

**Tomasz Gizbert-Studnicki**

## Metafizyka pozytywizmu prawniczego<sup>1</sup>

Bez ryzyka zbytniej przesady powiedzieć można, że współczesna filozofia prawa jest polem walki dwóch przeciwstawnych stanowisk: pozytywizmu i non-pozytywizmu. Charakterystyka tych stanowisk nie jest zadaniem łatwym, a to co najmniej z dwóch powodów. Po pierwsze żadne z tych stanowisk nie jest jednolite. Każde z nich mieści w sobie wiele różnorodnych poglądów. Szczególnie niejednolite jest stanowisko non-pozytywistyczne, które obejmuje zarówno rozmaite koncepcje prawa natury, jak i rozmaite (np. dyskursywne) teorie prawa, które trudno byłoby określić mianem koncepcji prawnonaturalnych. Ponadto wokół pojęcia pozytywizmu prawniczego narosło wiele nieporozumień. Zwłaszcza w polskiej literaturze teoretyczno-prawnej pozytywizm prawniczy jest charakteryzowany jako stanowisko głoszące, że istnieje bezwzględny obowiązek posłuszeństwa prawu, a prawo jest niesprzecznym i zupełnym systemem norm, które przesadzają o rozstrzygnięciu każdego stanu faktycznego, a w związku z tym rozumowania prawnicze mają charakter sylogistycznych rozumowań dedukcyjnych, nie zostawiając miejsca na żadne rozważania moralne czy celowościowe. Taka charakterystyka pozytywizmu prawniczego, niestety dość rozpowszechniona w polskiej literaturze prawniczej jest całkowicie błędna, gdyż w żadnej mierze nie odpowiada rzeczywistości kształtowi współczesnego stanowiska pozytywistycznego<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Artykuł ten jest częścią projektu finansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki przyznanych na podstawie decyzji nr DEC-2013/09/B/HS5/01023.

<sup>2</sup> Por krytykę pozytywizmu m.in. Morawski Lech. 2003. „Pozytywizm «twardy», pozytywizm «miękki» i pozytywizm martwy”. *Ius et Lex* 2003 nr 1: 319-346 i Brożek Bartosz. 2012 *Normatywność prawa*. Warszawa: Wolters Kluwer, s. 68-81 oraz próby sprostowania nieporozumień wokół rozumienia pozytywizmu. Dyrda Adam. 2010. „Pozytywizm pochowany żywcem? W obronie miękkiego pozytywizmu”. *Studia Prawnicze*. 184: 5-36 oraz Gizbert-Studnicki Tomasz. 2013. „Pozytywistyczny park jurajski”. *Forum Prawnicze*. 15: 50-60.

Współczesny pozytywizm prawniczy jest teorią opisową, a nie normatywną (wbrew temu jak jest niekiedy nietrafnie odczytywany). Podstawowym pytaniem stawianym przez pozytywizm jest pytanie o naturę czy istotę prawa. Zasadniczy rdzeń stanowiska pozytywistycznego scharakteryzowany może być przez wskazanie na dwie tezy. W ujęciu H.L.A. Harta (uznawanego za ojca współczesnego pozytywizmu) tezy te są następujące<sup>3</sup>:

(i) Teza o pojęciowej separacji prawa i moralności, głosząca, że występujące często związki pomiędzy prawem a moralnością są przygodne i nie są ani logicznie, ani pojęciowo konieczne.

(ii) Teza o społecznych źródłach prawa, głosząca, że dla istnienia prawa konieczne jest istnienie pewnej postaci praktyki społecznej, która determinuje ostateczne źródła prawa lub ostateczne kryteria obowiązywania prawa w każdym systemie prawnym.

Taka charakterystyka pozytywizmu, pochodząca z lat sześćdziesiątych XX wieku została w ostatnich latach zmodyfikowana, jednakże bez skutków dla zbioru teorii prawa, uznawanych za pozytywistyczne.<sup>4</sup>

Zadania teorii prawa określane są zwykle przez pozytywistów następująco:

In as much as a general theory of law is about the nature of law it strives to elucidate law's essential features, i.e., those features which are possessed by every legal system just in virtue of its being legal, by every legislative institution in virtue of being legislative, by every practice of legal reasoning in virtue of its being a practice of legal reasoning, and so on. A claim of necessity is the nature of the enterprise<sup>5</sup>.

Tak określone zadania teorii prawa lokują tę dyscyplinę w dziedzinie metafizyki, gdyż pytania o istotę i konieczne właściwości jakiegoś obiektu są pytaniami metafizycznymi. Pozytywizm przy tym jako swoją metodę wskazuje analizę pojęciową.

Metafizyka i analiza pojęciowa mają nienajlepszą opinię wśród wielu filozofów i teoretyków prawa. Jest to zapewne konsekwencją sławnego potępienia metafizyki przez neopozytywistów. Niechęć ta została

<sup>3</sup> Hart Herbert. 2015. „Nowe wyzwanie dla pozytywizmu prawniczego”, tłum. Grabowski Andrzej. *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej* 9: 5-19.

<sup>4</sup> Por. np. Leiter Brian. 2012 „Why Legal Positivism (Again)?”. *University of Chicago Public Law Working Paper* 442, <http://ssrn.com/abstract=2323013>.

<sup>5</sup> Raz Joseph. 2009. „On the Nature of Law” 92 [w:] Raz Joseph. *Between Authority and Interpretation*. Oxford: Oxford University Press.

jeszcze wzmocniona z jednej strony przez rozmaite projekty naturalizacji teorii prawa, a z drugiej strony poprzez wpływy nurt filozofii języka potocznego, a w tym Wittgensteinowską krytykę esencjalizmu. Z kolei negatywne nastawienie do analizy pojęciowej jako metody rozstrzygania problemów filozoficznych datuje się od znanego wystąpienia Quine'a, który odrzucił odróżnienie zdań analitycznych i syntetycznych jako błędny dogmat empiryzmu. Od lat dziewięćdziesiątych zeszłego wieku zaobserwować można jednak renesans metafizyki analitycznej. Współcześnie metafizyka analityczna przeżywa rozkwit, którego objawem są toczące się zażarcie dyskusje i lawinowo wzrastająca liczba publikacji z tego zakresu.

Stąd też analityczna teoria prawa pojęta jako dyscyplina stawiająca pytania o naturę czy istotę prawa i uznająca analizę pojęciową za swoją metodę nie musi być uznana za dyscyplinę za pozbawioną filozoficznej legitymacji. Pytania stawiane przez nią mogą być uznane za niemożliwe lub nieważne z innych perspektyw badawczych, lecz ocena taka opierać się musi na trudnych do uzasadnienia wartościowaniach.

Poniżej zajmę się tylko jednym aspektem pozytywizmu prawniczego, a to tezą o społecznych źródłach prawa (SZP). Tezę tę wygodnie jest sformułować w następujący sposób:

SZP: Fakty prawne są ostatecznie wyznaczone wyłącznie przez fakty społeczne<sup>6</sup>.

SZP wyznacza granicę pomiędzy teoriami pozytywistycznymi a non-pozytywistycznymi. Non-pozytywizm odrzuca SZP i twierdzi, że fakty prawne są wyznaczone zarówno przez fakty społeczne, jak i fakty moralne. To stwierdzenie wymaga dwóch komentarzy.

Po pierwsze, taki sposób określenia sporu pomiędzy pozytywistami a non-pozytywistami jest z pewnej perspektywy niewygodny, gdyż zakłada realizm moralny. Istotnie, non-pozytywiści (tacy jak np. R. Dworkin) są na ogół realistami moralnymi, natomiast rodzi się pytanie, czy non-pozytywizm z konieczności musi zakładać realizm moralny. Pytaniem tym nie będę jednak się zajmował.

