

STANISŁAW KAŻMIERCZYK<sup>1</sup>

## Z refleksji nad krytyką prawa

### Streszczenie

W artykule autor zajmuje się związkiem krytyki prawa i krytyki teorii prawa. Analizuje problem stylu teorii prawa i wpływu kultury na ten styl. Proponuje poddać badaniu typy polemik prawnych. Twierdzi, że rola polemik konkretnych i abstrakcyjnych w krytyce prawa jest duża i dotąd niedostatecznie zbadana.

**Słowa kluczowe:** teoria prawa, krytyka teorii prawa

---

<sup>1</sup> Prof. dr hab. **Stanisław Kaźmierczyk** – profesor nauk prawnych, obecnie prof. zw. nauk prawnych w Dolnośląskiej Wyższej Szkole Przedsiębiorczości i Techniki w Polkowicach, Dolnośląska Wyższa Szkoła Przedsiębiorczości, ul. Skalników 6b, 59-101 Polkowice, Polska.

STANISŁAW KAŻMIERCZYK

## Reflecting on critics of law

### Abstract

In the article the Author analyses an interaction between critics of law and the critics of theory of law. He studies a problem of the style of law theory and the influence of culture on that style. The Author proposes research the types of legal polemics. He claims, that the role of specific and abstract polemics in critics of law is significant and until now not sufficiently investigated.

**Keywords:** theory of law, criticism of the theory of law

Jest kwestią zasadniczą, czy krytyka prawa staje się możliwa bez krytyki jego teorii, tym bardziej, gdy przyjmujemy, że ta teoria znajduje się albo powinna się w nim znaleźć immanentnie. Miałoby to oznaczać, że przedmiotowo nie stoi przy prawie, jakby na zewnątrz prawa, tak jak to ma miejsce w niektórych innych naukach. Rozumiem, że co do dystynkcji pojęciowych to może być dyskusyjne, ale i rozwojowe, bo taka jest też natura dyskusji nad rozumieniem czegoś w pograniczach. Występująca, tak jak teraz w literaturze, rozdzielność prawa i teorii wydaje się być trudna do utrzymania, zwłaszcza że związki między tą teorią a prawem nie są pogłębiane. Zaś sama rozdzielność nierzadko wybrzmiewa, podobnie jak między rzeczami<sup>2</sup>.

Dochowując zasadności pytania, jakoby o krytyce prawa można byłoby mówić pod warunkiem, że w związku z krytyką teorii prawa, trzeba spełnić warunek wykazania tego związku oraz, że związane z nim rozważania będą rozważaniami teoretyczno-prawnymi. Gdyby te warunki zostały pominięte, tytułowa refleksja zesłaby na dość płytkie obszary pojmowania tych zagadnień. Z tym że, równolegle, trzeba przynajmniej zarysować metodologię tej krytyki.

W zakresie dogmatyki prawa, bo ona jest jego podstawą, zapowiadana krytyka w powyższym jej związku może być w tej dogmatyce ważna, gdy proponowane tu kwestie staną się determinujące dla zagadnień dogmatycznoprawnych w sensie, że będą dla nich generować problemy. Dogmatyka ma w sobie również teorię, co jest o tyle ważne, iż pytanie, pod jakimi warunkami problematyka jej teorii staje się problematyką teorii prawa, jest pytaniem poznawczo doniosłym<sup>3</sup>. Z teorią mamy zawsze kłopoty i, choćby z tego względu, nie wiemy, czego się po niej spodziewać, jak ją wykorzystać? Zresztą pozbawiona kłopotów byłaby tworem dziwnym i chyba nie-teorią. Dlatego też pytanie o kłopoty, o ich językowe wysłowienie powinno mieć swoje miejsce w krytyce, rozumiejąc, że od nich, w dużej mierze, zależy rozwój teorii, no i samego prawa. Zatem, biorąc to pod uwagę, zajmowanie się krytyką teorii prawa, krytyką w jej różnych aspektach i uzasadnionych wątpliwościach,

<sup>2</sup> J. Jabłońska-Bonca, *Podstawy prawa dla ekonomistów*, Warszawa 2000, rozdz. III; A. Turska (red.), *Kultura prawna i dysfunkcjonalność prawa*, t. I, Warszawa 1988, passim; Z. Ziemiński, *Typologia naruszeń praworządności*, „Państwo i Prawo” 1982, 8, passim; M. Zirk-Sadowski, *Prawo a uczestniczenie w kulturze*, Łódź 1998, rozdz. I–II; M. Wilejczyk, *Cywilnoprawne znaczenie przebaczenia*, „Studia Prawnicze” 2013, 1, s. 30; J. Wróblewski, *Wybrane zagadnienia metodologiczne dogmatyki prawa*, [w:] J. Wróblewski (red.) *Zagadnienia metodologiczne prawoznawstwa*, Wrocław–Warszawa 1982, passim.

<sup>3</sup> Tego terminu używa: J. James, *Nowa filozofia francuska*, Warszawa 2014.

może być owocne dla samej teorii przede wszystkim, a później dla prawa albo prawa w krytyce powyższej teorii. Właśnie, nie dostrzegamy sensu tej alternatywy. Tymczasem zajmowanie się prawem i jego krytyką może być czymś innym aniżeli badaniem prawa w krytycznym podejściu do powyższej teorii. O ile to pierwsze może się zakończyć uwagami co do sprawności legislacyjnej, o tyle to drugie musi już być refleksyjne i dlatego ogólniejsze. Dalej idąc, czy pierwsze należy do krytyki prawa? Czy nie lepiej by było rezerwować dla niej tylko to drugie? Pod hasłem krytyki mieszamy, całkiem swobodnie, jedno z drugim i nawet tam, gdzie nie robimy refleksyjnego wrażenia, jesteśmy gotowi nazywać to krytyką. A odpowiednio do tego też czym innym powinna być krytyka prawa w myśleniu dogmatyczno-prawnym nawiązującym do myślenia teoretycznoprawnego i bez tego nawiązania, bo ono jest albo nie jest możliwe. Gdyby propozycje, choćby tylko przy alternatywach, zostały wykorzystane, a w tym rozwinięte, interesująca mnie krytyka mogłaby się stać oddzielnym przedmiotem teorii prawa, a z czasem nawet wyłącznie własnym przedmiotem badawczym.

