

Adam Dyrda
Uniwersytet Jagielloński

Czy pojęcie prawa jest pojęciem z istoty spornym?

1. Pojęcie sporu – uwagi ogólne

Pojęcie sporu jest jednym z centralnych pojęć towarzyszących idei wolnego dyskursu. Spierać się można z każdym i o wszystko, byle w granicach rozsądku i z zastosowaniem właściwych dla danego rodzaju dyskusji reguł. Wartości, cele, interpretacje norm i standardów postępowania, dobro publiczne – spór o te i wiele innych ważnych kategorii pozwala życiu społecznemu i politycznemu rozkwitać. Demokracja liberalna, czasami utożsamiana z pluralistycznym supermarketem wartości i dóbr, wyznacza naturalną przestrzeń dla debat nad tym, które spośród nich należy realizować w pierwszej kolejności i które związane z nimi cele wymagają realizacji przez rządzących kosztem innych celów. Jest to także przestrzeń negocjacji (w tym bardziej przypomina targowisko niż supermarket) „ceny” realizacji tych celów i wzajemnego dostosowywania niezgodnych preferencji jednostek. Z drugiej strony, zawężanie pola spornego dyskursu, które jest charakterystyczne dla reżimów autorytarnych, albo całkowite jego unicestwienie – swoiste dla totalitaryzmów – eliminuje dyskusje w imię jednej, bezspornej i z założenia niepodlegającej rewizji „słusznej linii partii”. To przeciwstawienie pokazuje, że spierać się mogą jedynie jednostki wolne, wzajemnie rozpoznające swój równoprawny status.

Trudno orzec jednoznacznie, czy spór (o wartości, cele itd.) jest czymś ze swej istoty dobrym, czy złym. Dość powiedzieć, że jego występowanie jest charakterystyczne dla społeczeństw (grup) otwartych, co jeszcze nie przesądza o ocenie wartości samego sporu. W tej kwestii realistyczna metodologia nakazuje pozostać sceptykiem bądź – jak kto woli – nonkognitywistą. Mimo to, z punktu widzenia zwolenników idei demokracji liberalnej, przeciwstawianej zwykle pewnym formom ucisku, tzw. dorzecznym spór stanowi z pewnością element pozytywny, pozwalający spierającym się stronom ulepszyć „w ogniu rywalizacji” własne argumenty bądź – jeśli starczy im szczęścia i determinacji – wypracować wspólne stanowisko.

Sądzę jednak, że pojęcie dorzecznego sporu jest pleonazmem. Spór dowolnego rodzaju musi dotyczyć tak naprawdę jednej, określonej rzeczy lub pojęcia, a wszystkie strony sporu muszą być świadome jego przedmiotu. W przypadku gdy ten warunek nie jest spełniony, ludzie raczej mówią „jeden przez drugiego” lub padają ofiarami pomieszania pojęciowego, czego sami mogą nie być do końca świadomi (wtedy tkwią w błędzie, gdy sądzą, że faktycznie się spierają). Zatem każdy spór jest z istoty sporem dorzecznym, jeśli dotyczy jasno określonego przedmiotu lub grupy przedmiotów (przedmiot należy

tutaj rozumieć szeroko, jako wszystko, co może podpadać pod określone pojęcie, realizować wartość, określać cel itp.).

Spór dorzeczny jest potocznie przeciwstawiany sporowi jałowemu. Wygląda jednak na to, że dorzeczność stanowi po prostu cechę (element opisu) każdego sensownego sporu, natomiast jałowość stanowi raczej synonim szkodliwej nierozstrzygalności. Nie widzę przeszkód, aby traktować pewne dorzeczne spory jako nierozstrzygalne. Uznanie ich za jałowe będzie wtedy wyrazem subiektywnej pejoratywnej oceny takiego stanu rzeczy.

(Nie)rozstrzygalność jako cecha odnosi się do istniejącej racjonalnej struktury argumentacyjnej w ramach toczonych sporów. W sytuacji gdy w toku dyskusji wszelkie racjonalne argumenty wyczerpią się, można uznać spór za nierozstrzygalny na bazie racjonalnej. Nie przesądza to jednak o tym, czy ostatecznie zostanie on rozstrzygnięty na innej bazie: uczuć, emocji, perswazji czy wreszcie siły.

Kryterium racjonalnej rozstrzygalności może zostać z łatwością zastosowane dla odróżnienia dwóch typów sporności: 1) sporności kontyngentnej (*contingent contestation*) i 2) sporności istotowej (*essential contestation*)¹. Sporność kontyngentna to sytuacja sporu, który może zostać jeszcze definitywnie rozstrzygnięty przy pomocy racjonalnych argumentów; w tym wypadku możliwe jest osiągnięcie rozsądnego konsensusu i nierozstrzygalność ma charakter jedynie względny lub czasowy. W przypadku sporności istotowej takiej możliwości nie ma: spór może zostać rozstrzygnięty tylko przy pomocy argumentów pozaracjonalnych, a nierozstrzygalność (na bazie racjonalnej) ma charakter bezwzględny. Poniżej postaram się pokazać, że niektóre kluczowe pojęcia mają taki z istoty sporny charakter, a nadto zbadać, czy pojęcie prawa może być zaliczone do tej szczególnej grupy.

2. Pojęcie (*concept*) a koncepcja (*conception*)

W tym opracowaniu zamierzam się skupić przede wszystkim na idei pojęć z istoty spornych (*essentially contested concepts*, ECC), pochodzącej od szkockiego filozofa Waltera Bryce'a Galliego. W ścisłym związku z tą ideą pozostaje znane odróżnienie pojęcia (*concept*) i teorii (*conception*)², któremu w pierwszej kolejności poświęcę nieco uwagi. Odróżnienie to zawdzięcza bardzo wiele dyskusjom nad ideą sporności pojęć, w które wielki wkład wniosła idea W.B. Galliego. Dla prostego wyjaśnienia tego odróżnienia posłużę się przykładem pojęcia sprawiedliwości (*the concept of justice*). Pojęcie to może zostać sprowadzone do pewnej ogólnej idei poprzez odwołanie do pewnego wspólnego, zamkniętego zbioru paradygmatów i poglądów. Natomiast różni teoretycy mogą przedstawiać różne interpretacje (teorie, *conceptions*)³ tej ogólnej idei sprawiedliwości zawierające elementy sprzeczne bądź kontrowersyjne. W związku z tym konkretne, alternatywne teorie sprawiedliwości, choć równie racjonalne, mogą wchodzić ze sobą w konflikt, co nie przesądza jednak o tym, czy sporność tego pojęcia ma charakter li tylko kontyngentny, czy też jest to sporność istotowa. To oznacza, że pojęcie sprawied-

¹ Por. D. Collier, F.D. Hidalgo, A.O. Maciuceanu, *Essentially contested concepts: Debates and applications*, „Journal of Political Ideologies” 2006/3, s. 212 i n.

² Por. L. Solum, *Legal Theory Lexicon 028: Concepts and Conceptions*, http://lsolum.typepad.com/legal_theory_lexicon/2004/03/legal_theory_le_1.html, dostęp: 25.09.2012 r.; rozróżnienie między *theory* i *conception* rozwija J. Rawls w *Teorii sprawiedliwości*, Warszawa 1994, s. 15 i n.

³ S. Lukes używa terminu *views*, aby podkreślić perspektywny charakter tych interpretacji; zob. S. Lukes, *A Reply to K. I. Macdonald*, „British Journal of Political Science” 1977/3, s. 418–419.

liwości cechuje się przynajmniej względną nierozstrzygalnością i mogłoby być pojęciem z istoty spornym tylko pod warunkiem, że nie sposób byłoby dojść względem jego użycia do pełnego konsensusu. Stąd m.in. oryginalna idea sprawiedliwości J. Rawlsa nie będzie mogła być uznana za z istoty sporną, bo zakłada on, że możliwe jest dojście do takiego konsensusu⁴.