Pojawia się w związku z tym pytanie o to, czy mówienie o faktach prawnych pociąga za sobą analogiczne do realizmu moralnego zob-

<sup>6</sup> Shapiro Scott. 2011. *Legality*. 269. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press. Shapiro określa tak sformułowaną tezę jako „Ultimacy Thesis”. Określenie „ostatecznie” zostało użyte w tym sformułowaniu po to, aby objąć wszystkie odmiany pozytywizmu prawniczego, w tym zarówno tzw. twardej (ekskluzyjny) pozytywizm, jak i miękki (inkluzyjny) pozytywizm.

wiązane ontologiczne. Jak sądzę, udzielenie odpowiedzi na to pytanie wymaga uprzedniej charakterystyki relacji pomiędzy faktami społecznymi a faktami prawnymi, któremu to właśnie zagadnieniu poświęcone jest to opracowanie. Jak się okaże, pewne ujęcia tej relacji (w tym przede wszystkim ujęcie redukcjonistyczne) nie wymagają wzbogacenia ontologii o fakty prawne. Inne ujęcia natomiast nie są ontologicznie niewinne (*ontologically innocent*). Tak czy inaczej mówienie o faktach prawnych wydaje się znacznie mniej kontrowersyjne, niż mówienie o faktach moralnych, choćby z uwagi na to, że przeważnie istnieje zgoda co do warunków prawdziwości zdań o takich faktach.

Po drugie, zarówno pozytywiści, jak i non-pozytywiści zakładają, że fakty prawne nie są metafizycznie fundamentalne<sup>7</sup>. Fakty prawne zachodzą za sprawą innych, bardziej fundamentalnych faktów, czy to społecznych, czy też społecznych i moralnych.

Z uwagi na to, że SZP definiuje pozytywizm prawniczy, ich interpretacja ma kluczowe znaczenie. Interpretacja taka wymaga udzielenia odpowiedzi na pytanie co to są fakty społeczne, co to są fakty prawne, a przede wszystkim na czym polega relacja „wyznaczania”.

Fakty społeczne to takie fakty, których niezbędnymi składnikami są zachowania, postawy, dyspozycje lub przekonania ludzi. Faktem społecznym jest więc fakt, że pewna osoba lub grupa osób żywi pewne przekonanie, ma dyspozycję do pewnego zachowania się lub podejmuje pewne działanie. W rozumieniu pozytywistycznym faktem społecznym jest także fakt, że jakaś osoba lub grupa osób wytworzyła pewien tekst wyposażony w znaczenie językowe<sup>8</sup>. Pozytywiści uważają przy tym, że fakty społeczne to tylko takie fakty, które mogą być opisane w czysto deskryptywnym języku, bez użycia wyrażen wartościujących lub normatywnych (takich jak „dobry”, „sprawiedliwy”, „powinien”, „obowiązek” itp.). Z tym ostatnim twierdzeniem związana jest jednak pewna trudność. Pozytywiści uważają np., że faktem społecznym jest fakt polegający na tym, że parlament wydał określoną ustawę lub że sąd podjął określoną decyzję. Łatwo jednak zauważyć, że opis tych faktów dokonany jest za pomocą wyrazów („sąd”, „parlament”), które uzyskują znaczenie i odniesienie tylko w kontekście określonego systemu

<sup>7</sup> Greenberg Mark. 2004. „How Facts Make Law”. *Legal Theory* 10: 158. Jednak klasyczne teorie prawa natury mogą twierdzić, że fakty prawne są fundamentalne.

<sup>8</sup> Plunkett David. 2012. „A Positivist Route for Explaining How Facts Make Law”. *Legal Theory* 18: 145.

prawnego. Nie można stwierdzić, że pewna grupa osób stanowi parlament (np. polski Sejm) inaczej niż przed odwołanie się do norm prawnych. Termin „parlament” nie może zostać zdefiniowany bez odwołania się do normatywnego pojęcia kompetencji prawotwórczej, a kompetencja taka może być przyznana wyłącznie przez prawo. Zatem fakt, że parlament uchwalił ustawę nie może być *prima facie* uznany za fakt społeczny, skoro stwierdzenie tego faktu nie jest możliwe bez odwołania się do terminów normatywnych. Rodzi się zatem niebezpieczeństwo błędnego koła. SZP stwierdza, że fakty prawne wyznaczone są wyłącznie przez fakty społeczne. Jeżeli okazuje się, że te fakty społeczne, na które wskazują pozytywiści powstać mogą jedynie na gruncie prawa, to w gruncie rzeczy fakty te są także faktami prawnymi, a więc SZP sprowadza się do twierdzenia, że fakty prawne wyznaczone są przez inne fakty prawne. Uniknięcie tego błędnego koła wymaga wykazania, że możliwe jest zakwalifikowanie jakiegoś działania pewnej grupy osób jako tworzenie prawa wyłącznie przez odwołanie się do kryteriów, które nie zawierają (nawet *implicite*) elementu normatywnego.

Pozytywiści są w pełni świadomi tej trudności. Sformułowano wiele propozycji jej rozwiązania, z których najszerszą akceptację uzyskała propozycja H. Harta<sup>9</sup>. W uproszczeniu rzecz ujmując uważa on, że każdy system prawny zawiera tzw. ostateczną regułę uznania (*ultimate rule of recognition*), która identyfikuje osoby posiadające moc tworzenia prawa. Ta reguła została stworzona przez te osoby (lub ich historycznych poprzedników), ale nie w wykonaniu przyznanych im uprzednio kompetencji, lecz raczej jako reguła społeczna czy zwyczajowa. Osoby te uważają się za związane dotychczasową społeczną praktyką uznawania pewnych działań za działania prawotwórcze. Zatem istnienie ostatecznej reguły uznania jest faktem społecznym, polegającym na tym, że pewna grupa osób żywi określoną dyspozycję do uznawania pewnych działań (np. uchwalenia ustawy przez parlament) za działania prawotwórcze.

Nie miejsce tu na szczegółową analizę i krytykę propozycji Harta. Do kwestii tych powrócę później. Z punktu widzenia celów tego opracowania ważne jest to, że pozytywiści uważają, że istnienie ostatecznej reguły uznania jest faktem społecznym, który może zostać opisany bez użycia wyrazów normatywnych.

<sup>9</sup> Hart Herbert. 2012. *The Concept of Law*. 3<sup>rd</sup> ed. Oxford: Oxford University Press: 102-104.

Przejdźmy z kolei do zagadnienia faktów prawnych. Fakty prawne to fakty polegające na tym, że pewien system prawny ma określoną zawartość<sup>10</sup>. I tak stwierdzeniem faktu prawnego jest następujące stwierdzenie: „Prawo niemieckie nakazuje segregację śmieci”. Fakty te mogą być albo ogólne („Obywatel ma obowiązek płacenia podatków”) albo indywidualne („Jan zobowiązany jest zwrócić pożyczkę Piotrowi”). Fakty prawne są faktami normatywnymi, przynajmniej w tym sensie, że ich opis wymaga użycia wyrazów zabarwionych normatywnie („zobowiązany”, „uprawnienie” itp.).

Powyższe krótkie objaśnienie pojęć faktu społecznego i faktu prawnego pozwala na przejście do kluczowego zagadnienia relacji pomiędzy faktami społecznymi a faktami prawnymi. SZP twierdzi, że jest to relacja wyznaczania (*determination*). Powstaje zatem pytanie jak to „wyznaczanie” winno zostać scharakteryzowane.