Mając powyższe na względzie temat krytyki – właśnie temat a nie samą krytykę – można jeszcze rozwijać co najmniej na dwa (jednak) podstawowe sposoby. Po pierwsze, wychodząc od teorii prawa, dla niej krytycznie, szlibyśmy do prawa, budując po drodze problemową przestrzeń, co do której miałoby być wiadomo, że zajmując się nią, dojdziemy do takiej problematyki, która, po jej odpowiednim skonstruowaniu, dałaby z kolei możliwość rekonstruowania założeń o tej krytyce. Bo też chciałbym uniknąć mnożącej się praktyki, że, jak to się mówi, należy zaczynać od założeń. Wbrew temu sądzę, że trzeba do nich dojść w dochodzeniu, przy którym, uwzględniając przyjęte albo rekonstruowane przez siebie metodologiczne myślenie, daje się proponować, na tym dochodzeniu, a jakże, problemy, w związku z którymi krytyka byłaby zdolna pogłębiać teorię prawa i następnie prawo, przyjmując, że jedno ma być w drugim, a nie, że po kolei. To po kolei, a tak jest robione, nie czyni teorii. Nie czyni, gdyż z czego miałoby ją czynić. Dopiero wtedy, gdy obrane metodologiczne myślenie pozwoli wejść prawu w swoją teorię, ona może się bogacić mocą generowania kwestii w tym myśleniu. Tak zwane międzygałęziowe dystynkcje, a przy tym nawoływanie, by łączyć (wchodzić), są już tak pospolite, że aż niezdolne do wiązania się z czymś pogłębianym. Uwagi te są ważne, gdyż nie jest tak, jak się zwykle sądzi, że krytykę można konstruować począwszy od dziedziny, i niech nią będzie np. owa teoria, lecz od problemów, z tym zastrzeżeniem, iż odpowiednio przygotowanych na dokonywanie krytyki jako zabiegu twórczego o określonym celu badawczym. Zabieg odtwórczy byłby w tym wypadku nawet trudy do uzasadnienia. Z pewnością oparto by go na porównaniu tego, co zdaniem krytykującego, jest złe, z tym co, też jego zdaniem, jest dobre. Wbrew temu, uważam, że krytyka, krytyka prawa jest, po prostu mówiąc,

dziedziną, jego dziedziną w prawie, a więc i w teorii prawa. Nie ma tu miejsca na to, jak ona ma się wyłaniać. Przede wszystkim, czy w procesie wyłaniania, jako skutku rozwoju nauki prawa, czyli i jego teorii, czy też jest tak, że ta dziedzina może się pojawiać dopiero na pewnym poziomie tego rozwoju odpowiednio nazwanym, i nie występować, gdy ten poziom jest nieodpowiedni jak na to, by ją, jako dziedzinę, wytworzyć? Otóż to pytanie jest zasadnicze z epistemologii prawa. Jego konsekwencje kładą się na jakości prawa i na potrzebie, chyba permanentnego, zajmowania się strukturami głębokimi w prawie.

Już w tym świetle widać, że my w polskim prawie nie zdołaliśmy takiej dziedziny wyłonić, gdyż nasza nauka nie została rozwinięta do potrzeb i możliwości tego wyłaniania, a praktykowana krytyka ma się bliżej naprawiania błędów aniżeli krytyki. Gorzej, nie ma w tym względzie widoku na zmiany. Wszelako nasze myślenie nad prawem, nie mylić z myśleniem o prawie, nadal zapowiada bardziej stagnację, petryfikowanie, w morzu formalnej rzetelności, konkluzywność, i prawie nic z rozwijania heurystycznych podejść badawczych. Zostawmy to do następnej pracy.

Aby się z tych propozycji wywiązać, musimy mieć (elementarnie mówiąc) odpowiedni warsztat naukowy. Niemniej to nie jest jeszcze najlepiej rokujące. Trzeba przede wszystkim osiąść zdolność nomologicznego operowania tym warsztatem, co już nie jest sprawą prostą. Zdolność ta zwykle rodzi się, dokonując krytyki, ale przy założeniu, że problemowo płodnej, na zastanej literaturze, z tą jeszcze uwagą, by nie rozstrzygać kto ma, a kto nie ma racji, lecz powiedzieć, jakie z tego rodzą się problemy, łącznie z siecią związków występujących między problemami. „Rozdawanie” racji jest już dzisiaj wyraźnie, choć po części, „sprywatyzowane” i dlatego ma niski poziom satysfakcji. Czym innym, dodajmy, jest poukładać zastane poglądy niemal tak, jak układamy puzzle, obserwując zarazem, gdzie i co do siebie nie pasuje, a czym innym, by móc, operując różnicami w poglądach, robić z nich użytek problemowy, wznosząc się na poziom teorii, i dopiero na nim proponować nowe zagadnienia teoretycznie doniosłe. Niestety, są to przypadki rzadko spotykane, niemniej przysparzające wiele wizji badawczych będących dopiero miarą powyższego warsztatu. Wróć do tego poniżej, rozumiejąc, że w tym jest jeszcze kilka kwestii.

Tu trzeba ponadto rozdzielić krytykę samego efektu badawczego od krytyki metodologicznych wymagań w badaniu czegoś wyodrębnionego z powodu na spodziewany cel. I jeszcze, co jest bardzo ważne, bo od tego może zależeć także badawczy rozwój badanej materii, mianowicie splot zależności, a one mogą być badawczo rozmaite. Z kolei, z między<sup>4</sup>, daje się zrobić, podchodząc do tego nomo-

---

<sup>4</sup> Por. S. Kaźmierczyk, *Inter prawo. Z zagadnień teorii i filozofii prawa*, [w:] M. Błachut (red.), *Ponowoczesność*, Wrocław 2007, s. 83.

logicznie<sup>5</sup>, efekt krytyki już o większej doniosłości poznawczej aniżeli samo poznawanie tej materii i celu. Krytyka ma bowiem to do siebie, że już sama w sobie przetwarza wspomniany *inter*, na wyższym poziomie poznawczym i większym jego zakresie, nie mówiąc, że pośrednie poziomy mogą być źródłami samodzielności generującej nowe kwestie. Jednak, jeśli krytykę chcemy pojąć jako dziedzinę, jako wyraz funkcji rozwojowej w badaniu prawa, jej zastosowanie może mieć walory też praktyczne w rekonstruowaniu programów badawczych. Kto wie, czy w tym właśnie nie tkwią możliwości odchodzenia od zadaniowych tematów w naszej teorii, w nadmiarze występujących, i pójścia do jej tematyzowania<sup>6</sup> w rozumieniu rekonstruowania ciągów rozwojowych, tożsamości prawa<sup>7</sup> itp.