3. *Essentially contested concepts*

Ideę pojęć z istoty spornych⁵ rozwinął W.B. Gallie w serii prac, z których najważniejsze to *Essentially Contested Concepts* z 1956 r.⁶, *Art as an Essentially Contested Concept* również z 1956 r.⁷ oraz *Philosophy and Historical Understanding* z 1968 r.⁸ W tekstach tych W.B. Gallie postawił tezę, że niektóre z kluczowych pojęć, takie jak pojęcie sprawiedliwości społecznej (*social justice*), demokracji (*democracy*), sztuki (*art*) czy chrześcijaństwa (*Christianity*), to pojęcia z istoty sporne, które charakteryzują się tym, że nie są ani zupełnie jasne (jednoznaczne), ani też nie są pojęciami pomieszany-
mi (*confused concepts*), tj. takimi, w przypadku których strony sporu jedynie pozornie używają jednego i tego samego pojęcia. W.B. Gallie argumentował, że tego typu pojęcia charakteryzują się szczególną wewnętrzną złożonością, a w ramach samych pojęć tego typu można wyróżnić element normatywny w postaci ukierunkowania na pewnego typu wartości (niekoniecznie moralne) i empiryczny, przejawiający się w faktycznym i trwałym istnieniu sporów wokół właściwego użycia tych pojęć. Warto zaznaczyć, że zgodnie z intencją W.B. Galliego stwierdzenie z istoty spornego charakteru pewnych pojęć wymaga przyjęcia względnie neutralno-opisowej postawy, czyli wyjścia poza partykularne teorie (*conceptions*) i ujęcia w ramach pewnej struktury analitycznej co najmniej faktycznie występujących alternatywnych i spornych użyc danego pojęcia (czyli odpowiednich *conceptions*).

Zasadniczy cel W.B. Galliego kryje się za następującym stwierdzeniem: „Od czasów Oświecenia liczne grupy myślicieli z radością podkreślały irracjonalne pierwiastki w naszym myśleniu (...). Moim celem jest walka z tą niebezpieczną tendencją”⁹. Konstruu-
jąc ideę ECC, W.B. Gallie starał się wskazać racjonalne przyczyny rozmaitych sporów pojęciowych. Warto dodać, że choć on sam uznawał swój pomysł za pewną hipotezę wyjaśniającą (*explanatory hypothesis*), to takie określenie jest nieco mylące, ponieważ sugeruje, że tego typu wyjaśnienie może być jednoznacznie potwierdzone albo sfalsyfikowane. Wydaje się jednak, że bardziej uzasadnione jest traktowanie idei ECC jako pewnej struktury (*framework*) analizy pojęć, co również jest zgodne z własnymi sugestiami W.B. Galliego. W takim przypadku zastosowanie tej idei do analizy interesującego nas *prima facie* spornego pojęcia musi być uzasadnione w oparciu o kryterium użytecz-

⁴ Por. L. Solum, *Legal Theory*...

⁵ W tłumaczeniu artykułu M. Krygiera w odniesieniu do ECC pojawia się termin „pojęcie zasadniczo sporne”; por. M. Krygier, *Cztery pytania o prawa: Dlaczego? Co? Gdzie? I kogo to obchodzi?*, cz. 1, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2011/2, s. 9. Z kolei M. Pelka tłumaczy to jako „pojęcia w sposób konieczny sporne”; por. M. Pelka, *Konflikt uprawnień w teorii prawa Ronalda Dworkina*, Warszawa 2012, s. 86–87.

⁶ W.B. Gallie, *Essentially Contested Concepts*, „Proceedings of the Aristotelian Society” 1956/56, s. 167–198.

⁷ W.B. Gallie, *Art as an Essentially Contested Concept*, „The Philosophical Quarterly” 1956/6, s. 97–114.

⁸ W.B. Gallie, *Philosophy and Historical Understanding*, Nowy Jork 1971, rozdz. 1.

⁹ „Since the Enlightenment a number of brilliant thinkers seem positively to have exulted in emphasizing the irrational elements in our thinking. (...) My purpose in this paper has been to combat, and in some measure correct, this dangerous tendency”; W.B. Gallie, *Essentially Contested Concepts*..., s. 196.

ności: uznanie danego pojęcia za ECC musi prowadzić do lepszego jego zrozumienia i rozjaśnienia natury sporów toczonych wokół jego użycia¹⁰.

Warunki, jakie muszą spełniać pojęcia typu ECC, są następujące¹¹:

- 1) są to pojęcia, które ze swej istoty domagają się przypisania czemuś jakiejś wartości (są *appraisive*) czy dokonania oceny;
- 2) ocena (wartościowanie) ta musi być wewnętrznie złożona (nie może być jasna i jednoznaczna);
- 3) jakiegokolwiek wyjaśnienie wartości związanych z użyciem pojęcia musi uwzględniać odpowiednie znaczenie jego różnych części lub cech (ze względu na wskazaną złożoność); skutkuje to tym, że pojęcia te mogą być przez różne strony dyskusji różnie opisywane (*diverse describability*);
- 4) przypisanie oceny (wartości) związanej z użyciem pojęcia musi dopuszczać możliwość zmiany tej oceny w razie zmiany okoliczności; oznacza to, że pojęcia tego typu charakteryzują się swoistą otwartością (*openness*);
- 5) każda strona w dyskusji, w której to pojęcie pełni ważną rolę (eksplanacyjną, argumentacyjną itp.), wie, że jej własne rozumienie tego pojęcia jest podważane przez innych jej uczestników; sporny charakter pojęć jest wzajemnie rozpoznany przez uczestników dyskusji;
- 6) jedność znaczeniowa złożonego z wielu elementów pojęcia jest zagwarantowana przez odwołanie się uczestników dyskusji do pewnego oryginalnego wzorca (*original exemplar*) albo zbioru paradygmatycznych jego użyć;
- 7) spór z użyciem tego pojęcia ma charakter progresywny: w toku argumentacji i jej krytyki na rzecz określonego użycia pojęcia strony ulepszają jakość swoich argumentacji.

Idea ECC stanowi interesujące narzędzie przedstawienia struktury i sposobu funkcjonowania pewnych kluczowych pojęć. Ideę tę można scharakteryzować jako wpisującą się w nurt badań filozofii języka rozwijającej się w duchu filozofii późnego Wittgensteina. Idea ECC jest bliska takim pomysłom jak podobieństwo rodzinne (*Familienähnlichkeit*) czy idea pojęcia-wiązki (pojęcia klastrowego, *cluster-concept*). Pewne elementy konstrukcyjne ECC, jak choćby odwołanie do oryginalnego wzorca (*original exemplar*), przypominają także ideę pojęć radialnych bądź pewne analogiczne konstrukcje rozwijane w ramach językoznawstwa kognitywnego. Niemniej idea ECC wydaje się, ze względu na wyżej podany katalog własności, ideą bardzo rygorystycznie określoną. Szczególnie warunki 1–5, jeśli je traktować jako warunki bezwzględne, są bardzo trudne do spełnienia¹². Stąd część komentatorów bądź łagodzi te wymogi i rezygnuje z uznawania niektórych z nich za warunki konieczne (tak np. R. Freedon¹³ kwestionuje konieczny charakter kryterium wzajemnego rozpoznania spornego charakteru pojęć, tj. kryterium nr 5), bądź wskazuje w ogóle na względną współzależność tych kryteriów, mających określone znaczenie jedynie w kontekście konkretnych przypadków. Faktycznie, u wielu autorów kryteria użycia ECC zostają wyraźnie rozluźnione, co prowadzi do inflacji odwołań do tej idei. J. Waldron stwierdził nawet, że od pewnego czasu mamy, szczególnie

¹⁰ D. Collier, F.D. Hidalgo, A.O. Maciuceanu, *Essentially contested concepts...*, s. 215.