Pozytywizm prawniczy jest teorią analityczną, a nie empiryczną. Relacja wyznaczania, o której mowa w SZP nie jest zatem utożsamiana z kauzalną determinacją, której zachodzenie mogłoby zostać stwierdzone przez zastosowanie metod empirycznych. Charakterystyce tej relacji pozytywizm prawniczy poświęca jednakże zaskakująco mało uwagi. Można jednak przyjąć, że pozytywiści uznają, że ta relacja to rodzaj zależności metafizycznej (*metaphysical dependence*)<sup>11</sup>. Fakty prawne metafizycznie zależą od faktów społecznych. Kluczowa zatem staje się kwestia z jakim rodzajem metafizycznej zależności mamy tu do czynienia.

Zapewne jest wiele rodzajów metafizycznej zależności, które warte są rozważenia w tym kontekście. Ograniczę się jednakże do rozważenia trzech z wszystkich możliwych ujęć. Pierwsze z nich upatruje tej zależności w redukowalności faktów prawnych do faktów społecznych. Drugie ujęcie odwołuje się do superweniencji faktów prawnych na faktach społecznych, a trzecie poszukuje odpowiedzi przez wykorzystanie koncepcji ugruntowania. Pragnę podkreślić, że odróżnienie tych trzech ujęć jest raczej wynikiem interpretacji pewnych stanowisk teoretyczno-prawnych, niż bezpośrednim zdaniem z nich sprawy. Tylko bowiem koncepcja redukcjonistyczna została *explicite* sformułowana w literaturze, pozostałe dwa ujęcia występują tylko *implicite*.

<sup>10</sup> Shapiro S., op. cit., 25.

<sup>11</sup> O pojęciu „metaphysical dependence” por. Correia Fabrice. 2008. „Ontological Dependence”. *Philosophy Compass* 3: 1013-1032.

Rozpocznę od koncepcji redukcjonistycznej. Najnowsza wersja tej koncepcji pochodzi od A. Marmora<sup>12</sup>. W jego przekonaniu Hart i inni pozytywiści mylą się sądząc, że ich teorie są oparte na analizie pojęć. Teorie te bowiem przeprowadzają metafizyczną redukcję. Metafizyczna redukcja winna zostać odróżniona od redukcji semantycznej.

The idea of metaphysical reduction is to show that a distinct type of phenomenon is actually constituted by, and fully reducible to, some other, more fundamental type of phenomenon<sup>13</sup>.

Teza, że pozytywistyczne teorie prawa nie stosują analizy pojęć, lecz redukcję metafizyczną oparta jest na utożsamieniu przez Marmora pojęć z językowymi znaczeniami wyrazów, wyrażających te pojęcia.

Hart dąży, zdaniem Marmora do wyjaśnienia istoty prawa przez odwołanie się do czegoś bardziej fundamentalnego, a mianowicie do faktów społecznych, polegających na tym, jak ludzie zachowują się, jakie przekonania przyjmują oraz jakie mają dyspozycje. Jego zdaniem

Legal theory, therefore, is not about the concepts, it is about a reduction of law to more fundamental social facts<sup>14</sup>.

Zatem fakty prawne mogą zostać zredukowane do faktów społecznych. Jest to redukcja, która w przekonaniu Marmora jest analogiem redukcji przeprowadzanej w naukach przyrodniczych, np. redukcji zjawisk biologicznych do zjawisk fizycznych<sup>15</sup>.

Powstaje jednak pytanie jakie są kryteria sukcesu takiej metafizycznej redukcji. Analogia do redukcji w naukach przyrodniczych niewiele tutaj pomaga, gdyż (w wielkim uproszczeniu) redukcja w naukach przyrodniczych oparta jest na kryteriach empirycznych. Gdyby kryteria takie miały zastosowanie w teorii prawa, to dyscyplina ta byłaby w pełni znaturalizowana, a sam Marmor sprzeciwia się naturalizacji jurysprudenji<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> Marmor Andrei. 2011. *Philosophy of Law*. Princeton: Princeton University Press oraz Marmor Andrei. 2013. „Farewell to Conceptual Analysis”, 209-229 [w:] Waluchow Wil i Sciaraffa Stefan (red.), *Philosophical Foundations of the Nature of Law*. Oxford: Oxford University Press, 209-229.

<sup>13</sup> Marmor A., „Farewell...”, 216.

<sup>14</sup> Ibidem, 216.

<sup>15</sup> Ibidem, 216.

<sup>16</sup> Marmor A. *Philosophy of Law...*, 33-34. „Naturalizing jurisprudence... works fine as long as it is not really jurisprudence – understood as the philosophical question about the nature of law – that one attempts to reduce to a natural science”.

Jeżeli kryteria sukcesu redukcji metafizycznej nie są kryteriami empirycznymi, to zapewne muszą być oparte na analizie pojęciowej. Odrzucenie przez Marmorą tej opcji wynika ze wskazanego wyżej wąskiego pojmowania przez niego analizy pojęciowej jako analizy znaczenia wyrazów. Szersze ujęcie analizy pojęciowej prowadzi jednak do innego wniosku. Jak twierdzi F. Jackson

Conceptual analysis is the very business of addressing when and whether a story told in one vocabulary is made true by one told in some allegedly more fundamental vocabulary<sup>17</sup>.

Można zauważyć, że w gruncie rzeczy Marmor uważa, że „story” o prawie może zostać opowiedziana w słowniku zawierającym tylko takie wyrazy jak „zachowanie się”, „przekonanie”, „postawa” czy „dyspozycja”. Jest to jednak możliwe tylko w oparciu o to, co jest już *implicit* zawarte w naszym rozumieniu prawa. Zatem, nawet jeżeli teza Marmorą o redukcjonistycznym charakterze teorii prawa jest prawdziwa, nie oznacza to, wbrew tytułowi artykułu Marmorą, że w teorii prawa nie ma miejsca na analizę pojęciową, prowadzoną w duchu Jacksona. Co więcej, sam Marmor przyznaje, że

if we want to offer a reductionist theory of law, we must have a pretty good idea of what is essential to law and what is only incidental and contingent. Otherwise, we would lack any criteria of success for the reduction offered<sup>18</sup>.

Zatem jeżeli jego redukcjonistyczna teoria prawa wymaga uprzedniego określenia istotowych właściwości prawa, to Marmor rozpoczyna swoją redukcję tam, gdzie kończy się analityczna teoria prawa, gdyż określenie istotowych właściwości prawa uznane jest za podstawowe zadanie teorii prawa<sup>19</sup>.

Określenie „redukcja” nie jest całkowicie jednoznaczne. Marmor podkreśla, że ma na myśli redukcję metafizyczną, którą rozumie jako redukcję jednych faktów do innych faktów, a nie jednej teorii do innej teorii. Podstawowa intuicja związana z pojęciem redukcji jest następująca: jeżeli x redukuje się do y, to y jest w jakimś sensie pierwotne czy bardziej fundamentalne niż x, a x całkowicie zależy od y. Redukcja implikuje, że x nie jest niczym więcej niż y, ani niczym „ponad” („over

<sup>17</sup> Jackson Frank. 1998. *From Metaphysics to Ethics. A Defense of Conceptual Analysis*. Oxford: Clarendon Press. 28.

<sup>18</sup> Marmor A. „Farewell...”, 16.

<sup>19</sup> Raz J. „On the Nature...”, loc. cit.



and above”)  $y^{20}$ . Zadawalająca redukcja eksplanacyjna nie może pozostawić niewyjaśnionym żadnego aspektu zredukowanego obiektu. Zatem redukcja faktów prawnych do faktów społecznych nie może pozostawić bez wyjaśnienia żadnego aspektu faktów prawnych. Okoliczność, że  $x$  jest całkowicie zależne od  $y$  nie wystarcza do wykazania, że  $x$  jest redukowalne do  $y$ .  $X$  może być bowiem czymś „ponad”  $y$  („over and above”). To nieco metaforyczne określenie „ponad” ma co najmniej dwie interpretacje. W pierwszej interpretacji, którą określam jako metafizyczną,  $x$  jest „ponad”  $y$ , jeżeli  $x$  ma pewne właściwości, które  $y$  nie przysługują. W drugiej interpretacji, którą określam jako semantyczną,  $x$  jest „ponad”  $y$  jeżeli język, w którym  $x$  jest opisane nie jest w pełni przekładalny na język, w którym opisane jest  $y$ .