Tak więc z krytyką niewątpliwie wiąże się sam rozwój teorii prawa<sup>8</sup>, jednocześnie używając jej za teoretyczną myśl, która może się nie wyczerpać, a to z powodu, iż ona jest zawsze złożona, rozumiejąc przez tę złożoność generowanie (się) nowości badawczych w ujęciu metodologicznym i przedmiotowym oddzielnie. Gdyby się jednak miało okazać, że ona, a wraz z nią krytyka się wyczerpuje, wtedy, jak sądzę, nie mamy do czynienia albo z krytyką, w jej złożonym rozumieniu, albo też z krytyką jakiegoś ograniczonego aspektu w krytykowanym przedmiocie, albo też z krytyką jakiegoś zagadnienia, którego nie potrafimy rozwijać w krytykowanym dążeniu<sup>9</sup>. Warto nawiązać do tych składowych krytyki na gruncie teorii prawa, albowiem mamy już za sobą wyczerpane tematy, np. struktura normy prawnej, sankcja, norma prawna, pewnie już teraz wyczerpie się zasada prawna, nie mówiąc,

<sup>5</sup> M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Warszawa 2000, s. 21–25; R. Sakowicz, [w:] R. Sakowicz, J. Stelmach, *Teoria prawa*, Kraków 1996, s. 18; Z. Ziemiński, [w:] S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, s. 15; J. Jabłońska-Bonca, *Wprowadzenie do prawa. Introduction to Law*, Warszawa 2004, s. 32 i nast.; A. Nowaczyk, *Wprowadzenie do filozofii matematyki*, Łódź 2004, s. 8–12; R. Tokarczyk, *Filozofia prawa*, Lublin 2000, s. 28–32.

<sup>6</sup> Por. S. Kaźmierczyk, *O związku wykładni prawa z teorią prawa*, [w:] A. Choduń, S. Czepita (red.), *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, Szczecin 2010, s. 257 i n; S. Kaźmierczyk, *Standard użycia praw człowieka*, [w:] J. Jaskiernia (red.), *Wpływ standardów międzynarodowych na rozwój demokracji i ochronę praw człowieka*, t. 1, Warszawa 2013, s. 35–40.

<sup>7</sup> Por. S. Kaźmierczyk, *Z rozważań nad rozumieniem tożsamości prawa*, [w:] M. Grzybkowski (red.), *Państwo demokratyczne prawne i socjalne*, t. 4, Kraków 2014, s. 30 i nast.; K. Ajdukiewicz, *Logika pragmatyczna*, Warszawa 1975, s. 50 i nast.; L. Morawski, *Zasady prawa – komentarz krytyczny*, [w:] J. Stelmach (red.), *Studia z filozofii prawa*, Kraków 2001, s. 75 i nast.; S. Wronkowska, *Spójność systemu prawa*, [w:] H. Kołakowska-Przełomiec (red.), *Jakość prawa*, Warszawa 1996, s. 59 i nast.

<sup>8</sup> Por. J. Woleński, *Z zagadnień analitycznej filozofii prawa*, Warszawa 1980, *passim*; P. Winczorek, *Wartości naczelné „małej Konstytucji” z 1992 r.*, „Państwo i Prawo” 1993, 1, s. 5; J. Oniszczyk, *Filozofia i teoria prawa*, Warszawa 2008, s. 1070.

<sup>9</sup> Por. T. Pietrzykowski, *Ujarzmianie Lewiatana. Szkice z idei rządów prawa*, Katowice 2014, rozdz. I.; W. Załuski, *Ewolucyjna filozofia prawa*, Warszawa–Kraków 2009, s. 100 i nast.; J. Nowacki, *Rządy prawa. Dwa problemy*, Katowice 1995, s. 58 i nast.

że w społecznych uwarunkowaniach prawa mamy zbyt wiele powtórzeń, a stosunek prawny ma te same struktury, ciągle powielane. I nie to, że one są stare. A jeśli już, to dlatego, że my na ogół nie radzimy sobie z nowym. Nie radzimy, gdyż nowości wymagają zbyt wiele od krytyki, od ciągłości w krytyce, ciągłości, która się zaczyna gubić. Powyższe i całe mnóstwo im podobnych przykładów należą w istocie do nowych zagadnień, z tym, że są one robione po staremu, w niemal kurczowym trzymaniu się jakby struktur, zapominając o nowej ciągłości. Na pewno zmienną jest ich treść, co widać w rozmaitych tekstach. Ale sama treść, choćby w pełni wyczerpująca obraną materię jednak pozostawiona bez stosowania m.in. powyższych postulatów, ma niewątpliwą wadę. Wtedy mianowicie taka praca, staje się wyraźnie pracą zadaniową i bez większego wpływu na rozwój prawa. Takich prac mamy dużo. One na pewno podwyższają mnożenie się kumulatywizmu<sup>10</sup> aż do wspomnianego wyczerpania, a w tym wyczerpaniu – do zalegania.