¹¹ Warunki te zostały określone już w pierwszym wystąpieniu W.B. Galliego, *Essentially Contested Concepts...* W zasadzie każde cytowane w tym opracowaniu dzieło omawiające tę ideę przedstawia wskazane kryteria w dokładnie taki sam bądź bardzo zbliżony sposób.

¹² D. Collier, F.D. Hidalgo, A.O. Maciuceanu, *Essentially contested concepts...*, s. 215.

¹³ Por. M. Freedon, *Assembling: From Concepts to Ideologies*, w: M. Freedon, *Ideologies and Political Theory: A Conceptual Approach*, Oksford 1996, rozdz. 2.

na gruncie rozmaitych analiz teoretyczno-prawnych, do czynienia w tym względzie ze swoistą „wolnoamerykanką”¹⁴. Jasne jest, że np. kryterium nr 7 (progresywna zmiana) nie musi być uznane za kryterium bezwzględnie stosowane – w końcu już Arystoteles wskazywał, że niektóre spory, ze względu na niską jakość prezentowanych argumentów i niski poziom dyskutantów, mogą faktycznie nie prowadzić do jakościowej progresji. Nie wyklucza to jednak potraktowania tego kryterium jako pewnej idealizacji: w zamyśle W.B. Galliego, zakładając odpowiedni poziom dyskutantów, dyskusja winna prowadzić do wykształcenia coraz lepszych struktur argumentacyjnych stron. Niemniej nawet takie ujęcie ma granice: istotowa sporność wyklucza dojście do jakiegokolwiek racjonalnego konsensusu w ramach tego typu progresywnej zmiany.

Wydaje się jednak, że jakiegokolwiek radykalne odstępstwo od tak określonych kryteriów, z których każde musi być przynajmniej w pewnym stopniu spełnione, oznacza porzucenie zaproponowanej przez W.B. Galliego struktury analizy pojęciowej ECC¹⁵. Nie przeczy to stopniowalnemu charakterowi niektórych kryteriów.

W.B. Gallie był zainteresowany przede wszystkim badaniem pojęć teoretycznych, występujących w dyskusjach akademickich. Jednak jego idea może być stosowana do pojęć występujących w rzeczywistych sporach politycznych, na co wskazują tacy autorzy jak J. Waldron (omawia on spór dotyczący znaczenia *rule of law*, mający miejsce po kontrowersji związanej z wyborami prezydenckimi w USA w 2000 r. i zwycięstwie G.W. Busha)¹⁶, R. Grafstein czy M. Freedon (wskazujący na przynajmniej częściowo polityczne uwarunkowanie pojęć występujących w dyskusjach akademickich)¹⁷.

W tekście J. Waldrona znajdujemy przekonujący obraz takiego praktycznego i teoretyczno-akademickiego sporu o zasadę rządów prawa. W skrócie: idea *rule of law* jako *essentially contested concept* jest złożona z dwóch elementów:

- 1) stałego zbioru poglądów (stałego jądra pojęciowego) co do cech reguł prawnych objętych tą zasadą, tj. ogólność, publiczna promulgacja, prospektywność, inteligibilność, praktykowność, spójność, brak labilności (częstej zmienności) i zgodność działań urzędników z regułami (podobnie te kwestie ujmują J. Finnis, L.L. Fuller czy choćby J. Raz);
- 2) sporny (istotowo) jest natomiast drugi element – instytucjonalny cel w postaci stworzenia takiego systemu prawa, w którym rządzą raczej prawa, a nie ludzie (*designing a political system in which the laws rule rather than men*), czyli systemu, który najlepiej będzie realizował zbiór cech z pkt 1.

Wiele pojęć prawniczych czy teoretyczno-prawnych to zapewne pojęcia z istoty sporne. Ale czy można do nich zaliczać także fundamentalne, ogólne pojęcie prawa (tak jak samo to pojęcie jest rozumiane w posthartowskiej filozofii prawa – „ogólnej jurysprudencji”)? W dalszej kolejności chciałbym argumentować, że choć ogólne pojęcie prawa pozostaje w ścisłym związku z innymi pojęciami teoretyczno-prawnymi (choćby takimi jak idea rządów prawa), to związek ten można ustalić na tyle jasno, dokonując

¹⁴ J. Waldron wskazuje: „[I]n the law review literature, the use of the term [i.e. ECC – przyp. A.D.] has run wild”; J. Waldron, *Is the rule of law an essentially contested concept (in Florida)?*, „Law and Philosophy” 2002/21, s. 148–149. Przykłady pojęć uznawanych za ECC bez głębszego zbadania znaczenia kryteriów W.B. Galliego to m.in. alienacja, autonomia, autor, bankructwo, bojkot, obywatelstwo, prawa obywatelskie, spójność, wspólnota, spór, korupcja, dyskryminacja, równość (*equality*), szkoda, uzasadnienie (*justification*), liberalizm, pornografia, własność prywatna; zob. J. Waldron, *Is the rule...*, przyp. 31, za wyszukiwaniem Westlaw.

¹⁵ Tak L. Green, *The Political Content of Legal Theory*, „Philosophy of the Social Sciences” 1987/17, s. 17.

¹⁶ J. Waldron, *Is the rule of law...*

¹⁷ Por. D. Collier, F.D. Hidalgo, A.O. Maciuceanu, *Essentially contested concepts...*, s. 216 i n., oraz cytowana tam literatura.

demarkacji odpowiednich omawianych pojęć, że pojęcie prawa musi zostać wyłączone z kategorii ECC. Sam W.B. Gallie wykluczał, aby takie pojęcia jak nauka, wolność, rząd oraz właśnie pojęcie prawa były z istoty sporne. Nie wskazał on jednak dokładnych przyczyn, dla których miałyby tak być; z drugiej strony na przestrzeni lat pojawił się szereg sugestii, aby potraktować pojęcie prawa w taki właśnie sposób.

Teza wykluczająca ogólne pojęcie prawa ze zbioru pojęć z istoty spornych stanowi tezę negatywną. Niemniej takie rozstrzygnięcie pozwala podważyć nie tylko obiegowe, wyrażane bez głębszego zbadania sprawy opinie co do spornego charakteru pojęcia prawa, ale także znacznie poważniejsze deklaracje w tej sprawie, stawiane choćby przez takiego koryfeusza współczesnej jurysprudencki jakim jest R. Dworkin. Pozytywny aspekt tego typu argumentów ma wobec tego znaczenie metodologiczne: pozwala uniknąć szkodliwego pomieszania pojęciowego (*conceptual confusion*) co do użycia pojęcia ECC w ramach istniejących sporów teoretyczno-prawnych, wykluczając także ewentualność, że teoria prawa ma sama z istoty taki sporny charakter. Każde pytanie o pojęcie prawa jest bowiem pytaniem o naturę praktyki prawnej, której paradygmatycznym przypadkiem jest praktyka urzędnicza i sposób, w jaki funkcjonariusze systemu sami rozumieją swoje instytucjonalne działania¹⁸.