The reductionist about a given area of discourse („A-discourse”) maintains that its characteristic statements („A-statements”) are reducible to – analyzable or translatable – without loss of content into statements of some other type („B-statements”), which are usually thought to be philosophically less problematic. The reductionist accepts that there are objective facts stated by A-statements but denies that such statements report any facts over and above those stated in B-statements. A-facts are just B-facts in disguise<sup>21</sup>.

Jak sądzę, redukcja metafizyczna idzie zawsze w parze z redukcją semantyczną. Jeżeli  $x$  jest redukowalne do  $y$ , to musi być możliwe opisanie  $x$  w języku, w którym opisane jest  $y$ .

Zatem, jeżeli zgodnie z tezą Marmora fakty prawne są redukowalne do faktów społecznych, to musi być możliwe opisanie faktów prawnych w języku, którego wyrażenia denotują wyłącznie fakty społeczne. Jak wskazano wyżej fakty społeczne to fakty, które są opisane przez użycie deskryptywnych określeń. Natomiast opis faktów prawnych wymaga użycia wyrazów normatywnych, gdyż fakty prawne to fakty polegające na tym, że ktoś jest do czegoś zobowiązany lub do czegoś uprawniony. Rzecz jasna, prawdziwość zdań opisujących fakty prawne w pewien sposób zależy od prawdziwości zdań odnoszących się do faktów społecznych, lecz te pierwsze zdania nie są ekwiwalentne w stosunku do drugich, z tego względu, że zdania powinnościowe (nawet w słabym rozumieniu) nie mogą zostać wyprowadzone ze zdań opisu-

<sup>20</sup> Van Riel Raphael i Van Gulick Robert. 2014, „Scientific Reduction”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/scientific-reduction/>>.

<sup>21</sup> Hale Bob. *Encyclopedia Britannica*, hasło „Realism”. <http://www.britannica.com/topic/realism-philosophy/Metaphysical-realism-and-objective-truth>.

jących fakty społeczne (gilotyna Hume'a). Fakty prawne są zatem czymś „ponad” faktami społecznymi, a nie są po prostu faktami społecznymi „w przebraniu”.

Drugim możliwym ujęciem relacji „wyznaczania”, o której mowa w SZP jest ujęcie, odwołujące się do pojęcia superwencji. *Nota bene*, pojęcie to, tak modne we współczesnej filozofii, jest rzadko wykorzystywane w teorii prawa<sup>22</sup>. Na pierwszy rzut oka ujęcie takie wydaje się atrakcyjne, gdyż superwencja pozwala na zachowanie intuicji, że fakty prawne są „ponad” faktami społecznymi.

Superwencja jest definiowana w następujący sposób: zbiór właściwości A superwenuje na zbiorze właściwości B w przypadku, kiedy dwa obiekty nie mogą się różnić pod względem właściwości A, o ile nie różnią jednocześnie pod względem właściwości B. Idea ta często jest wyrażana za pomocą sloganu

There cannot be an A-difference without a B-difference<sup>23</sup>.

Superwencja jest zwykle rozumiana jako relacja zachodząca pomiędzy właściwościami, lecz jak się wydaje nie ma przeszkód w ujmowaniu jej jako relacji zachodzącej pomiędzy faktami lub rzeczami<sup>24</sup>.

Superwencja jest pojęciem o szerokim zakresie zastosowania. Rzecz jasna, nie może być identyfikowana z redukcją. Redukcja wymaga superwencji (gdyż fakt redukowany superwenuje na faktach, do których jest on redukowany), jednakże okoliczność, że jeden fakt superwenuje na innym nie przesądza o tym czy ten pierwszy fakt może zostać zredukowany do drugiego. Superwencja nie musi być przy tym „niewinna ontologicznie” (*ontologically innocent*), gdyż fakt superwenujący może być wszak „ponad” faktem, na którym superwenuje (np. właściwości estetyczne rzeźby superwenują na jej właściwościach fizycznych).

Kłopot w zastosowaniu pojęcia superwencji do charakterystyki relacji „wyznaczania”, o której mowa w SZP bierze się stąd, że superwencja nie może być identyfikowana z wyznaczaniem lub determi-

<sup>22</sup> Wyjątkiem jest Załuski Wojciech. 2009. *Evolutionary Theory and Legal Philosophy*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, który używa pojęcia superwencji w kontekście ewolucyjnej teorii prawa.

<sup>23</sup> McLaughlin Brian i Bennett, Karen. 2014. „Supervenience”. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/supervenience/>>.

<sup>24</sup> McLaughlin B. i Bennett K., op. cit., 29.

nacją. Relacja ta jest słaba w tym sensie, że zachodzi także pomiędzy zbiorami właściwości, które nie są powiązane żadnymi innymi zależnościami. Jak pisze Kim

if you want to include determination-dependence claim as part of a supervenience thesis, that claim must be explained and justified independently of the required pattern of property co-variance<sup>25</sup>.

Fakty prawne superwenują na faktach społecznych (nie może zaistnieć zmiana faktów prawnych bez zmiany faktów społecznych). Teza ta jest możliwa do pogodzenia z intuicją, że fakty prawne jako fakty normatywne są czymś „ponad” faktami społecznymi. Teza ta nie pada ofiarą gilotyny Hume’a. Teza ta bowiem głosi jedynie, że normatywność superwenuje na faktyczności, natomiast nie redukuje „powinien” do „jest”. Jednocześnie jednakże teza ta nie jest wystarczająca eksplikacją „wyznaczania”, o którym mowa w SZP, a w szczególności nie pozwala na odróżnienie pozytywizmu prawniczego od non-pozytywizmu. Trafnie ujął to Rosen, pisząc:

The antipositivist says that the legal facts supervene on the moral and the social facts taken together; but of course the positivist will agree. The positivist says that the legal facts supervene on the social facts alone – the possible worlds cannot differ in legal respects without differing in social respects. But the antipositivist need not deny this. For he may think that whenever two worlds are alike in social respects – whenever they involve the same actions, habits and responses of human being – they must also agree in moral respects, *since the moral facts themselves supervene on the social facts broadly conceived*. But in that case the parties will accept the same supervenience claims. And yet they differ on an important issue, viz. whether the moral facts play a role **in making the law to be as it is** (podkreślenie moje: TGS)<sup>26</sup>.

Spór pomiędzy pozytywistami a non-pozytywistami to nie spór o superweniencję. Osią tego sporu jest pytanie czy wyłącznie fakty społeczne (jak twierdzą pozytywiści) czy też fakty społeczne łącznie z faktami moralnymi (jak twierdzą non-pozytywiści) odgrywają rolę w wyznaczaniu prawa, takim jakie ono jest. Pojęcie superweniencji jest zbyt słabe dla opisu sporu.

<sup>25</sup> Kim Jaegwon. 2003. „Supervenience, Emergence, Realization, Reduction”. 564 [w:] Loux Michael i Zimmerman Dean (red.). *The Oxford Handbook of Metaphysics*. Oxford: Oxford University Press: 564.

<sup>26</sup> Rosen Gideon. 2010 „Metaphysical Dependence: Grounding and Reduction”, [w:] Hale Bob i Hoffman Aviv (red.). *Modality. Metaphysics, Logic and Epistemology*, Oxford: Oxford University Press: 113-114.