Do tego dochodzi styl, w jakim jest uprawiana teoria prawa, najczęściej właściwa dla podejścia opisowego, co jest nadmiernie widoczne, gdy wkraczamy w zjawiska społeczne mające legitymizować prawo. W ogóle jego legitymizacja jest opisowo przedstawiana tak, jakby miało chodzić bardziej o fakty aniżeli o rekonstruowaną sferę między legitymizującym a legitymizowanym prawem nadającą się niewątpliwie do problemowej eksplikacji. Nierzadko czytamy, że etyka legitymizuje, ale jak ona to robi, nie jest odkodowywane jako w pewien sposób wyrażany proces myślowy (wyrażany problemowo), lecz opisowo, że prawo zareagowało pod jej wpływem i to ma wystarczyć. Nierzadko przy tej okazji opisuje się różnice między prawem i moralnością, zwykle powtarzając to, co już napisano. To może wystarczyć tam, gdzie taki „skrót” jest możliwy i konieczny. Natomiast to, czym jest legitymizacja, w jej głębokiej naturze, jako rodzaj choćby złożonej korespondencji z otoczeniem prawa, i co tu jest determinujące oraz w jakim miejscu tej korespondencji ta determinacja zachodzi<sup>11</sup>, stanowi moim zdaniem podstawowe pytania dla krytyki w prawie. Wreszcie, czy nie jest tak, że samo prawo bierze np. z moralności (etyki) to, co jest mu „potrzebne”, by być w końcu prawem z punktu widzenia potrzebnego mu wartościowania, a ponadto, czy prawo, i w jakim sensie oraz pod jakimi warunkami, może legitymizować etykę. Są to pytania ogromnie złożone, a w związku z nimi krytyka otwierałaby możliwości znacznie lepszego widzenia

<sup>10</sup> Por. R. Foster i S. Kaplan, *Twórcza destrukcja*, Łódź 2003, rozdz. 3.

<sup>11</sup> C. Znamierowski, *Podstawowe pojęcia teorii prawa. Część pierwsza: układ prawny i norma prawna*. Poznań 1924, passim.; A. Pułło, *Z problematyki zasad prawa: idee ogólne w prawie konstytucyjnym*. „Przegląd Sejmowy” 1996, 1, s. 15; A.B. Stępień, *Wstęp do filozofii*, Lublin 2001, s. 115 i nast.; Por. też S. Wojtczak, *O niewspółmierności i jej konsekwencjach dla stosowania prawa*, Łódź 2010, s. 77 i nast.

relacji prawo–etyka, nie mówiąc w ogóle o legitymizmie, zwłaszcza determinizmie prawniczym.

A będąc przy stylu zajmowania się prawem, on (mniej więcej) jest taki sam, gdy zajmujemy się gałęziami i to w związku z poznaniem prawa, jak i wtedy, gdy piszemy o strukturze normy prawnej, przepisach zrębowych, czy też przedstawiamy prawo jako zjawisko wartościowania. Opisowe podejście również w teorii prawa ma w dużej mierze to do siebie, iż przechodzenie od jednego do drugiego zagadnienia jest najczęściej przechodzeniem po prostu, tzn. bez wydobywania zarówno drogi przechodzenia, jak i założeń o jej przypuszczalnych efektach czy nawet o nowych metodologiach.

Wprawdzie wszystko można opisać, tak wydobywanie, jak i wyłaniające się zagadnienia, niemniej intelektualne przeświadczenia, z jakimi opisujemy, dążąc przy tym, by było wszystko opisane, mają się czasami odmiennie do wyłaniającego się problemu<sup>12</sup>, gdzie znacząco wiele zawdzięcza się rekonstruowaniu, w którym niuanse myśli są przecież inne aniżeli w trakcie opisu<sup>13</sup>, nie mówiąc o tym, że umysł teoretyka może je wykorzystać też w atmosferze innego budowania postulatów. Rozumiem, że to powinno być pogłębione i nie dla przekonania, czy podejście opisowe w teorii prawa jest bogatsze od bogactwa myślenia w podejściu analitycznym, czy wreszcie nie byłoby też potrzebne rozważanie, że metodologia pragmatyczna, skierowana na czynności nie postrzega prawa zbyt jednostronnie. To trzeba by rozwinąć w osobnej pracy, rozwinąć właśnie w podejściu krytycznym, budując krytykę aktualnie prawniczego stylu teorii prawa z zamiarem jego różnicowania wielością metod badawczych bez preferowania jednej z nich.

Niczego nie przesądzam, ale co do roli tego stylu krytyka prawa, obejmująca na początek i przede wszystkim teorię prawa, mogłaby wejść w zagadnienia kultury, o której głośno w rozważaniach teoretycznoprawnych i, moim zdaniem, wyraźnie odróżnić kulturę co do jej przedmiotu i rozumienia od kultury jako swoistego stylu, a następnie wejść (co najmniej roboczo) z tym rozróżnieniem w tę teorię. To musiałoby doprowadzić, przynajmniej spektakularnie, omawianą krytykę do problematyki, w świetle której zmieniłyby się nasze sądy na społecznie uwarunkowane prawa, jego widzenie, no i prawniczą wymowę, a także na role pełnione przez prawo. Ono wtedy radykalnie by się ukierunkowało na humanistyczną

<sup>12</sup> Por. B. Stiegler, *Czas techniki*, [w:] J. James, *Nowa filozofia francuska*, Warszawa 2014, s. 115 i nast.; R. Tokarczyk, *Filozofia prawa*, Lublin 2000, s. 30 i nast.; K. Jodkowski, *Filozofia nauki w XX wieku*, [w:] L. Gawor, Z. Stachowski (red.), *Filozofia współczesna*, s. 230.

<sup>13</sup> Por. K. Szaniawski, *O nauce, rozumowaniu i wartościach. Pisma wybrane*, Warszawa 1994, s. 88 i nast.; A. Verdross, *Nauka o prawie natury*, [w:] M. Szyszkowska (red.), *Nauka a Polityka, Dziwne losy filozofii prawa w Polsce*, Warszawa 2001, s. 180; J. Hospers, *Wprowadzenie do analizy filozoficznej*, Warszawa 2001, s. 20 i nast.



orientację. Zaś dla teorii prawa bardziej wnikliwy i zarazem „pouczający” stałby się problem kultury jako stylu aniżeli jako przedmiotu. A dla krytyki stałoby się jaśniejsze, że ona (chcąc nie chcąc) musiałaby być znacznie głębsza i bardziej wymowniejsza.