4. Pojęcie prawa a sporność istotowa

W niedawno opublikowanym artykule K.E. Ehrenberg¹⁹ rozważa drobiazgowo i krytykuje tezę, że pojęcie prawa jest pojęciem z istoty spornym w sensie W.B. Galliego. Podzielam zasadniczą linię tej argumentacji, która częściowo opiera się na wskazaniu przede wszystkim metodologicznego aspektu badań nad pojęciem prawa i oddaleniu argumentów dotyczących jego interpretacyjno-wartościującego charakteru. W rzeczy samej, debata nad istotową spornością pojęć dotyka bardzo szeroko dyskutowanego problemu: czy analiza pojęcia prawa wymaga bezpośredniego wartościowania, a zatem czy prawo stanowi tzw. *value-laden concept*? Czy może przeciwnie – pojęcie prawa nie posiada tak silnego komponentu normatywno-wartościującego i uprawianie ogólnej teorii prawa wymaga jedynie pewnego relatywnego i pośredniego wartościowania? Przyjęcie tej drugiej perspektywy oznacza akceptację deskryptywnej metodologii, postulującej jedynie minimum metateoretycznego wartościowania ze strony badacza i odwołującej się jedynie do takich wartości jak koherentność, efektywność używanych argumentów, adekwatność i prostota opisu, klarowność, zrozumiałość. Tzw. pośrednio oceniająca teoria prawa (używając terminologii wprowadzonej przez J. Dickson²⁰) opiera się na założeniu, że wyodrębnienie pewnych cech istotnych dla dokonania opisu nie wymaga nieuchronnie dokonywania bezpośredniego wartościowania (subiektywnej oceny badacza) co do pozytywnej lub negatywnej moralnej oceny tych cech. Tego typu podejście, charakterystyczne dla pozytywistycznej metodologii, skupia się zatem na funkcjonalnym określeniu pewnych cech pojęcia prawa („cecha X jest ważna”), u podstaw którego stoi identyfikacja pewnych intersubiektywnie stwierdzalnych faktów, takich jak np. fakt, że dana cecha X jest dystynktywną cechą, którą prawo zawsze wykazuje, albo fakt, że więk-

¹⁸ Sposób samorozumienia praktyki prawniczej przez urzędników i sędziów (funkcjonariuszy systemu) stanowi punkt wyjścia analiz prowadzonych w ramach tzw. ogólnej jurysprudencki (*general jurisprudence*).

¹⁹ K.E. Ehrenberg, *Law is not (best considered) an essentially contested concept*, „International Journal of Law in Context” 2011/2, s. 209–232.

²⁰ Por. J. Dickson, *Evaluation and Legal Theory*, Oxford 2001.

szość podmiotów prawa posiada określone przekonania dotyczące cechy X, świadczące o tym, że posiada ona centralne znaczenie dla samozrozumienia (*self-understanding*) ludzi w społeczeństwie, co nie wyklucza osobnej (niezależnej) ewentualności, że u podstaw takiego postawienia sprawy stoją pewne przekonania moralne jednostek. Zatem krytyka pierwszego (interpretacyjnego) ujęcia stanowi zasadniczo bardziej wyrafinowane rozwinięcie Hartowskiej metodologii, zgodnie z którą nawet jeżeli przedmiot zainteresowania teorii ma znaczenie ocenne (ewaluacyjne), to teoretyk może zdać sprawę z takiego charakteru tego przedmiotu bez przyjmowania samemu postawy ocennej²¹. W polskiej metodologii dla tego typu ocen J. Wróblewski zarezerwował termin „oceny systemowo zrelatywizowane”²².

Tę kwestię należy odróżnić od innej, tj. metodologii samej analizy pojęć spornych. Filozoficzne ugruntowanie W.B. Galliego sprawia, że w rzeczy samej postawa teoretyka analizującego różne *conceptions* jako podpadające pod jedno – z istoty sporne – pojęcie (*concept*) jest w zasadzie równoważna przyjęciu tzw. zewnętrznego (*external*) albo przynajmniej oddzielnego punktu widzenia (*detached point of view*) względem każdej z nich; tylko zrozumienie tych teorii jako egzemplifikacji użycia danego pojęcia połączone z dokonaniem z zewnątrznoopisowej perspektywy uznaniem ich równoprawnego statusu pozwala uznać dane pojęcie za ECC.

Niemniej krytyka ujęcia pojęcia prawa jako ECC pozwala dojść do takich konkluzji nieco inną drogą. W dalszym ciągu przedstawię w skrócie argumentację K.E. Ehrenberga (również nieco ją uzupełniając), poddając analizie pojęcie prawa w kontekście wskazanych siedmiu kryteriów W.B. Galliego, a nadto skupię się na argumentacji R. Dworkina, który wprost odwołuje się do W.B. Galliego i twierdzi, że natura sporów teoretycznych dotyczących prawa przesądza o z istoty spornym ich charakterze.

5. Siedem kryteriów – analiza

Pierwsze zagadnienie dotyczy otwarcia pojęcia prawa na wartościowania (*appraisiveness*). To jest zasadniczy punkt zapalny w ramach wskazanej wyżej debaty metodologicznej między, ogólnie rzecz ujmując, „deskrypcjonistami” (obóz pozytywistyczny) a „antydeskrypcjonistami” (obóz niepozytywistyczny, tzn. interpretatywizm). Kontrowersja musi być rozwiązana na korzyść deskrypcjonistów, pomimo tego że w rozmaitych sytuacjach ludzie – także teoretycy prawa – używając pojęcia prawa, łączą z nim silny komponent ewaluacyjny. Mimo to bowiem ogólne pojęcie prawa nie jest używane z takim komponentem ewaluacyjnym w każdej sytuacji, a dopiero to pozwalałoby stwierdzić, że jest ono z natury *appraisive*²³. Przeciwnie, pojęcie prawa **nie jest w tym sensie wartościujące**, sam prawny charakter pewnych racji do działania nie określa ich normatywnie pozytywnego lub negatywnego charakteru. To uzasadniony albo autorytatywny charakter tych racji pozwala dopiero przesądzić tę kwestię. Rzeczywista rola pojęcia prawa w rozumowaniach podmiotów nie jest w ten sposób w ogóle przesądzona; odwołanie się do pojęcia prawa w dyskusjach dotyczących roli rozmaitych racji do działania nie

²¹ Takie postawienie sprawy jest związane z metodologią pozytywistyczną rozwijaną przez takich autorów jak H.L.A. Hart, J. Raz, J. Coleman, K.E. Himma, W. Waluchow, J. Dickson, A. Marmor, M. Kramer czy choćby L. Green. Autor niniejszego opracowania uznaje takie postawienie sprawy za słuszne, czemu dał wyraz w dysertacji doktorskiej pt. *Teza o konwencjonalizmie we współczesnym pozytywizmie*, obronionej na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

²² J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1972, s. 75.

²³ K.E. Ehreneberg, *Law is not...*, s. 223–224.

stanowi żadnego bezpośredniego sądu wartościującego, bo może stanowić wydawany z „oddzielnego punktu widzenia” sąd „systemowo zrelatywizowany”. L. Green wskazuje: „Pojęcie prawa w ogóle nie musi być pojęciem wartościującym. Z punktu widzenia teorii prawa słowo «prawo» nie wskazuje na nic szlachetnego”²⁴. W istocie, racja do działania nie uzyskuje samoistnie żadnej specjalnej wartości przez to tylko, że jest racją prawną²⁵ (jest to niezależne od jej specjalnego statusu jako przynajmniej „uroszczonej racji preemptoryjnej”).

Sugestia, że pojęcie prawa jest *appraisive*, wiąże się zazwyczaj z uznaniem, że pojęcie to pozostaje w bardzo silnym związku z innymi pojęciami, które mają taki charakter (np. pojęcie *rule of law*). Wydaje się jednak, że jest to podstawa niewystarczająca, jednocześnie nie dość dokładnie oddzielająca części składowe tych – rzeczywiście blisko związanych – pojęć. Idea rządów prawa dotyczy zasadniczo relacji (faktycznych, hipotetycznych albo nawet stanowiących pewną idealizację) między rządem i innymi instytucjami a obowiązującym prawem. W przypadku tej zasady odróżnienie jest widoczne: ani pojęcie rządu, ani pojęcie prawa nie wydaje się być pojęciem wartościującym, choć stanowią one elementy pojęcia rządów prawa, które – jak przekonująco pokazuje J. Waldron – jest ECC. Znaczenie i ewentualna wartość pojęcia prawa jest niezależna od wartości czy znaczenia zasady rządów prawa i praworządności (*legality*).