Wreszcie trzecim możliwym ujęciem relacji faktów społecznych i faktów prawnych jest ujęcie odwołujące się do relacji ugruntowania (*grounding*). W ostatnich latach koncepcja ugruntowania zyskała znaczną popularność w metafizyce analitycznej. Jednakże ta popularność nie znalazła odzwierciedlenia w filozofii prawa<sup>27</sup>.

Podstawowa intuicja leżąca u podstaw tej koncepcji to intuicja, że istnieje rodzaj nie-kauzalnej relacji zależności lub wyznaczania, zwykle wyrażany przez użycie idiomu „za sprawą” (*in virtue of*). Mówimy np., że rzeźba ma pewne właściwości estetyczne za sprawą jej właściwości fizycznych, albo, że ktoś ma rację do przyjęcia pewnego przekonania za sprawą swojego spostrzeżenia zmysłowego. W obu przypadkach nie zachodzi relacja kauzalna. Ugruntowanie odnosi się do pewnego rodzaju zależności metafizycznej. W nieco metaforyczny sposób, Schaffer charakteryzuje ugruntowanie następująco:

Grounding is something like metaphysical causation. Roughly speaking, just as causation links the world across time, grounding links the world across levels<sup>28</sup>.

Koncepcja ugruntowania jest kontrowersyjna. Dla potrzeb tego opracowania przyjmuje, że określenie „ugruntowanie” jest pierwotne w tym sensie, że nie poddaje się zdefiniowaniu<sup>29</sup>. Przyjmuję także, że ugruntowanie jest relacją zachodzącą pomiędzy faktami, co wymaga szerokiego ujmowania faktów, obejmującego także fakty estetyczne, moralne i pojęciowe<sup>30</sup>. Przyjmuję także, że zachodzenie relacji ugruntowania pomiędzy faktem F1 (ugruntowanym) a faktem F2 (gruntuującym) wyklucza redukcję F1 do F2<sup>31</sup>. Relacja ugruntowania jest prze-

<sup>27</sup> Historia pojęcia ugruntowania jest przedstawiona w Correia Fabrice i Schnieder Benjamin. 2012. „Grounding. An Opinionated Introduction” [w:] Correia F. i Schnieder B. (red.). *Metaphysical Grounding. Understanding the Structure of Reality*. Cambridge: Cambridge University Press: 2-10.

<sup>28</sup> Schaffer Karl. „Grounding, Transitivity, and Contrastivity” [w:] Correia F. i Schnieder B. (red.). *Metaphysical Grounding...* 122.

<sup>29</sup> Rosen G., op. cit., s. 113, twierdzi, że „We hold grant immediately that there is no prospect of a reductive definition of the grounding idiom: we do not know how to say in more basic terms *what it is* for one fact to obtain in virtue of another... But this is obviously no reason for regarding the idiom as unclear or unintelligible”.

<sup>30</sup> Trogdon Kelly. „An Introduction to Grounding” [w:] Hoeltje Miguel, Schnieder Benjamin, Steinberg Alex (red.). *Varieties of Dependence*. Monachium: Philosophia Verlag: 103.

<sup>31</sup> Audi Paul. 2012. „Grounding. Towards a Theory of the *In-Virtue-Of* Relation”. *The Journal of Philosophy* CIX, issue 12: 687.

ciwsymetryczna, przeciwzwrotna i przechodnia. Z uwagi na to, że relacja superwencji jest nie-symetryczna i zwrotna, ugruntowanie nie może być identyfikowane z superwencją (choć oczywiście zachodzenie relacji ugruntowania nie wyklucza jednoczesnego zachodzenia superwencji. Odwołanie się do ugruntowania pełni funkcję eksplanacyjną. Stwierdzenie, że F1 ugruntowuje F2 stanowi (nie-kauzalne) wyjaśnienie F2<sup>32</sup>.

Zastosujmy zatem koncepcję ugruntowania do SZP. Gdy twierdzimy, że fakty prawne są ostatecznie wyznaczone przez fakty społeczne, możemy mieć na myśli to, że fakty prawne zachodzą za sprawą faktów społecznych. To wyznaczanie nie ma charakteru kausalnego. Związek pomiędzy faktami prawnymi a faktami społecznymi jest silniejszy niż superwencja, gdyż nie polega wyłącznie na kowariancji. Ujęcie tej relacji jako ugruntowania jest zgodne ze sformułowaną wyżej tezą, że fakty prawne (jako fakty normatywne) są nieredukowalne do faktów społecznych. Określmy taką relację jako „normatywne ugruntowanie”. Teza, że fakty prawne są ugruntowane przez fakty społeczne wyraża rozpowszechnioną intuicję, że „normative facts are dependent and explained by other facts”<sup>33</sup>. SZP wymaga przy tym, by fakty prawne były w pełni i wyłącznie ugruntowane przez fakty społeczne, z wykluczeniem faktów moralnych.

Nasuwa się tu pytanie jaką moc eksplanacyjną ma odwołanie się do ugruntowania w kontekście SZP. Jeżeli ugruntowanie jest pojęciem, które nie poddaje się dalszej analizie, to można twierdzić, że zastąpienie w SZP wyrażenia „wyznaczone” przez wyrażenie „ugruntowane” nie posuwa nas wiele naprzód, a w szczególności nie przyczynia się do wyjaśnienia relacji pomiędzy faktami społecznymi a faktami prawnymi.

Nie sądzę jednakże, aby taka linia krytyki była zasadna. Jak pisze Rosen

We do not know how to say in more basic terms *what it is* for one fact to obtain in virtue of another... But that is obviously no reason for regarding the idiom as unclear or unintelligible. Many of our best notions – the words we deem fully acceptable for rigorous exposition – do not admit of definition, the notion of metaphysical necessity being one pertinent example<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Ibidem, 687.

<sup>33</sup> Vayrynen Pekka. 2013. „Grounding and Normative Explanation”. *Proceedings of the Aristotelian Society*. Sup. Vol. 87: 165.

<sup>34</sup> Rosen G., op. cit., s. 113.

Intuicyjnie pojmujemy, że istnieje pewien rodzaj zależności różnej od zależności kauzalnej, określamy ten rodzaj zależności jako ugruntowanie I analizujemy tę zależność z punktu widzenia jej formalnych właściwości, a nie poprzez sprowadzanie jej do bardziej fundamentalnych pojęć.

Nawet jednak jeżeli przyjmiemy, że pojęcie ugruntowania ma legitymizację filozoficzną, jego zastosowanie w kontekście SZP powoduje dodatkowe trudności. W szczególności powstaje pytanie czy ugruntowanie pełni oczekiwaną funkcję ekspanacyjną. Powyżej określiłem fakty prawne jako fakty, których opis wymaga użycia języka zawierającego takie wyrazy jak „powinien”, „ma uprawnienie” itp. Fakty prawne są zatem normatywne. Wskazane wyrazy są niezbędne w ich opisie z tego względu, że natura faktów prawnych polega na tym, że pewna osoba lub klasa osób ma w pewnych sytuacjach rację do działania w pewien sposób. Nie chodzi tu rzecz jasna o rację moralną, choć częstokroć racje prawne zbiegają się z racjami moralnymi. Chodzi tu o to, że z prawnego punktu widzenia osoba P ma rację do podjęcia działania B (co oczywiście nie przesądza o tym, że podejmie takie działanie). Powstaje zatem pytanie, w jaki sposób zachodzenie faktów społecznych może generować takie racje. Inaczej rzecz ujmując chodzi o pytanie w jaki sposób fakt społeczny może przesądzić o tym, że ktoś (z prawnego punktu widzenia) powinien zachować się w określony sposób.

