eseje z filozofii prawa*, tłum. J. Woleński, Warszawa 2001.

²⁴ R. Gavison, *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H.L.A. Hart*, Oxford 1987, s. 2. Także R. Dworkin rozpoczyna swoją antypozytywistyczną tyradę w *Systemie reguł I* tymi słowami: „Pragnę zbadać spójność pozytywizmu prawniczego, szczególnie w tej, bardzo wpływowej jego postaci, którą nadał mu profesor H.L.A. Hart. Zdecydowałem się skupić na jego wersji nie tylko ze względu na jej jasność i elegancję, lecz przede wszystkim dlatego, że zarówno tutaj, jak prawie wszędzie na terenie filozofii prawa każda konstruktywna myśl musi w punkcie wyjścia rozważyć jego poglądy” (R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie...*, s. 47).

²⁵ Por. G. Postema, *Legal Philosophy...*, *passim*.

²⁶ Takiego terminu używa M. Zirk-Sadowski (w:) *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Kraków 2000, *passim*.

to określenie zdaje się lepiej oddawać rewolucyjny charakter zmiany w myśleniu o pozytywizmie, jaką zapoczątkował Hart) to zbiór rozmaitych poglądów teoretycznych, dotyczących natury prawa, które czerpią przede wszystkim z rozwiązań przedstawionych przez niego od końca lat pięćdziesiątych ubiegłego wieku. Jego teorię prawa można trafnie określić jako „produkt mariażu klasycznego pozytywizmu prawniczego i oksfordzkiej filozofii języka z płodną inteligencją filozoficzną, która w jego wypadku pełniła rolę tak swata, jak i akuszerki”²⁷.

Problematyka metodologii Harta była bardzo szeroko dyskutowana i nie jest ona głównym przedmiotem tych uwag wprowadzających (pewne jej aspekty będą rozwinięte w rozdziale 2). W tym miejscu chciałbym skupić się przede wszystkim na podstawowych twierdzeniach Harta co do natury prawa. Wyjściowym problemem dla Harta (i, w jego przekonaniu, dla całej współczesnej teorii prawa,) jest pojęcie szczególnego rodzaju reguł – praktykowanych reguł społecznych²⁸, które sam później wprost utożsamia ze szczególnymi zwyczajami (*customs*) lub konwencjami (*conventions*)²⁹. Hart nie opiera swojej teorii prawa w pierwszej kolejności na ogólnym namyśle nad naturą norm i reguł prawnych oraz rolę, jakie pełnią w praktycznych rozumowaniach (*practical reasoning*) podmiotów, do których są skierowane, jak czyniło wielu innych filozofów (od Tomasza z Akwinu po J. Raza). Skupia się natomiast w pierwszej kolejności na regułach praktykowanych przez daną społeczność. Temu ujęciu towarzyszy (klasyczno-pozytywistyczne) przekonanie, że prawo jest systemem reguł, dla którego kluczową rolę odgrywają pewne specyficzne instytucje (szczególnie te tworzące i stosujące prawo). Jego punktem wyjścia jest zatem próba pogodzenia ujęcia prawa jako systemu normatywnych reguł z przyjęciem pewnego socjoempirycznego faktu, że prawo jest oparte na regułach społecznych. Aby to zadanie mogło się powieść, Hart musiał wyjaśnić nie tylko naturę reguł społecznych, ale także zbadać różne rodzaje reguł. Wprowadził zatem znane odróżnienie reguł pierwotnych (*primary rules*) i wtórnych (*secondary rules*). Odróżnienie to używane jest przez Harta na kilka różnych sposobów³⁰.

²⁷ G. Postema, *Legal Philosophy...*, s. 264.

²⁸ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1994, s. 56–57. Polskie wydanie: H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, tłum. J. Woleński, Warszawa 1998, s. 85. (Wydania te nierzadko cytują zamiennie; zwykle ze względu na potrzebę ścisłości).

²⁹ H.L.A. Hart, *The Concept of Law...*, s. 254–259.

³⁰ Omawiane odróżnienie dotyczy ujęcia tzw. *power-conferring rules* jako reguł wtórnych, z których najistotniejsza jest reguła uznania (*rule of recognition*); w tym zna-

Jak sądzę, najważniejszy z nich to odróżnienie reguł pierwszego stopnia (*first-order rules*), kierujących (na wiele różnych sposobów) zwykłymi zachowaniami społecznymi i reguł drugiego stopnia (*second-order rules*), określających działania podmiotów instytucjonalnych, zobowiązanych do podtrzymywania poprawnego funkcjonowania innych reguł. Reguły drugiego stopnia pozwoliły zatem na wyjaśnienie instytucjonalnego charakteru prawa oraz jedności i trwałości instytucji, konstytuujących system prawa. Zbiory reguł drugiego stopnia określały bowiem instytucje stosujące prawo (sądy, urzędy) i instytucje legislacyjne (a także np. instytucje o charakterze mieszanym – agencje regulujące czy po prostu biura, *offices*)³¹. Normatywny język prawa wskazuje na kluczową rolę różnych typów konstytuujących prawo reguł, od których wymaga się, aby wskazywały (*guide*) powinne zachowania, albo stanowiły kryterium oceny zachowań innych.