Takie postawienie sprawy nie przekreśla, choć w znacznym stopniu ogranicza, stosowalności dalszych kryteriów istotowej sporności. Nie przekreśla z pewnością kryterium wewnętrznej złożoności (nr 2) i związanej z tym rozbieżnej opisywalności tego pojęcia (nr 3), choć w tym wypadku znaczenie kryterium nr 3 będzie złagodzone. Nikt nie przeczy, że złożoność pojęcia prawa powoduje, iż jest możliwe przyjęcie rozmaitych perspektyw prowadzących w konsekwencji do różniących się nieco stanowisk (różne kryteria: dlaczego prawo dostarcza racji do działania?; inne – w jaki sposób prawo rozwiązuje problemy społeczne?; jeszcze inne – kryterium genetyczno-historyczne: w jaki sposób i w jakim celu wykształciły się instytucje prawa? itp.), co wiąże się z możliwością przyjęcia nieco innych ocen metateoretycznych (pośrednio wartościujących) w punkcie wyjścia konstrukcji teorii prawa. Nie oznacza to jednak, że pojęcie prawa nie jest pojęciem, przynajmniej w pewnych ramach, konwencjonalnie (w opisowym sensie) ustalonym przez praktykę urzędniczą. Jak wskazuje L. Green, pojęcie prawa może odgrywać swoją rolę w dyskursie teoretyczno-prawnym tylko wówczas, gdy nie rodzi kontrowersji, a to dlatego, że niemal wszyscy poważnie dyskutujący o obowiązującym prawie mają wspólny cel, aby operować jasno ustalonym pojęciem²⁶.

Stosowalność kryterium nr 4, czyli otwartości, oznaczającej możliwość adaptacji znaczenia pojęcia do zmiany kontekstu, również jest w przypadku pojęcia prawa ograniczona. W sytuacji gdyby pojęcie prawa było otwarte na wartościowanie, kryterium nr 4 mogłoby, w braku tzw. dekontestacji (*decontestation*)²⁷, tj. uzyskania stałego znaczenia (siatki znaczeń) w ramach określonej tymczasowo struktury pojęciowej, albo w braku istnienia tzw. praktycznego domknięcia (*practical closure*)²⁸ pojęciowego, prowadzić do zupełnej labilności pojęcia. Nawet w przypadku rzeczywistych ECC musi istnieć względ-

²⁴ „The concept of law need not be appraisive of all. From the point of view of legal theory «law» is not an honorific term”; L. Green, *The Political Content...*, s. 19.

²⁵ K.E. Ehrenberg, *Law is not...*, s. 223.

²⁶ L. Green, *The Political Content...*, s. 16–20.

²⁷ M. Freedon, *Assembling...*, s. 75–76.

²⁸ Por. D. Collier, F.D. Hidalgo, A.O. Maciuceanu, *Essentially contested concepts...*, s. 217–218.

ny, tymczasowy konsensus co do ogólnego znaczenia pojęcia, bo tylko w tej sytuacji pojęcie może pełnić ważną rolę w opisie i ocenie rzeczywistych problemów społecznych. Krytykujący ideę ECC J. Gray twierdzi nawet, że pojęcia w dyskusjach akademickich nie mogą w ogóle odznaczać się tego rodzaju istotową niepełnością (*essential incompleteness*, jak to ujmuje A. MacIntyre)²⁹, co w ogóle podważałoby stosowalność tego kryterium do jakichkolwiek pojęć. Wydaje się natomiast, że w przypadku dyskusji teoretyczno-prawnych otwartość może być po prostu rozumiana łagodnie, w duchu idei otwartej struktury (*open texture*) pojęciowej F. Waissmanna. Tego typu otwartość jest charakterystyczna dla większości pojęć języka, a spór znaczeniowy dotyczy tutaj nie istoty (*core*, *essence*) pojęcia, a wiąże się z istnieniem tzw. cienia semantycznego (*penumbra*) pojęcia i związanej z nim jego potencjalnej nieostrości. Rozwiązanie to ma na gruncie debat teoretyczno-prawnych charakter zdroworoządkowy (H.L.A. Hart) i w zasadzie dotyczy natury reguł prawa.

Kryterium wzajemnego rozpoznania spornego charakteru pojęcia (nr 5), które jest związane z użyciem go w sposób agresywny lub defensywny, wraz z towarzyszącym temu przekonaniem co do racjonalnego charakteru jego użycia konkurencyjnych (przez oponentów), faktycznie rodzi wiele wątpliwości, ale umiarkowana jego interpretacja sugeruje, że chodzi tutaj po prostu o to, iż każdy uczestnik dyskusji musi, choćby w ogólnym sensie, zdawać sobie sprawę, że jego użycie pojęcia wychodzi naprzeciw innym (choćby potencjalnym) jego użyciom. To w zasadzie oznacza, że uznaje on argumenty przeciwników za – przynajmniej na gruncie racjonalnym – równie godne uwagi. W takiej sytuacji jedynie dodatkowy czynnik pozaracjonalnego zaangażowania stanowi dla uczestnika dyskusji argument ostateczny na rzecz jego własnego użycia danego pojęcia (do czego nie musi on się przyznawać wprost; może – i tak to zwykle wygląda – starać się ukrywać to zaangażowanie pod płaszczykiem argumentów quasi-racjonalnych).

Czy spory teoretyków prawa opierają się na przyjętym przynajmniej *implicite* przez nich założeniu co do racjonalnej równoprawności wysuwanych przez nich koncepcji? Mam co do tego poważną wątpliwość. Cel tych dyskusji jest jeden – dostarczyć racjonalnego (w tym dobrze teoretycznie uzasadnionego) znaczenia pojęcia prawa. Punktem wyjścia dla tych dyskusji jest praktyka urzędnicza. Choć rzeczywiście często zaangażowanie na rzecz własnych poglądów teoretyków zastępuje rzeczowe argumenty (to typowa skłonność ludzka), nie brakuje osób o wystarczająco trzeźwym myśleniu, dla których „liczy się prawda”. Prawda natomiast może być tylko jedna (nawet tzw. perspektywizm nie przekreśla tego założenia) i w tym sensie docenienie „kunsztu argumentacyjnego” drugiej strony nie niweczy nadziei na dojście do ostatecznej konkluzji po zbitciu jej argumentów. W tym sensie spory teoretyczno-prawne są w moim przeświadczeniu przynajmniej potencjalnie rozstrzygalne, w przeciwieństwie do rzeczywistych sporów (*genuine disagreements*) dotyczących pojęć typu ECC, które mają charakter z definicji nierozstrzygalny i nieskończony (*endless debates*).