Póki co przeważa podejście przedmiotowe do kultury, co zaledwie może prowadzić do rozważań o jej komplementarności w teorii prawa. To jest poznawczo ważne, gdy może rozwinąć naszą teorię, ale w granicach komplementarnego jej ujmowania. Zresztą komplementarność służy rozwojowi w wyjaśnianiu<sup>14</sup>. Ale, czy to wystarczy? Właśnie, wejście w teorię prawa w kulturze, zarazem jako jej stylu, uniwersalizuje zarówno kulturę, jak i tę teorię w prawie oraz jego skutkach. Styl uszlachetnia kulturę, bowiem w pewnym sensie jest jej transcendencją<sup>15</sup>. Do tej problematyki trzeba wrócić w osobnej pracy, moim zdaniem już zapowiadającej zmiany punktów wyjścia dla krytyki prawa, czyniąc ją znacznie głębszą aniżeli przy kulturze przedmiotowo omawianej.

Przyjmując powyższe propozycje refleksji, w ich formułowaniu trudno byłoby znaleźć miejsca na akceptowanie podręcznikowego charakteru rozważań, które nie wydają się być rzadkością w naszej teoretycznoprawnej literaturze<sup>16</sup>. Temu niewątpliwie sprzyja wspomniany już kumulatywizm, a nade wszystko zadaniowe kształtowanie się naszych prac. W rezultacie zadania opracowane w zadaniowym podejściu (w gruncie rzeczy) informującym o tym, co chcemy przedstawić, czyli metodologicznie jednak ubogim, na ogół jasno występuje sam koniec informowania. Wprawdzie w nim są też zdania o tym, że trzeba do czegoś jeszcze wrócić, ale to na ogół ma charakter akcesoryjny, nie nawiązujący przez jakieś kategorie metodologiczne do czegoś rozwojowego.

Uwagi te, w dużej mierze, pozwalają nawiązać, moim zdaniem, do możliwości wyodrębnienia w teorii prawa prac, nierzadko obszernych, nazwijmy je, z teorii erudycyjnej i prac z teorii prawa o podejściu heurystycznym jako wiodącym<sup>17</sup>. O ile te pierwsze, nierzadko odpowiadające poprzednio wspomnianemu układowi, często zdają się być bliskie konkluzywności, co też wynika z tego, jak dalece

<sup>14</sup> Por. K. Szaniawski, op. cit., s. 531.

<sup>15</sup> Por. B. Brożek, *Granice interpretacji*, Kraków 2014, rozdz. III; R. Piłat, *Natura refleksji. O trudnościach związanych z czynnościami psychicznymi drugiego rzędu*, [w:] M. Urbański i P. Przybysz (red.), *Funkcje umysłu*, Poznańskie Studia z Filozofii Humanistyki, 8(21), Poznań 2009, passim.

<sup>16</sup> S. Kaźmierczyk, *O związku wykładni prawa...*, op. cit.

<sup>17</sup> J. Hartman, *Heurystyka filozoficzna*, Toruń 2011, passim.; P. Sztompka, *Socjologia. Analiza społeczeństwa*, Kraków 2002, s. 432 i nast.; Por. P. Przybysz, *Refleksja a stopnie poznania społecznego. W stronę kognitywnej teorii umysłu społecznego*, [w:] M. Urbański i P. Przybysz (red.), op. cit., s. 140 i nast. Rozumiem, że są to zagadnienia, które się jeszcze nie rozwinęły, ale zasługują na uwagę chociażby z punktu widzenia jakby „wewnętrznej” teorii prawa.

daje się układać zastane poglądy, by obwieścić zakończenie tego układania, o tyle podejście drugie musi być ze swej natury otwarte, bo takie są wymagania myślenia heurystycznego. I dalej, kontynuując: o ile erudycyjne jest, jakby z istoty, charakteru podręcznikowego, kończącego choćby w najbogatszej palecie przypisów – przedstawianie np. kierunku badawczego, o tyle już heurystyczne ma być np. w przyjętej roli przedstawiania – rozwojowe z możliwością, że nawet nieskończone rozwojowe.

Rola krytyki prawa byłaby w tym rozróżnianiu, które może się ciągnąć znacznie dalej, wyjątkowo duża, mogłaby, ale w następstwie heurystycznego, objąć heurystycznym też erudycyjne, tym bardziej, że w pracach erudycyjnie zorientowanych nie brakuje heurystycznych wątków. Gdyby to objęcie się spełniło, co jest możliwe, i na styku spotkania się tych znakomitych, niech będzie, że kierunków myślenia i odpowiednio dla tych styków przygotowanej metodologii prawniczego dociekania, wytworzyłby się myślowy „materiał” budowania współcześnie innych założeń badawczych w prawie, a teoria prawa (sądzę) otrząsnęłaby się z wielu swoich słabości. Co by to dało? Wtedy mielibyśmy możliwość zrekonstruowania nawet metodologicznej płaszczyzny konstruowania i, co więcej, odkrywania teorii prawa na prawdziwie głębokich walorach poznania naukowego, a konteksty uzasadniania i odkrywania zbliżyłyby się do siebie w ich funkcjonalnej potrzebie. Sądzę w związku z tym, że również nie jest tak, by w teorii prawa nie było można mieć do czynienia z odkrywaniem, choć jest prawdą, iż nie jest ona dziedziną w naukach empirycznych, co znowu nie musi konsekwentnie wykluczać jej empirycznego charakteru<sup>18</sup>. Jednakże to już nie należy do krytyki prawa, niemniej ona może od tego wychodzić, tak jak pożądane wydaje się być, by brała swój początek z powodu teoretycznie umotywowanych dążeń do rozwijania teorii prawa czy w ogóle nauk o prawie<sup>19</sup>.