Pozytywiści prawniczy często uciekają od tego pytania, twierdząc, że wyjaśnienie normatywności prawa nie jest zadaniem analitycznej teorii prawa<sup>35</sup>. Jest to raczej zadanie filozofii politycznej. Nie sądzę, aby stanowisko to było trafne. Wyjaśnienie normatywności prawa nie ma bowiem polegać na uzasadnieniu moralnego obowiązku posłuszeństwa każdemu prawu, czy też jakiemuś określönemu porządkowi prawnemu, co niewątpliwie może zostać uznane za zadanie filozofii politycznej. Wyjaśnienie takie ma raczej polegać na wskazaniu, w jaki sposób powstaje powinność prawna, a więc w jaki sposób fakty społeczne generują prawne racje do działania. Teoria, która takiego wyjaśnienia nie proponuje wydaje się ułomna.

Racje prawne powstają nawet wtedy, gdy racje moralne im zaprzeczają. Intuicyjne wydaje mi się twierdzenie, że nawet wtedy, gdy nie znam treści regulacji prawnych, to regulacje te stwarzają mi prawne

<sup>35</sup> Por o tym Dyrda Adam. 2015. „Why Legal conventionalism Fails?”. *Archivum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej* 10; 14-30.

racje do działania (choć regulacje nie uczestniczą w moim procesie motywacyjnym), co przejawia się choćby w tym, że regulacje te mogą być podstawą krytyki mojego postępowania.

Sądzę zatem, że zadawalająca teoria prawa winna wyjaśniać, w jaki sposób powstają te racje. Wyjaśnienie to jest łatwe i dość oczywiste dla non-pozytywistycznych teorii prawa, skoro twierdzą one, że fakty prawne są wyznaczone przez fakty społeczne wzięte łącznie z faktami moralnymi. To właśnie uczestnictwo faktów moralnych w tym wyznaczaniu generuje normatywność faktów prawnych. Jednakże teorie pozytywistyczne, odrzucające uczestnictwo faktów moralnych w wyznaczaniu prawa mają z takim wyjaśnieniem zasadniczy kłopot.

Zbadajmy zatem, jaką rolę pojęcie ugruntowania może odegrać w takim wyjaśnieniu. Zagadnienie to sformułować można następująco. Fakt prawny zachodzi za sprawą faktów społecznych wtedy i tylko wtedy, gdy przynajmniej jeden z tych faktów społecznych jest normatywnie (prawnie) relewantny. Jednakże okoliczność, że jakiś fakt społeczny jest prawnie relewantny jest sama w sobie faktem prawnym. Gdy zapytamy, na czym ugruntowana jest prawna relewantność tego faktu społecznego popadamy w *regressum ad infinitum*<sup>36</sup>. Jak można zatem wyjaśnić ugruntowanie faktów prawnych w faktach społecznych unikając takiego *regressum*?

Ograniczone ramy tego opracowania pozwalają mi jedynie na wskazanie czterech strategii takiego wyjaśnienia.

Pierwsza strategia jest prosta. Ugruntowanie jest samo-wyjaśniającym się pierwotnym pojęciem. Gdy mówimy, że fakt F1 jest ugruntowany przez fakt F2, mamy na myśli wyłącznie to, że F1 zachodzi za sprawą F2. Nic więcej nie może i nie musi być powiedziane. Ugruntowanie nie jest niewinne ontologicznie, zatem F1 może być czymś „ponad” F2 (a w szczególności może być faktem normatywnym nawet jeżeli F2 nim nie jest)<sup>37</sup>.

Taka strategia przyjęta została przez Davida Enocha w kontekście jego realizmu moralnego. Enoch pisze:

There *can* be necessary relations between distinct existences, at least when the distinct existences are normative on one side, and natural on the other. Asking

<sup>36</sup> Vayrynen P., op. cit. 155-178 przedstawia trzy możliwe rozwiązania, ale żadnego nie uznaje za zadawalające. Jego rozważania dotyczą jednakże faktów moralnych, a zatem tylko częściowo będą odwoływać się do nich poniżej.

<sup>37</sup> Jest to zbliżone do drugiej ze strategii wyróżnionych przez Vayrynen P., op. cit.

how this could be is another way of asking how there could be moral (and other) norms that are of maximal jurisdiction. I do not have an answer to this question, but I do not feel the need to give one<sup>38</sup>.

Taka strategia może sprawdzać się w odniesieniu do faktów moralnych (o ile tak jak Enoch jest się realistą moralnym). Realista moralny zapewne zgodzi się z tym, że fakty moralne są ugruntowane w pewnych pozamoralnych faktach. Silna intuicja przemawia na przykład za tym, że moralne właściwości pewnego działania w jakiś sposób zależą od naturalnych (poza-moralnych) jego właściwości<sup>39</sup>. I tak np. pewne działanie uznajemy za moralnie złe za sprawą tego, że zostało dokonane wyłącznie w celu zadania komuś bólu. Realizm moralny zakłada jednak, że te pozamoralne właściwości czynu, za sprawą których czyn ma pewne właściwości moralne nie są zależne od czyjegokolwiek wyboru i czyjegokolwiek świadomości, a zatem ta zależność jest konieczna. Zadawanie komuś cierpienia dla przyjemności czy utrzymywanie niewolnictwa są moralnie naganne, bez względu na to, czy ktokolwiek tak postanowił lub nawet czy ktokolwiek zdaje sobie z tego sprawę. Zatem realizm moralny utrzymuje, że wszyscy możemy się mylić co do właściwości moralnych jakiegoś postępowania. Fakty moralne zachodzą niezależnie od naszej wiedzy o nich. Konwencjonalna moralność jako składnik świadomości społecznej może nie rozpoznawać faktów moralnych albo błędnie je rozpoznawać. Inaczej przedstawia się sprawa z faktami prawnymi. Prawo jest niezależne od umysłu tylko w słabym sensie. Istnienie i treść prawa nie zależą od świadomości żadnej indywidualnej osoby, lecz zależą od kolektywnej świadomości. Fakty prawne nie mogą zaistnieć, gdy nie ma takiej kolektywnej świadomości. Pojedyncze osoby mogą mylić się co do faktów prawnych, lecz nie do pomyślenia jest globalny błąd. Nie mamy przy tym bezpośredniego dostępu do faktów prawnych, lecz dostęp jest zawsze zapośredniczony przez fakty społeczne. Nie mogę stwierdzić, że mam jakikolwiek prawny obowiązek bez odwołania się do faktów społecznych, na których ten fakt jest ugruntowany (do wydania ustawy, zapadnięcia orzeczenia sądowego itp.). Zatem nie jest wystarczające dla teorii prawa stwierdzenie, że taki a taki fakt społeczny ugruntowuje prawo.

<sup>38</sup> Enoch David 2001. *Taking Morality Seriously. A Defence of Robust Realism*, Oxford: Oxford University Press: 147. Odnosi się on do superweniencji, lecz jego stwierdzenie może zostać wprost zastosowane do ugruntowania.

<sup>39</sup> Vayrynen P., op. cit., s. 155.



## Jak pisze M. Greenberg

The basic idea is that the content of the law is in principle accessible to a rational creature who is aware of the relevant law practices. It is not possible that the truth of a legal proposition could simply be opaque, in the sense that there would be no possibility of seeing its truth to be an intelligible consequence of the law practices<sup>40</sup>.