Sądzę więc, że żaden poważny teoretyk prawa nie uważa innych koncepcji prawa (obowiązywania prawa) za koncepcje zupełnie równoprawne i niepodatne na żadną dalszą racjonalną krytykę. Spory o pojęcie prawa charakteryzują się tym, że warunkiem przystąpienia do nich jest swoista obietnica „bycia racjonalnym aż do końca”, aż do definitywnego rozwiązania problemu zrozumienia natury prawa. To, że w czasami ta obietnica pozostaje – świadomie lub nie – niespełniona i miejsce argumentów racjo-

²⁹ Por. D. Collier, F.D. Hidalgo, A.O. Maciuceanu, *Essentially contested concepts...*, s. 217–218.

nalnych zastępuje subiektywne zaangażowanie w prawo, nie stanowi żadnego dowodu na trwałe, centralny i nieskończony charakter sporów o pojęcie prawa. Na marginesie, takie postawienie sprawy oznacza także, że prawo nie jest z istoty otwarte na tzw. spory teoretyczne. Na znaczenie tego typu sporów (centralnych dla koncepcji prawa R. Dworkina) i ich relacji do właściwie rozumianej idei ECC wskażę krótko poniżej. W tym miejscu chcę jedynie podkreślić, że pojęcie prawa wiąże się ściśle z pojęciem obowiązania prawnego – normy obowiązują albo nie, co jest, jak słusznie wskazuje A. Marmor, w ogóle poza jakimkolwiek sporem³⁰.

Kryterium istnienia pewnego oryginalnego wzorca (nr 6) wydaje się natomiast, w swej umiarkowanej interpretacji, stosowne do pojęcia prawa. Wzorzec należy rozumieć jako autorytatywny dla uczestników dyskusji zbiór paradygmatycznych przypadków jego użycia, co do których panuje zgoda wśród wszystkich uczestników debaty. Takie postawienie sprawy rodzi pewne wątpliwości na gruncie sporów o zastosowanie samej idei ECC do jakichkolwiek pojęć. Komentatorzy (m.in. E. Gellner) wskazują, że takie odwołanie do pewnego, konsensualnie ustalonego zbioru paradygmatycznych użyczeń pojęcia, stanowiące w zasadzie koncesję na rzecz ukrytego, platońskiego świata idei, przeczy istotowej sporności³¹. Argument ten wydaje się jednak przesadzony. Rację zdaje się mieć S. Lukes, który przyjmuje szerokie rozumienie wzorca (*exemplar*) kształtującego jądro pojęciowe³². Co więcej, kryterium historycznego wzorca nie musi opierać się na pewnych konkretnie identyfikowalnych przypadkach użycia, ale może mieć charakter teleologiczny i stanowić szereg powszechnie akceptowanych wskazań celowo-funkcjonalnych co do użycia danego pojęcia. W przypadku pojęcia prawa takie rozumienie wydaje się zupełnie odpowiednie i niekontrowersyjne. W końcu pojęcie prawa zostało określone na gruncie pewnej historycznej praktyki społecznej. Odejście od pewnych trwałych paradygmatycznych przypadków użycia pojęcia prawa jest współcześnie poddyktowane raczej przeprowadzaniem analizy funkcjonalnej i pojęciowej. W tym tkwi zasadnicza różnica pomiędzy historycznymi szkołami teoretyczno-prawnymi (np. klasycznym pozytywizmem redukującym pojęcie prawa do pojęcia ustawy, rozkazu itp.) a współczesnymi (np. pozytywizmem „wyrafinowanym”). Także w przypadku integralnej filozofii prawa R. Dworkina centralne kryterium dopasowania (*fitting*) uznaje istnienie pewnego historycznego kryterium pewnych praktyk społecznych, posiadających pewne konsensualnie określone podłoże³³.

Ostatnie z kryteriów W.B. Galliego, tj. progresywna rywalizacja, prowadząca do ulepszenia jakości pojawiających się w sporach argumentów, może, ale nie musi, być relewantne dla dyskusji teoretyczno-prawnych. Niektóre ze sporów są rzeczywiście jałowe, co jest po prostu funkcją niskiego poziomu ich uczestników. To kryterium podlega zresztą bardzo surowej krytyce na gruncie rozważań co do ogólnej stosowności idei ECC, stanowiąc przy tym kryterium najbardziej niejasne. W szczególności trafny wydaje się tutaj argument, że progresywna rywalizacja, częściowo powiązana z kryterium otwar-

³⁰ Por. A. Marmor, *Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral*, „Oxford Journal of Legal Studies” 2006/4.

³¹ Por. D. Collier, F.D. Hidalgo, A.O. Maciuceanu, *Essentially contested concepts...*, s. 219–220, i cytowana tam literatura.

³² S. Lukes, *Power: A Radical View*, Nowy Jork 2005, s. 34, 45; por. D. Collier, F.D. Hidalgo, A.O. Maciuceanu, *Essentially contested concepts...*, s. 220.

³³ Na minimum konwencjonalizmu (przynajmniej w znaczeniu opisowym, czyli tzw. słabym), jakie musi przyjąć R. Dworkin u podstaw swej integralnej teorii prawa, wskazuje w interesujący sposób J.J. Moreso, *In Defence of Inclusive Legal Positivism*, „Diritto&Questioni Pubbliche” 2001/1.

tości (w mocnym znaczeniu)³⁴, właściwie przeczy głównemu kryterium *appraisiveness*, wyznaczającemu normatywny status konkretnych *conceptions* (J. Gray)³⁵. Skoro pojęcia są z istoty sporne, a dane ich użycia są normatywne dla użytkowników i – obiektywnie – pozostają poza wszelką racjonalną dyskusją, trudno uznać, że kryterium progresywnej zmiany mogłoby być przyjęte przez samych uczestników tych sporów. Jego realizacja byłaby w przypadku ECC przynajmniej częściowo ograniczona, choć mogłoby ono pozostać pewnym kryterium optymalizacyjnym (niekoniecznie mającym przełożenie na praktykę). W przypadku dyskusji nad pojęciem prawa należy żywić nadzieję, że tak właśnie jest, choć pozostaje to poza zakresem dyskusji dotyczących ECC.

Jak dowodziłem wcześniej, pojęcie prawa nie jest przede wszystkim pojęciem wartościującym (*appraisive*), co powoduje, że kluczowe kryteria nr 1–5 nie są spełnione, lub musiałyby zostać w sposób przeczący oryginalnej idei W.B. Galliego radykalnie złagodzone. Pomocnicze kryteria nr 6–7 są natomiast przedmiotem kontrowersji. Pojęcie prawa zatem nie jest pojęciem z istoty spornym w sensie, jaki temu terminowi przypisuje W.B. Gallie. To nie wyklucza natomiast wcale, że wiele pojęć powiązanych z pojęciem prawa ma taki właśnie charakter. Poza pojęciami dobrego prawa, sprawiedliwego prawa albo prawa moralnie (politycznie) uzasadnionego dotyczy to także, ale z innych powodów, pojęć praworządności czy rządów prawa. To pokazuje, że analizowane pojęcia powinny być szczególnie starannie oddzielane od innych powiązanych pojęć, w tym m.in. poddawane rozbirowi (*disaggregation*), jeśli przebieg dyskusji wskazuje na ich pomieszanie (*confusion*) albo przeładowanie (*over-aggregation*)³⁶. Ostatecznie, na co trafnie wskazuje K.E. Ehrenberg, obiegowe pojęcie prawa (*law*) jest przeładowane i jako takie składa się właściwie z trzech elementów, które należy ściśle odróżnić: 1) *the law*, czyli treści konkretnych ustaw; 2) *legal system*, czyli pojęcia systemu prawnego; oraz 3) ogólnego ujęcia prawa jako pewnej praktyki społecznej. Choć kompletne zrozumienie pojęcia prawa wymaga uwzględnienia wszystkich trzech elementów, odpowiedź na pytanie o naturę sporów filozoficzno-prawnych, czyli o to czym jest prawo, wymaga dokonania rozbioru tego pojęcia i uwzględnienia jedynie ostatniego, trzeciego elementu. W końcu, co podkreślałem wielokrotnie, dyskusje teoretyczno-prawne, podobnie jak inne typy rzeczowych dyskusji, powinny dotyczyć jednego, mającego znaczenie w kontekście określonego typu praktyk, pojęcia (tu: pojęcia prawa), co wcale nie przeczy jego złożoności.