Jest to też dobre miejsce, by zwrócić uwagę na różnice między krytyką jako rezultatem polemiki a krytyką z krytyki wziętej. To rozróżnienie również przyjmuję za ważne. Naturalnie dana polemika nie musi być, pod względem chociażby struktury, równa polemikom. Bo również najlepiej byłoby, gdyby one, pod względem zawartej myśli, różniły się między sobą, albo w stopniu umożliwiającym ich klasyfikację, albo typologię. Niewątpliwie, ten zabieg byłby niezwykle korzystny choćby dla

<sup>18</sup> Problematyka empirycznego czy też nie-empirycznego charakteru prawa jest rozległa i ma bogatą literaturę. Por. Z. Pulka, *Czy nastąpi zmierzch pozytywistycznej koncepcji prawa i prawoznawstwa?*, [w:] A. Sulikowski (red.), *Z zagadnień teorii i filozofii prawa, W poszukiwaniu podstaw prawa*, Wrocław 2006; idem, *Struktura poznania filozoficznego w prawodawstwie*, Wrocław 2004, passim; T. Pietrzykowski, *Miękki pozytywizm i spór o regułę uznania*, [w:] J. Stelmach (red.), *Studia z filozofii prawa*, Kraków 2000, passim; W. Patryas, *Próba wyjaśnienia domniemań prawnych*, Poznań 2011, passim.

<sup>19</sup> J. Oniszczuk, op. cit., rozdz. VIII, zwłaszcza s. 866; P. Girdwoyń (red.), *Prawo wobec nowoczesnych technologii*, Warszawa 2008, passim.

wykazania, że polemiki pod względem ich przewodniej praktyki są co najmniej rozmaite, no i niejednakowo doniosłe. Wówczas, po zastosowaniu odpowiednich założeń, stałyby się zdolne, by wyjść na tworzenie teorii polemik. Tymczasem, wystarczy już to, że ktoś (personalnie) popełnił błąd, albo wyszedł na to, że ma inne zdanie, by spotkał się z „wytykiem”, „wytknięciem”, itp. Są to w polemikach względnie w ich ocenach słowa „klucze”, co sprawia, że polemiki występują strukturalnie niemal jednakowo, a w ślad za tym mają na ogół niski poziom.

A jeszcze lepiej by było, gdyby z powodu na zweryfikowaną metodologię krytyki, dało się podjąć zagadnienia typologii polemik. Sądzę, że byłoby to możliwe, gdyby one miały wyższy poziom awansu w teorii prawa, a jej literatura wyzwalaby się z charakteru podręcznikowego i w tym zadaniowego. Przy podejściu zadaniowym, o czym już wspomniałem, nie da się polemik oderwać od tego podejścia i wyżej posadzić polemiki najczęściej również zadaniowe. Słowem „koło” tych desperacji z łatwością się zamyka. Jego rozerwanie wymagałoby, w myśleniu teoretycznoprawnym, daleko idących zmian.

Na razie nic nie wskazuje na to, że spełnią się te dwie czynności porządkujące, a więc tym samym nic też nie zapowiada możliwego teoretyzowania polemik, czy (lepiej) traktowania ich jako jednej z możliwości budowania naszej teorii.

Polemika, co widać w ich pojmowaniu, jest na ogół czymś strukturalnie prostym. Zwykle polega na tropieniu błędów, które niekoniecznie są błędami autora, lub na przeciwstawianiu własnego i cudzego poglądu. Można ją zapoczątkować, nie proponując w tej mierze założeń. Po prostu przystępujemy do niej nawet bez konieczności podawania jej badawczej racji. Nie wspomnę, że jej nie osadzamy w sferze teoretycznoprawnych dążeń, co sprawia, że ona nie ma jednolitej rangi. Tak więc nie czynimy z niej przedmiotu osobnej refleksji. Pisząc to, mam na myśli polemiki jako coś zwyczajnego, rzecz można – *ad hoc*, których jest pełno, i występują w całkowitym rozproszeniu oraz dotycząc zazwyczaj jakichś pojedynczych kwestii, nie mówiąc już o takich, które wyręczają korektorskie prace.

Niczego nie lekceważąc i odnosząc się do postulatu z wystąpieniem o refleksje nad nimi, czy też o ich metodologiczne osadzania, w teoretycznoprawnej siatce instrumentalnych dążeń, konieczne zdaje się być na pewno nie zdefiniowane polemiki, lecz jej ukazanie w kształtowaniu myślenia teoretycznego, zwłaszcza w operowaniu tą teorią. Gdyby to się powiodło, a nie jest to niemożliwe, oddanie polemik teorii prawa w sposobie właściwym tej teorii, jako osobnych kategorii, byłoby ważne, ponieważ polemika w prawie, czegokolwiek by dotyczyła, też w różnorodnych gałęziach prawa, ma w sobie walor myślenia teoretycznego i co najmniej z zakresu argumentacji prawniczej.

Tym się kierując, teoria prawa zyskałaby ważny instrument integrowania się w doktrynie prawa nie przez szukanie (nierzadko „na siłę”) podobieństw przed-

miotowych lecz w sposobach rekonstruowania właściwego dla niej myślenia. A właśnie w myśleniu rozgrywającym się na gruncie metodologii poznawczych dążeń prawa kształtuje się problematyka teoretycznoprawna łącznie z problematyką polemik. Zaniedbania w budowaniu tej metodologii są, moim zdaniem, tak duże, iż to nas pcha ku zagadnieniom albo nierzadko ku „odgrzewaniu” kierunków dokładnie już znanych w historii doktryn.

Owszem, są polemiki, które sądząc nawet po rozmiarach, mogłyby być doniosłe choćby z powodu zaangażowania w nich literatury. Mimo tych walorów, część z nich to jednak polemiki dla polemik, byle stało na obronie zdania osoby polemizującej. Z tego powodu zaliczam je do powyższych ocen, co nie przeszkadza, aby je włączyć do postulatów budowania z nich środków o charakterze teoretycznoprawnym. W tych polemikach to zaangażowanie literatury idzie jednak na poczet uzasadniania własnego zdania, nie zaś tworzenia kontrowersji rodzących się pod wpływem polemicznych wywodów.

Wydaje się, że nie jest ważne, czy polemiki, choćby zgodnie z powyższymi sugestiami ich różnicowania, zaliczymy czy nie zaliczymy do krytyki prawa. Jedno jest wszak pociągające, czy z nich daje się coś zrobić dla teorii prawa? To samo pytanie trzeba postawić w stosunku do dogmatyki prawa. I chyba osobno względem orzecznictwa sądowego, sądowej działalności orzeczniczej oraz trybunalskiej. Są to bowiem odmienne dziedziny tej krytyki, która wyodrębnia się genetycznie w tych trzech dziedzinach zamiennie rozumianych jako zakresach. Przyjmując, że odmiennie, nie tyle co do przedmiotu krytycznego zachowania, ile co do sposobu myślenia prawniczego i jego intelektualnego wyrazu, należy im poświęcić odrębną pracę z odrębnymi założeniami badawczymi. Gdyby się to powiodło, już teraz można by było przypuszczać, że krytyka prawa, kto wie, czy nie zasługuje na miano metodologicznej płaszczyzny w sensie innym aniżeli myślano o niej w dotychczasowych pracach. I co ważniejsze, czy ona pod względem funkcjonalnym nie byłaby zdolna wyznaczać nowej transcendencji prawa.