Prawdziwość zdań o faktach prawnych musi być stwierdzalna, a skoro fakty prawne są bezpośrednio niedostępne, warunki prawdziwości tych zdań muszą odwoływać się do faktów społecznych. Stąd też ograniczenie się do tezy, że fakty prawne ugruntowane są w faktach społecznych nie jest dla teorii prawa wystarczające<sup>41</sup>. Niezbędne jest wyjaśnienie, w jaki sposób fakty społeczne generują rozpoznawalne racje do działania, objawiające się w normatywności faktów prawnych. Ponadto w różnych porządkach prawnych różne fakty społeczne wyznaczają różne fakty prawne, gdyż porządki prawne różnią się treściowo. Zatem zależność określonego faktu prawnego od określonego faktu społecznego jest przygodna, a nie konieczna. Teza o koniecznej zależności sformułowana jest przez pozytywistów na wyższym szczeblu ogólności. Fakt prawny jest koniecznie zależny wyłącznie od jakichś faktów społecznych, lecz to, jakie to są fakty jest przygodne.

Druga strategia to strategia konwencjonalistyczna<sup>42</sup>. Dla tej strategii wystarczającym wyjaśnieniem normatywności faktów prawnych jest odwołanie się do konwencjonalnej podstawy prawa. Skoro u podstaw prawa stoi konwencjonalna reguła uznania pojęta jako fakt społeczny, to konwencja ta generuje normatywność faktów prawnych. To konwencja sprawia, że pewne fakty społeczne są normatywnie (prawnie) relewantne. Zdaniem zwolenników tej strategii, skoro istnienie konwencji jest faktem społecznym, to strategia ta pozwala na wyjaśnienie normatywności prawa z zachowaniem SZP. Strategia ta opiera się na koordynacyjnym ujęciu konwencji w duchu Lewisa. Wskazana wyżej hartowska koncepcja reguły uznania jako reguły społecznej jest przykładem przyjęcia właśnie takiej strategii.

<sup>40</sup> Greenberg M., op. cit., s. 170.

<sup>41</sup> Ibidem, 170.

<sup>42</sup> Por. o próbach konwencjonalistycznego wyjaśnienia normatywności Dyrda Adam. 2013. *Konwencja u podstaw prawa*. Warszawa. Wolters Kluwer: 314 i n. oraz Brożek B., op. cit., s. 268 i n.

Strategia ta spotkała się jednak z fundamentalną krytyką<sup>43</sup>. Krytyka ta oparta jest na kilku argumentach, których nie będę dokładnie omawiał, z uwagi na to, że w polskiej literaturze zostały one poddane dokładnej analizie. Pierwszy z argumentów głosi, że nietrafne jest przekonanie, jakoby zasadniczym celem prawa było rozstrzygnięcie problemu koordynacyjnego (choć niewątpliwie prawo w jakiś sposób i w jakiejś mierze koordynuje działania ludzi). Niesposób odpowiedzieć na pytanie, jaki to problem koordynacyjny rozstrzygany jest przez Hartowską regułę uznania. Drugi argument oparty jest na spostrzeżeniu, że nie każda konwencja koordynacyjna prowadzi do powstania zobowiązań (np. konwencja, że mężczyźni nie noszą spódnic nie nakłada na mężczyzn zakazu noszenia spódnic). Zatem odwołanie się do konwencji jeszcze *per se* nie jest wystarczające do wyjaśnienia normatywności prawa. Po trzecie, ujęcie konwencjonalistyczne nie jest w stanie oddać autorytatywnego charakteru prawa i wyjaśnić faktu, że prawo zgłasza roszczenie do dostarczenia racji do działania, które mają przeważać nad wszelkimi innymi racjami. Racje koordynacyjne same w sobie nie mają takiej właściwości.

Pewną swoistą odmianą strategii konwencjonalistycznej jest rozwiązanie proponowane przez Shapiro w jego teorii prawa jako planu. Przedstawia on swoje rozwiązanie w kontekście tzw. Possibility Puzzle.

On the one hand, legal authority must be conferred by legal norms; yet, on the other, legal norms must be created by legal authority. From these two assumptions, we get a classic chicken-egg paradox<sup>44</sup>.

Jeżeli zastosujemy język ugruntowania: fakty prawne są ugruntowane m.in. przez fakt, że władza dokonała pewnych działań. Fakt ten jednak nie jest czystym faktem społecznym, gdyż istnienie władzy presuponuje istnienie norm prawnych. Zatem powstaje pytanie jak normatywność pojęcia władzy pogodzić z SZP. Shapiro odrzuca hartowskie ujęcie reguły uznania jako reguły społecznej. Własne rozwiązanie Shapiro polega na odnalezieniu ostatecznych źródeł normatywności w normach racjonalności instrumentalnej. Prawo jest na gruncie teorii Shapiro planem, a więc faktem społecznym, który może zostać opisany bez użycia wyrazów normatywnych. Władza (*authority*) pojęta jako zdolność do stwarzania racji do działania jest przypisana wykonawcy

<sup>43</sup> Green Lesli. 1999, „Positivism and Conventionalism”. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. Vol. XII nr 1: 35-53.

<sup>44</sup> Shapiro S., op. cit., s. 179.

planu przez normy racjonalności instrumentalnej, zastosowane do realizacji planu, gdyż w braku takiej władzy plan utraciłby społeczny sens. Normy racjonalności są uniwersalne i niekontrowersyjne, gdyż nie są one produktem *fiat* prawodawczego, a więc nie są ugruntowane w innych faktach. „They exist simply in virtue of being rationally valid principles”<sup>45</sup>. Normy te przyznają wykonawcy planu autorytet, a autorytet nadaje normatywność faktom prawnym jako składnikom planu.

Rozwiązanie takie nie jest łatwe do zaakceptowania przez pozytywizm prawniczy. Okazuje się bowiem, że fakty prawne nie są ugruntowane wyłącznie w faktach społecznych, lecz również w pewnym poza-moralnym fakcie normatywnym (istnieniu uniwersalnych norm racjonalności instrumentalnej). Propozycja Shapiro jest możliwa do pogodzenia z SZP, tylko jeżeli SZP osłabimy w następujący sposób: gdy poszukujemy faktów, które gruntują fakty prawne, odnajdujemy wyłącznie fakty społeczne. Jednak to fakty społeczne ugruntowują fakty prawne w kontekście norm racjonalności. Istnienie tych norm nie jest faktem ugruntowującym fakty prawne, lecz kontekstem, który musi istnieć po to, aby w ogóle można było mówić o faktach prawnych. Nawet jednak przy takim ujęciu musimy zgodzić się, że koncepcja ugruntowania nie pozwala na pełne wyjaśnienie faktów prawnych przez odwołanie się wyłącznie do faktów społecznych, skoro przynajmniej w tle każdego wyjaśnienia założyć musimy istnienie norm instrumentalnej racjonalności, a więc pewien fakt o charakterze normatywnym.

Wreszcie czwartą strategię proponuje Joseph Raz<sup>46</sup>. W jego ujęciu prawo rości sobie autorytet moralny (czy inaczej aspiruje do posiadania autorytetu). W związku z tym zjście pewnych faktów społecznych (np. wydanie ustawy) powoduje powstanie faktów prawnych, które stwarzają dla osób poddanych prawu racje do działania, lecz tylko wtedy, gdy prawo rzeczywiście posiada autorytet. Roszczenie prawa do autorytetu jest bardzo często fałszywe, stąd też racje generowane przez prawo częstokroć są tylko pozornymi racjami. Fakty społeczne będące faktami prawotwórczymi stwarzają rzeczywiste racje do działania tylko wtedy, gdy autorytet prawa jest moralnie uzasadniony. Zatem teoria prawa nie wyjaśnia normatywności prawa, wyjaśnia tylko dlaczego regulacje prawne traktowane (trafnie lub błędnie) są jako

<sup>45</sup> Ibidem, 181.

<sup>46</sup> Raz Joseph. 1999. *Practical Reasons and Norms*. Oxford: Oxford University Press, passim.

stwarzające racje do działania w praktycznych rozumowaniach osób poddanych prawu (choć *de facto* racjami takimi częstokroć nie są).