Najistotniejszą regułą drugiego stopnia jest dla Harta tzw. reguła uznania (*the rule of recognition*)³², stanowiąca regułą społeczną praktykowaną przez stosujących prawo urzędników, dostarczająca kryteria, przy pomocy których wszystkie inne reguły mogą być uznane za obowiązujące w danym systemie prawa³³. Pojęcie reguły uznania, kluczowe

czeniu reguły kontraktowe (*rules of contract*) mają charakter reguł wtórnych. Po drugie jednak, określenie *secondary rules* dotyczy reguł o regułach (*rules about rules*). W tym użyciu, jak wskazuje Himma, reguły kontraktowe (*rules of contract*) nie są regułami wtórnymi (K.E. Himma, *Inclusive Legal Positivism* (w:) *Oxford Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy*, red. J.L. Coleman, S. Shapiro, Oxford 2002, s. 126).

³¹ G. Postema, *Legal Philosophy...*, s. 268.

³² Komentatorzy opisują bądź jedną regułę uznania (*Rule of Recognition*), jak to czynił w oryginale Hart, bądź, podkreślając faktyczną złożoność tej pojedynczej reguły (złożonej *de facto* z wielu cząstkowych reguł), używają formy pluralnej i mówią o „regułach uznania” systemu. Jedna i druga forma jest poprawna, jakkolwiek czasami jedna może być bardziej właściwa w zależności o kontekstu wypowiedzi. Przykładowo forma pojedyncza („reguła uznania”) podkreśla systemowy charakter prawa, jako hierarchicznego systemu z odpowiednią strukturą uzasadnienia. Istnieją jednak opinie (J. Raz, *The Concept of Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*, wyd. 2, Oxford 1980, s. 197–200), że mówienie o wielu „regułach uznania” w kontekście wskazanej systematyczności prawa może ukrywać fakt ich komplementarnej złożoności i raczej sugerować, że istnieje kilka, konkurujących ze sobą, „zupelných” reguł uznania, co byłoby jawnie sprzeczne z koncepcją Harta. Jakkolwiek niektórzy krytycy, m.in. Raz (*The Concept...*, s. 200) wskazują, że możemy mówić także o wielu sprzecznych regułach uznania na gruncie jednego systemu prawa.

³³ Stawiając regułę uznania w centrum Hart sądził, że będzie dzięki temu w stanie wyjaśnić kilka podstawowych wątpliwości: 1) jak to jest możliwe, że prawo opiera się na fundamentalnym zwyczaju lub konwencji; 2) jak to się dzieje, że prawo stanowi zasadniczo spójny i jednolity system i trwa w czasie; 3) jak reguły prawne mogą być autorytatywnie

Adam Dyrda – doktor nauk prawnych; pracownik Katedry Teorii Prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego; autor publikacji dotyczących współczesnego pozytywizmu prawniczego, filozofii kultury i filozofii polityki; obecnie przygotowuje rozprawę doktorską w Zakładzie Filozofii Kultury Instytutu Filozofii Uniwersytetu Jagiellońskiego poświęconą wybranym zagadnieniom pragmatyzmu amerykańskiego.

■ Publikacja jest pierwszym przeglądownym i krytycznym opracowaniem dotyczącym współczesnego pozytywizmu prawniczego. W książce przedstawione są różne odmiany pozytywizmu przez pryzmat sposobu, w jaki rozwijają one tezę o konwencjonalnych źródłach normatywności prawa.

■ Autor w swojej pracy stara się udzielić odpowiedzi na pytania postawione przez R. Dworkina w ramach debaty z H.L.A. Hartem – czy istnieje możliwość wiarygodnego przedstawienia takiej reguły społecznej, która posiadałaby moc normatywną? Czy u podstaw prawa stoi konwencja dostarczająca szczególnych powodów do działania?

■ W książce zaprezentowano m.in.:

- przegląd teorii pozytywistycznych,
- analizę filozoficzną pojęcia konwencji oraz konkurencyjnych ujęć tezy o konwencjonalnych podstawach prawa,
- polemikę z Dworkinowską krytyką pozytywistycznej koncepcji prawa,
- szerokie omówienie literatury przedmiotu ostatnich lat.

■ Monografia przeznaczona jest przede wszystkim dla teoretyków i filozofów prawa, prawników, socjologów oraz innych humanistów zainteresowanych omawianym tematem.

ISSN 1897-4392
ISBN 978-83-264-4222-3



9 788326 442223

Cena 99 zł
(w tym 5% VAT)

Zamówienia:

infolinia 801 04 45 45, fax 22 535 80 01

zamowienia.ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl

księgarnia internetowa www.profinfo.pl