Istotowa sporność nie różni się zatem jak złośliwa infekcja po strukturze pojęciowej dyskursu teoretyczno-prawnego, jak zdają się sądzić (ale bez tej pejoratywnej, „chorobowej” konotacji) niektórzy teoretycy. Kończąc, chciałbym przedstawić sposób użycia idei ECC przez R. Dworkina i zdemaskować kryjący się za tym użyciem błąd.

6. Sporność pojęcia prawa według R. Dworkina

Autor ten w wielu miejscach wskazuje (nawiązując do W.B. Galliego), że pojęcie prawa stanowi pojęcie interpretacyjne bądź sporne – albo nie przesądzając, czy z istoty, czy kontyngentnie³⁷, albo ostatnio (w 2006 r.) wprost twierdząc, że jest to pojęcie z istoty

³⁴ Tj. oryginalnym, charakteryzującym kryteria W.B. Galliego, a nie po prostu otwartość struktury (tzw. otwarta tekstowość) w sensie F. Waismanna.

³⁵ D. Collier, F.D. Hidalgo, A.O. Maciuceanu, *Essentially contested concepts...*, s. 221–222.

³⁶ Por. D. Collier, F.D. Hidalgo, A.O. Maciuceanu, *Essentially contested concepts...*, s. 223 i n.; por. K.E. Ehrenberg, *Law is not...*, s. 227 i n.

³⁷ Por. K.E. Ehrenberg, *Law is not...*, s. 219.

sporne (ECC)³⁸. Takie twierdzenia są ściśle powiązane u R. Dworkina z towarzyszącym całej jego filozofii prawa przekonaniem, że nie może być jednego, konwencjonalnie uzgodnionego użycia pojęcia prawa, a w ramach dyskursu prawnego (praktyki) każde jego sporne użycie będzie do pewnego stopnia właściwe. Centralnym zagadnieniem Dworkinowskiej teorii są notabene tzw. spory teoretyczne³⁹ o podstawy prawa, tj. o kryteria jego właściwego rozpoznania, które odróżnia R. Dworkin od sporów dotyczących jedynie faktycznego istnienia lub spełnienia wspólnie podzielanych przez wszystkich uczestników sporu kryteriów oceny prawdziwości zdań prawnych (dotyczących tego co dozwolone, zakazane, nakazane itd.). Spory teoretyczne stanowią wedle R. Dworkina element charakterystyczny praktyki prawniczo-urzędniczej i ujawniają się w tzw. *hard cases*. Ma to prowadzić do wniosku, że pozytywistyczna wiara w ogólnie akceptowalną, empirycznie weryfikowalną Hartowską regułę uznania jest iluzoryczna, co jednocześnie miałyby uzasadniać tezę, że normatywność prawa nie jest określana przez fakty społeczne (jak sugerują tzw. konwencjonalisci).

Na pierwszy rzut oka może wydawać się, że bardzo trudno utrzymać taką tezę na gruncie własnych założeń R. Dworkina, wbrew jego własnym deklaracjom, ze względu na drugie, centralne dla jego filozofii, zagadnienie integralności i tezy o jedynym właściwym rozstrzygnięciu (*one right answer thesis*). W końcu w przypadku sporów dotyczących pojęć z istoty spornych nie istnieje żaden ostateczny argument racjonalny pozwalający wybrać jedną z interpretacji jako najwłaściwszą (te spory są nieskończone i nierozstrzygalne). Z kolei w ujęciu R. Dworkina *law as integrity* – sędzia Herkules musi odnaleźć jedno właściwe rozstrzygnięcie, stanowiące wyraz partykularnego, ale najlepszego z punktu widzenia danej kultury prawnej, odzwierciedlenia (*fit, justify*) pojęcia prawa. To oznacza, że model jedynej właściwej odpowiedzi dopuszcza sytuację, w której właściwa odpowiedź na pytanie prawne nie będzie w ogóle nikomu znana, a jednocześnie będzie jedynym racjonalnym rozwinięciem pojęcia prawa. W przeciwieństwie do teorii reguły uznania, która wyklucza możliwość szerokiej pomyłki co do treści obowiązków prawnych, teoria R. Dworkina wcale takiej pomyłki nie wyklucza i w konsekwencji wszyscy w społeczeństwie mogą faktycznie być w błędzie co do tego, jakie w rzeczywistości jest prawo – tak jak niegdyś ludzie byli w błędzie co do właściwych rozmiarów kuli ziemskiej⁴⁰. W takiej sytuacji istniejący spór dotyczący pojęcia prawa i jego właściwego znaczenia byłby sporem w zasadzie niedorzecznym – nie tylko bowiem żadne ze stanowisk nie odpowiadałoby rzeczywistości, ale tym trudniej byłoby uznać równoprawny charakter wysuwanych propozycji. Przeciwnie, można by argumentować, że jeśli w ogóle rozważać ich równorzędny charakter, to tylko w takim sensie, że wskazane propozycje (*conceptions*) są po prostu obiektywnie równie bezużyteczne, stąd nieświadome tego strony mogą się spierać w nieskończoność. Wobec tego ich status sporów teoretycznych we własnym sensie R. Dworkina pozostawałby wiele do życzenia, nie mówiąc już o spełnieniu w tej sytuacji wyśrubowanych kryteriów istotowej sporności W.B. Galliego.

³⁸ R. Dworkin, *Justice in Robes*, Cambridge 2006; por. R. Dworkin, *A Reply*, w: M. Cohen (red.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Totowa 1984, s. 252.

³⁹ Dworkinowskie odróżnienie sporów teoretycznych i empirycznych znajdzie czytelnik w R. Dworkin, *Imperium prawa*, Warszawa 2004. Idea sporu teoretycznego prowokuje wiele problemów filozoficzno-prawnych, z których niektóre omawiam w A. Dyrda, *Argument „semantycznego ukąszenia” a teoria prawa Jerzego Wróblewskiego*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2010/1, oraz w A. Dyrda, T. Gizbert-Studnicki, *Semantic Sting and Legal Argumentation*, w: J. Savelka et al. (red.), *Argumentation 2011: Alternative Methods of Argumentation in Law*, Brno 2011.

⁴⁰ Por. R. Dworkin, *Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy*, „Oxford Journal of Legal Studies” 2004/24, s. 13.

Taka konkluzja wydaje się jednak zbyt szybka, jeśli odróżnić za C. Swanton⁴¹ dwa sensy twierdzenia, że dane pojęcie jest z istoty sporne: 1) twierdzenie relatywistyczne (albo metafizyczne), zgodne z którym żadna z interpretacji danego pojęcia nie jest obiektywnie najlepsza; oraz 2) twierdzenie sceptyczne (epistemologiczne), że nigdy nie jesteśmy w stanie posiadać dostatecznych dowodów na rzecz przekonania, że określona koncepcja jest rzeczywiście najlepsza. Przedstawiona wyżej argumentacja wyklucza w przypadku R. Dworkina jedynie ujęcie pierwsze (relatywistyczne). Pozwala ona natomiast pozostawić R. Dworkinowi sceptykiem co do rzeczywistej możliwości dotarcia do jedynej poprawnej odpowiedzi, jednocześnie podtrzymując tezę metafizyczną dotyczącą istnienia takiej odpowiedzi. Główny argument R. Dworkina jest tutaj taki, że nie istnieje taki zewnętrzny punkt widzenia, z którego można ocenić przewagę pewnych teorii nad innymi. W związku z tym rozmaite partykularne teorie prawa są równoprawne, bo brak zewnętrznego kryterium pozwalającego definitywnie rozstrzygnąć na rzecz którejś z nich. W takim właśnie kontekście R. Dworkin przywołuje ideę istotowej sporności W.B. Galliego.