A nie są to jałowe słowa. Wszak ta krytyka, choćby w metodologii poszukiwania jej miejsca dla teorii prawa, i następnie prawa, w tych trzech powyższych zakresach wziętego, zasługuje na odrębną dziedzinę badawczą, z której wychodząc, może się odkrywać nowoczesna teoria prawa, przynajmniej jej koncepcja. Wiedza (nauka) bez krytyki przestaje być intersubiektywna. I choć prawnicy mają z tą intersubiektywnością nie jeden kłopot<sup>20</sup>, nic nas nie zwalnia od krytyki także w aspektach ontologicznych prawa<sup>21</sup>. Bezpiecznie mówiąc, prawo jest wiedzą i jako taka pod-

<sup>20</sup> Por. Z. Pulka, op. cit.

<sup>21</sup> J. Filipek, *Ontologiczne źródło porządku prawnego*, M. Grzybkowski (red.), op. cit., passim. Swoje prace poświęcone ontologii prawa Autor wymienia i porządkuje w przypisie 1.

lega krytyce. Są to niewątpliwie zagadnienia podstawowe i zdaje się, że wywodliwe z tej krytyki pod warunkiem, że pojmowanej nie-płasko.

Też osobno, ale w krytyce teorii prawa, należałoby się odnieść do odesłań spotykanych w prawniczej literaturze, a kierowanych do teorii prawa. Jeśli one nie mają potrzeby skrywania swoistego alibi, zajmowanie się nimi miałyby sens, lecz uwzględniając, w jakiej świadomości, w teorii prawa odsyłający czyni odesłanie. Nie da się wykluczyć, że ono ma również sens w potrzebie akcesoryjnego potraktowania tej teorii, jakby z powodu „pokazania się”. Natomiast gdyby odesłania miały motywację rzetelnie wywodzącą się z teorii prawa, co oznacza, że krytyczną, zbadanie tych odesłań miałyby niewątpliwą potrzebę merytoryczną. W polskiej literaturze robili to znakomicie Franciszek Longchamps de Berier, Profesor wrocławskiego Wydziału Prawa, zajmując się poznaniem prawniczych zawłości metodologicznych, pisząc z pozycji prawnika administratywisty i teoretyka prawa jednocześnie oraz Profesor Waław Dawidowicz – też administratywista z gdańskiego Wydziału Prawa dostrzegający nowości w podejściach systemowych względem dociekań naukowoprawnych.

Próbując krytyką prawa sięgać w nim możliwie najgłębiej, jej podział na konkretną, w zasadzie spersonifikowaną, do której łatwo dają się zaliczyć wszelkiego rodzaju polemiki i im podobne formy oraz na abstrakcyjną, czynioną względem teorii czy w ogóle prawa, może przyczynić się do porządkowania choćby punktów widzenia na tę krytykę. Jeśli przy konkretnej możemy się wahać co do tego, czy jest ona twórcza względnie, czy należy od niej wymagać twórczego efektu, o tyle już przy abstrakcyjnej zdaje się, że tych wątpliwości nie powinno być. Abstrakcyjna, jest krytyką najpierw w przyjmowanych (wewnętrznie) założeniach tej krytyki i dopiero następnie w jej przedmiocie, czy to z zakresu teorii prawa, czy też pozostałych dziedzin myślenia prawniczego. Piszę „myślenia”, gdyż od niego zależy zarówno geneza, jak i charakter oraz styl krytyki, a następnie jej wytwory, do których zaliczyć wypada nowe podejścia w teorii prawa, jego fundamentalne<sup>22</sup> zagadnienia, jeśli potrafimy je w obiektywności wymienić, zarazem uprawdopodobniając tę obiektywność charakterem nauk prawnych. W tym miejscu nietrudno zauważyć, że inaczej jest, jeśli tę krytykę (abstrakcyjną) ma podejmować teoretyk prawa, jednocześnie nie będąc teoretykiem. Niczego nie sugerując, sam teoretyk prawa, a więc przymiotnikowy i bez analogii w tym miejscu do podobnych z nazwy teoretyków innych nauk, może nie być zdolny do podjęcia oraz rozwinięcia efektów krytyki abstrakcyjnej. Przykładem tego jest u nas ciągle nawracające pytanie o sens istnienia teorii prawa. Otóż w związku z nim nie można się obejść bez

---

<sup>22</sup> Problematykę rozumienia fundamentalności i jej odróżniania najgłębiej rozwinął M. Dybowski, *Prawa fundamentalne w orzecznictwie ETS*, Warszawa 2007, cz. I, rozdz. 1, cz. III, rozdz. 2.

krytyki oczywiście abstrakcyjnej. Potwierdzeniem tej uwagi są, jak się okazuje, mizerne efekty związane z poszukiwaną odpowiedzią. Mamy albo prostą negację tej teorii, albo też zwyczajne oświadczenia, że jej nie ma, albo całe mnóstwo ocen, a i podejmowaną obronę, ale też przy pomocy ocen innych wypowiedzi robioną, albo również wiele stanów pośrednich za teorią i przeciw teorii. W tej dyskusji nie ma teorii prawa, przynajmniej jako punktu wyjścia, co rozumiem, że jest on bardzo złożony. Nie ma też porządnie zrekonstruowanych, w oparciu o przyjętą metodologię rozumień zjawisk tej teorii, założeń, przy których byłoby wiadomo, jaki przebieg zachowań badawczych może efektywnie prowadzić do założonego rezultatu. Nie brakuje natomiast zwyczajnego pisania. I chociaż pytanie o teorię prawa ciągnie się za nami w dekadach lat licząc, postępu nie ma i nie będzie, chyba że krytyka prawa rozwinie się tak, jakby rozwijała się jego teoria. Wszak analogie między nią a (zwłaszcza) abstrakcyjną krytyką są niemal ściśle.