Jak sądzę, problem normatywności prawa nie został do tej pory przez pozytywizm prawniczy zadawalająco rozwiązany. Jest to problem metafizyczny, który sprowadza się do pytania o relacje pomiędzy faktami prawnymi a faktami społecznymi. Pozytywizm nie może zrezygnować z SZP, gdyż właśnie ta teza identyfikuje jego tożsamość. Rozwiązania takie jak proponowane przez Shapiro powodują osłabienie SZP i grożą degeneracją pozytywizmu. Rozwiązanie Raza nie wyjaśnia normatywności prawa, lecz tylko to, że prawo pojmowane jest jako normatywne, punkt ciężkości przerzucając na uzasadnienie posiadania przez prawo moralnego autorytetu, co jest zadaniem filozofii politycznej. Droga polegająca na rezygnacji z wyjaśnienia normatywności prawa i przesunięcia tej kwestii do obszaru filozofii politycznej powoduje, że pozytywizm przestaje być pełnokrwistą teorią prawa zdolną do konkurowania z teoriami non-pozytywistycznymi, dla których co prawda normatywność prawa nie stanowi zagadki, lecz które muszą (przynajmniej co do zasady) założyć realizm moralny, a więc przyjąć bardzo mocne zobowiązanie ontologiczne.

### Bibliografia

- Audi Paul. 2012. „Grounding. Towards a Theory of the *In-Virtue-Of* Relation”. *The Journal of Philosophy* CIX, issue 12: 685-711.
- Brożek Bartosz. 2012. *Normatywność prawa*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Correia Fabrice. 2008. „Ontological Dependence”. *Philosophy Compass* 3: 1013-1032.
- Correia Fabrice i Schnieder Benjamin. 2012. „Grounding. An Opinionated Introduction” [w:] Correia F i Schnieder B. (ed.). *Metaphysical Grounding. Understanding the Structure of Reality*. Cambridge: Cambridge University Press: 1-35.
- Dyrda Adam. 2010. „Pozytywizm pochowany żywcem? W obronie miękkiego pozytywizmu”. *Studia Prawnicze* 184: 5-36.
- Dyrda Adam. 2013. *Konwencja u podstaw prawa*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Dyrda Adam. 2015. „Why Legal conventionalism Fails?”. *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej* 10: 14-30.
- Enoch David. 2001. *Taking Morality Seriously. A Defence of Robust Realism*. Oxford: Oxford University Press.
- Gizbert-Studnicki Tomasz. 2013. „Pozytywistyczny park jurajski” *Forum Prawnicze* 15: 50-60.

- Green Lesli. 1999. „Positivism and Conventionalism”. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. Vol. XII nr 1.
- Greenberg Mark. 2004. „How Facts Make Law”. *Legal Theory* 10: 157-198.
- Hale Bob. *Encyclopedia Britannica*, hasło „Realism”. <http://www.britannica.com/topic/realism-philosophy/Metaphysical-realism-and-objective-truth>.
- Hart Herbert. 2012. *The Concept of Law*. 3<sup>rd</sup> ed. Oxford: Oxford University Press.
- Hart Herbert. 2015. „Nowe wyzwanie dla pozytywizmu prawniczego”. Tłum. Grabowski Andrzej. *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej* 9: 5-19.
- Jackson Frank. 1998. *From Metaphysics to Ethics. A Defense of Conceptual Analysis*. Oxford: Clarendon Press.
- Kim Jaegwon. 2003. „Supervenience, Emergence, Realization, Reduction” [w:] Loux Michael, Zimmerman Dean (ed.). *The Oxford Handbook of Metaphysics*, Oxford: Oxford University Press: 556-584.
- Leiter Brian. 2012. „Why Legal Positivism (Again)?”. *University of Chicago Public Law Working Paper* 442, <http://ssrn.com/abstract=2323013>.
- Marmor Andrei. 2011. *Philosophy of Law*. Princeton: Princeton University Press.
- Marmor Andrei. 2013. „Farewell to Conceptual Analysis” [w:] Waluchow Wil i Sciaraffa Stefan (red.), *Philosophical Foundations of the Nature of Law*. Oxford: Oxford University Press: 209-229.
- McLaughlin Brian i Bennett Karen. 2014. „Supervenience”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/supervenience/>>.
- Morawski Lech. 2003. „Pozytywizm «twardy», pozytywizm «miękki» i pozytywizm martwy”. *Ius et Lex* 2003 nr 1: 319-346.
- Plunkett David. 2012. „A Positivist Route for Explaining How Facts Make Law”. *Legal Theory* 18; 139-207.
- Raz Joseph. 1999. *Practical Reasons and Norms*. Oxford: Oxford University Press.
- Raz Joseph. 2009. „On the Nature of Law” [w:] Raz Joseph *Between Authority and Interpretation*. Oxford: Oxford University Press.
- Rosen Gideon. 2010. „Metaphysical Dependence: Grounding and Reduction” [w:] Hale Bob, Hoffman Aviv (ed.). *Modality, Metaphysics, Logic and Epistemology*. Oxford: Oxford University Press: 109-136.
- Schaffer Karl. „Grounding, Transitivity, and Contrastivity” [w:] Coreira F., Schnieder B. (ed.), *Metaphysical Grounding...*: 122-138.
- Shapiro Scott. 2011. *Legality*. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Trogon Kelly. An Introduction to Grounding [w:] Hoeltje Miguel, Schnieder Benjamin, Steinberg Alex (ed.). *Varieties of Dependence*. Monachium: Philosophia Verlag: 97-122.

- Van Riel Raphael i Van Gulick Robert. 2014. „Scientific Reduction”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/scientific-reduction/>>.
- Vayrynen Pekka. 2013. „Grounding and Normative Explanation”, *Proceedings of the Aristotelian Society*. Sup. Vol. 87: 155-178.
- Załuski Wojciech. 2009. *Evolutionary Theory and Legal Philosophy*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.

## Streszczenie

Celem artykułu jest metafizyczna analiza jednej z głównych tez pozytywizmu prawniczego, głoszącej, że fakty prawne są ostatecznie wyznaczone wyłącznie przez fakty społeczne. Po krótkiej analizie pojęcia faktu społecznego i faktu prawnego artykuł przedstawia możliwe ujęcia relacji wyznaczania. Rozważane są trzy możliwe ujęcia: redukcja faktów prawnych do faktów społecznych, superweniencja faktów prawnych na faktach społecznych oraz ugruntowanie faktów prawnych przez fakty społeczne. Dwa pierwsze ujęcia są odrzucone jako niezadawalające. Ujęcie relacji wyznaczania jako metafizycznego ugruntowania wydaje się obiecujące, jednakże stwarza trudności w wyjaśnieniu normatywnego charakteru faktów prawnych.

Słowa kluczowe: pozytywizm prawniczy, fakt prawny, redukcja, superweniencja, ugruntowanie, normatywność prawa

## The metaphysics of legal positivism Summary

The purpose of this paper is to present a metaphysical analysis of one of the main theses of legal positivism, namely that legal facts are ultimately determined by social facts alone. A short analysis of the notions of social and legal facts is followed by a presentation of possible accounts of the relation of determination. Three alternative accounts are discussed: the reduction of legal facts to social facts, the supervenience of legal facts on social facts and the grounding of legal facts by social facts. The first and second accounts are dismissed as unsatisfactory. The account of determination as a relation of metaphysical grounding appears to be promising, but creates difficulties with explaining the normative nature of legal facts.

Keywords: legal positivism, legal fact, reduction, supervenience, grounding, normativity of law

Prof. dr hab. Tomasz Gizbert-Studnicki  
Wydział Prawa i Administracji  
Uniwersytet Jagielloński