W tym właśnie tkwi sęk, potwierdzający tezę J. Waldrona, że sposób używania idei ECC przypomina dziś (o ironio!) „wolnoamerykanke”. Błąd w użyciu tego pojęcia przez R. Dworkina wiąże się metodologią identyfikacji i badania pojęć z istoty spornych. R. Dworkin rozważa sporność istotową, która nie jest określona z zewnętrznego, opisanego punktu widzenia, kluczowego dla rozumienia tego pojęcia przez W.B. Galliego. Wskazywałem wcześniej, że aby stwierdzić, iż nie istnieje najlepsza (racjonalnie) teoria (*conception*) bądź nie istnieje żaden racjonalny sposób argumentowania na jej rzecz (dojścia do najlepszej odpowiedzi), należy wznieść się ponad wszystkie sporne teorie i ocenić debatę jako całość. Tylko wtedy zastosowanie kryteriów W.B. Galliego może mieć w ogóle sens. Takie wyjście na poziom metateoretyczny nie jest na gruncie metodologii interpretacyjnej teorii prawa możliwe, zatem użycie idei ECC w tym kontekście stanowi poważne jej nadużycie.

7. Konkluzje i iluzje

Zastosowanie pojęcia *essentially contested concept* przez R. Dworkina wiąże się u niego w zasadzie jedynie ze spostrzeżeniem faktu, że istnieją sporne teorie (interpretacje) prawa przejawiające się w istnieniu centralnych dla dyskursu prawnego sporów teoretycznych. Pomijając kwestię, że ta ostatnia obserwacja (dotycząca osiowego charakteru sporów teoretycznych dla całego dyskursu) wydaje się chybiona⁴², należy stwierdzić, że nawet jeśli przyjąć faktyczne występowanie takich sporów, nie pozwalałoby to jeszcze uznać pojęcia prawa za pojęcie z istoty sporne w sensie W.B. Galliego. Sporność ma różne oblicza (na co wskazywałem na początku tego opracowania), a przywołanie idei ECC przez R. Dworkina pogwałca w radykalny sposób podstawowe założenia metodologiczne, na których ta idea jest oparta. Co ciekawe, założenia te są zgodne z punktem wyjścia, jaki przyjmuje współczesny pozytywizm prawniczy, będący w istocie teorią deskryptywną. Ale na gruncie pozytywizmu, z zupełnie innych powodów, które tylko częściowo zostały wyluszczone powyżej (głównie krytyka warunku *appraisiveness* – kryterium Galliego nr 1), pojęcie prawa nie może być uznane za pojęcie z istoty sporne.

⁴¹ C. Swanton, *On the 'Essential Contestedness of Political Concepts'*, „Ethics” 1985/4, s. 814, za: K.E. Ehrenberg, *Law is not...*, s. 219.

⁴² Por. B. Leiter, *Explaining Theoretical Disagreement*, „The University of Chicago Law Review” 2007/76.

Staralem się pokazać, że jest iluzją używanie idei ECC, niemal zupełnie nierozpoznanej na naszym rodzimym gruncie, a często nadużywanej w dyskusjach, dla wyjaśnienia natury sporów wokół pojęcia prawa. Rozstrzygnięcie to ma, jak sądzę, istotne znaczenie dla metodologii prawoznawstwa, a jednocześnie pozwala w uzasadniony sposób z przyzwoleniem oka traktować wszelkie obiegi do niej odwołania. Wstępnym kryterium użycia idei ECC do analizy jakiejś struktury pojęciowej stanowi kryterium użyteczności i związana z nim nadzieja lepszego zrozumienia rozmaitych relacji pomiędzy elementami pojęcia oraz natury towarzyszących temu pojęciu praktycznych sporów. W przeciwnym razie powołanie idei ECC stanowi poważne nadużycie, stanowiąc objaw zbędnej retoryki (w pejoratywnym znaczeniu), co z założenia sprowadza dyskurs na manowce, prowokując intelektualny regres i prowadząc do szkodliwego pomieszania pojęciowego.

Summary

Adam Dyrda

Is the concept of law an essentially contested concept?

Some legal thinkers (R. Dworkin amongst them) suppose that the concept of law is an essentially contested concept. This article firstly introduces the idea of essentially contested concepts, developed by W.B. Gallie. Secondly, it is argued that the concept of law cannot be perceived as an essentially contested concept, though some related concepts (such as “the rule of law”, according to J. Waldron’s analysis) can. Finally, I propose some arguments, in which I partly follow K. Ehrenberg’s recent analysis, showing that in Dworkinian terms, calling law an essentially contested concept may raise doubts and controversy.

BIBLIOGRAFIA / REFERENCES:

- Collier, D., Hidalgo, F.D., Maciuceanu, A.O. (2006). Essentially contested concepts: Debates and applications. *Journal of Political Ideologies* 11/3, 211–246.
- Dickson, J. (2001). *Evaluation and Legal Theory*. Oxford: Hart Publishing.
- Dworkin, R. (2001). A Reply. In M. Cohen (Ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. Totowa: Duckworth.
- Dworkin, R. (2004). Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy. *Oxford Journal of Legal Studies* 24/1, 1–37.
- Dworkin, R. (2004). *Imperium prawa*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Dworkin, R. (2006). *Justice in Robes*. Cambridge: Belknap Press.
- Dyrda, A. (2010). Argument „semantycznego ukąszenia” a teoria prawa Jerzego Wróblewskiego. *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej* 1/1, 39–47.
- Dyrda, A., Gizbert-Studnicki, T. (2011). Semantic Sting and Legal Argumentation. In J. Savelka et al. (Eds.), *Argumentation 2011: Alternative Methods of Argumentation in Law*. Brno: Masaryk University.
- Ehrenberg, K.E. (2011). Law is not (best considered) an essentially contested concept. *International Journal of Law in Context* 7/2, 209–232.
- Freeden, M. (1996). *Ideologies and Political Theory: A Conceptual Approach*. Oxford: Clarendon Press.
- Gallie, W.B. (1956a). Art as an Essentially Contested Concept. *The Philosophical Quarterly* 6/23, 97–114.
- Gallie, W.B. (1956b). Essentially Contested Concepts. *Proceedings of the Aristotelian Society* 56, 167–198.
- Gallie, W.B. (1971). *Philosophy and Historical Understanding*. New York: Schocken.
- Green, L. (1987). The Political Content of Legal Theory. *Philosophy of the Social Sciences* 17/1, 1–20.
- Krygier, M. (2011). Cztery pytania o rządy prawa: Dlaczego? Co? Gdzie? I kogo to obchodzi?, cz. 1. *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej* 2/3, 5–19.
- Leiter, B. (2007). Explaining Theoretical Disagreement. *The University of Chicago Law Review* 76, 1215–1250.
- Lukes, S. (1977). A Reply to K. I. Macdonald. *British Journal of Political Science* 3, 418–419.
- Lukes, S. (2005). *Power: A Radical View*. New York: Palgrave Macmillan.
- Marmor, A. (2006). Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral. *Oxford Journal of Legal Studies* 26/4, 683–704.
- Moreso, J.J. (2001). In Defence of Inclusive Legal Positivism. *Diritto & Questioni Pubbliche* 1, 99–117.

- Pełka, M. (2012). *Konflikt uprawnień w teorii prawa Ronalda Dworkina*. Warszawa: Warszawska Firma Wydawnicza.
- Rawls, J. (1994). *Teoria sprawiedliwości*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Swanton, C. (1985). On the 'Essential Contestedness of Political Concepts'. *Ethics* 95/4, 811–827.
- Waldron, J. (2002). Is the rule of law an essentially contested concept (in Florida)? *Law and Philosophy* 21/2, 137–164.
- Wróblewski, J. (1972). *Sądowe stosowanie prawa*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.