## Bibliografia

- Ajdukiewicz K., *Logika pragmatyczna*, Warszawa 1975.
- Brożek B., *Granice interpretacji*, Kraków 2014.
- Dybowski M., *Prawa fundamentalne w orzecznictwie ETS*, Warszawa 2007.
- Foster R., Kaplan S., *Twórcza destrukcja*, Łódź 2003.
- Girdwoyń P. (red.), *Prawo wobec nowoczesnych technologii*, Warszawa 2008.
- Hartman J., *Heurystyka filozoficzna*, Toruń 2011.
- Hospers J., *Wprowadzenie do analizy filozoficznej*, Warszawa 2001.
- Jabłońska-Bonca J., *Podstawy prawa dla ekonomistów*, Warszawa 2000.
- Jabłońska-Bonca J., *Wprowadzenie do prawa. Introduction to Law*, Warszawa 2004.
- James J., *Nowa filozofia francuska*, Warszawa 2014.
- Jodkowski K., *Filozofia nauki w XX wieku*, [w:] L. Gawor, Z. Stachowski (red.), *Filozofia współczesna*, Bydgoszcz 2006.
- Kaźmierczyk S., *Inter prawo. Z zagadnień teorii i filozofii prawa*, [w:] M. Błachut (red.), *Ponowoczesność*, Wrocław 2007.
- Kaźmierczyk S., *O związku wykładni prawa z teorią prawa*, [w:] A. Choduń, S. Czepita (red.), *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, Szczecin 2010.
- Kaźmierczyk S., *Standard użycia praw człowieka*, [w:] J. Jaskiernia (red.), *Wpływ standardów międzynarodowych na rozwój demokracji i ochronę praw człowieka*, t. 1, Warszawa 2013.
- Kaźmierczyk S., *Z rozważań nad rozumieniem tożsamości prawa*, [w:] M. Grzybkowski (red.), *Państwo demokratyczne prawne i socjalne*, t. 4, Kraków 2014.
- Morawski L., *Zasady prawa – komentarz krytyczny*, [w:] J. Stelmach (red.), *Studia z filozofii prawa*, Kraków 2001.

- Nowaczyk A., *Wprowadzenie do filozofii matematyki*, Łódź 2004.
- Oniszczyk J., *Filozofia i teoria prawa*, Warszawa 2008.
- Patryas W., *Próba wyjaśnienia domniemań prawnych*, Poznań 2011.
- Pietrzykowski T., *Miękki pozytywizm i spór o regułę uznania*, [w:] J. Stelmach (red.), *Studia z filozofii prawa*, Kraków 2000.
- Pietrzykowski T., *Ujarmianie Lewiatana. Szkice z idei rządów prawa*, Katowice 2014.
- Piłat R., *Natura refleksji. O trudnościach związanych z czynnościami psychicznymi drugiego rządu*, [w:] M. Urbański, P. Przybysz (red.), *Funkcje umysłu*, Poznańskie Studia z Filozofii Humanistyki, 8(21), Poznań 2009.
- Przybysz P., *Refleksja a stopnie poznania społecznego. W stronę kognitywnej teorii umysłu społecznego*, Poznańskie Studia z Filozofii Humanistyki, 8(21), Poznań 2009.
- Pulka Z., *Czy nastąpi zmierzch pozytywistycznej koncepcji prawa i prawoznawstwa?*, [w:] A. Sulikowski (red.), *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. W poszukiwaniu podstaw prawa*, Wrocław 2006.
- Pulka Z., *Struktura poznania filozoficznego w prawodawstwie*, Wrocław 2004.
- Puńko A., *Z problematyki zasad prawa: idee ogólne w prawie konstytucyjnym*, „Przegląd Sejmowy” 1996, 1.
- Sakowicz R., Stelmach J., *Teoria prawa*, Kraków 1996.
- Stępień A.B., *Wstęp do filozofii*, Lublin 2001.
- Stiegler B., *Czas techniki*, [w:] J. James, *Nowa filozofia francuska*, Warszawa 2014.
- Szaniawski K., *O nauce, rozumowaniu i wartościach. Pisma wybrane*, Warszawa 1994.
- Sztompka P., *Socjologia. Analiza społeczeństwa*, Kraków 2002.
- Tokarczyk R., *Filozofia prawa*, Lublin 2000.
- Verdross A., *Nauka o prawie natury*, [w:] M. Szyszkowska (red.), *Nauka a polityka. Dziwne losy filozofii prawa w Polsce*, Warszawa 2001.
- Wilejczyk M., *Cywilnoprawne znaczenie przebaczenia*, „Studia Prawnicze” 2013, 1.
- Winczorek P., *Wartości naczelné „małej Konstytucji” z 1992 r.*, „Państwo i Prawo” 1993, 1.
- Wojtczak S., *O niewspółmierności i jej konsekwencjach dla stosowania prawa*, Łódź 2010.
- Woleński J., *Z zagadnień analitycznej filozofii prawa*, Warszawa 1980.
- Wronkowska S., *Spójność systemu prawa*, [w:] H. Kołakowska-Przełomiec (red.), *Jakość prawa*, Warszawa 1996.
- Wronkowska S., Ziemiński Z., *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001.
- Wróblewski J., *Wybrane zagadnienia metodologiczne dogmatyki prawa*, [w:] J. Wróblewski (red.), *Zagadnienia metodologiczne prawoznawstwa*, Wrocław–Warszawa 1982.
- Załużski W., *Ewolucyjna filozofia prawa*, Warszawa–Kraków 2009.
- Ziemiński Z., *Typologia naruszeń praworządności*, „Państwo i Prawo” 1982, 8.
- Zirk-Sadowski M., *Prawo a uczestniczenie w kulturze*, Łódź 1998.
- Zirk-Sadowski M., *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Warszawa 2000.
- Znamierowski C., *Podstawowe pojęcia teorii prawa. Część pierwsza: układ prawny i norma prawna*, Poznań 1924.