

Magdalena Kolczyńska

Geneza i współczesny kształt rozwiązania problemu ‘powinien’ - ‘jest’ w filozofii i naukach prawnych

Problem niemożliwości przekładu zdań opisowych na zdania powinnościowe został sformułowany po raz pierwszy przez Davida Hume’a w *Traktacie o naturze ludzkiej* i do dziś pozostaje jedną z najżywiej dyskutowanych kwestii w metaetyce. W pierwszej części niniejszego artykułu staram się w przejrzysty sposób przedstawić powyższy problem, a także prezentuję pozytywizm prawniczy jako podejście teoretycznoprawne, które opiera się na tytułowej dychotomii. Następnie badam, w jaki sposób współczesna analiza języka pomaga zakopać przepaść między nieprzystawalnymi do siebie światami faktów i powinności. Za podstawę rozważań przyjmuję koncepcje J. L. Austina, J. Searla oraz G.E.M. Anscombe. Osiągnięcia wymienionych autorów zostały twórczo wykorzystane w dziedzinie teorii prawa przez Neila MacCormicka, który porzuca pozytywistyczny paradygmat w prawie budując własną koncepcję prawa jako zbioru faktów instytucjonalnych. Pracę kończy ukazanie pokrewieństwa poglądów Neila MacCormicka z późną filozofią Ludwiga Wittgensteina, która do dziś dzień stanowi zarówno dla prawników jak i filozofów punkt wyjścia do rozważań na temat natury języka, który służy do tworzenia prawa.

Problem niemożliwości przekładu zdań opisowych na zdania powinnościowe został sformułowany po raz pierwszy przez Davida Hume’a w *Traktacie o naturze ludzkiej* i do dziś pozostaje jedną z najżywiej dyskutowanych kwestii w metaetyce. Hume głosi, że nieuprawnione jest konstruowanie wniosków zawierając słowo ‘powinien’ z przesłanek, w których nie występują terminy moralne:

„W każdym systemie moralności, z jakim dotychczas się spotkałem, stwierdzałem zawsze, że autor przez pewien czas idzie zwykłą drogą rozumowania, ustala istnienie Boga, albo robi spostrzeżenia dotyczące spraw ludzkich; aż nagle nieoczekiwanie i ze zdziwieniem znajduję, iż zamiast zwykłych spójek, jakie znajduje się w zdaniach, a mianowicie *jest* i *nie jest*, nie spotykam żadnego zdania,

które by nie było powiązane słowem *powinien* albo *nie powinien*. Ta zmiana jest niedostrzegalna, lecz niemniej ma wielką doniosłość. Wobec tego bowiem, że to *powinien* albo *nie powinien* jest wyrazem pewnego nowego stosunku czy twierdzenia, przeto jest rzeczą konieczną te zwroty zauważyć i wyjaśnić; a jednocześnie konieczne jest, iżby wskazana została racja tego, co wydaje się całkiem niezrozumiałe, a mianowicie jak ten nowy stosunek może być wydedukowany z innych stosunków, które są całkiem różne od niego”¹.

Sam Hume uważał, że problem, który sformułował ma głównie charakter logiczny. Jednak zdaniem wielu badaczy trudność ta dotyczy szerszej kwestii: żadne etyczne sądy nie mogą być wyprowadzone z żadnego zbioru przesłanek o charakterze czysto faktualnych².

Taka interpretacja problemu jest często podważana. Charles Pigden zwraca uwagę, że niemożność dokonania powyższego przejścia wynika jedynie z natury logiki, nie z jakiejś tajemniczej natury sądów moralnych. Jego zdaniem etyka jest logicznie autonomiczna, w takim samym stopniu, jak każda inna dziedzina wiedzy. Nigdy nie możemy użyć we wniosku terminów, których nie użyliśmy w przesłankach. Z dwóch zdań opisowych ‘Herbata jest gorzka’ i ‘Nie lubię gorzkiego’, nie możemy więc wyprowadzić również opisowego wniosku w postaci ‘Nie lubię kawy’³. Takie rozwiązanie, a raczej zanegowanie konieczności istnienia jakiegokolwiek rozwiązania z powodu braku problemu, pozostawia jednak otwartym pytanie, jak mogą zostać skonstruowane przesłanki zawierające terminy powinnościowe.

Ściśle z problem ‘powinien’ - ‘jest’ powiązany jest pogląd Hume’a na naturę decyzji moralnych; na nasze czyny wpływać mogą tylko pragnienia, nie argumenty rozumowe. Zdania o faktach rozwijają wiedzę demonstratywną, czyli taką, z której za pomocą docierających do nas informacji o świecie i szeregu rozumowań wyprowadzamy wnioski będące pewnymi intelektualnymi racjami. Wykorzystać je możemy do decydowania o narzędziach, jakie są nam potrzebne, by osiągnąć pewien cel (np. moralny), ale sam cel wyznaczają nasze uczucia i instynkty.

„Działania mogą być godne pochwały lub potępienia; ale nie mogą być racjonalne.

Godne pochwały lub godne potępienia nie znaczy to samo co racjonalne lub

¹ D. Hume, *Traktat o naturze ludzkiej*, Warszawa 1963, t. I, s. 9-10.

² W. E. Morris, Ch. R. Brown, *David Hume*, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2020 Edition), Edward N. Zalta (ed.), <https://plato.stanford.edu/archives/spr2020/entries/hume/>, (dostęp: 26.3.2020), akapit 7.1.

³ Ch. Pigden, *Naturalizm* [w:] Przewodnik po etyce, red. Peter Singer, Warszawa 2009, r. 37.

nieracjonalne. Korzyści i wady wynikające z działań często są sobie przeciwstawne i ich ważenie ma wpływ na nasze naturalne skłonności. Ale rozum sam w sobie nie ma na nie żadnego wpływu. Decyzje moralne nie są wynikiem rozważań intelektualnych. Gdy o nie chodzi rozum jest całkowicie nieaktywny i nigdy nie może być źródłem poczucia moralności.”⁴

Ten pogląd stawia nas w obliczu innej, drażliwej kwestii – czy świadomi przedstawionej genezy naszych działań, możemy jeszcze mówić, że nasze decyzje, szczególnie te o charakterze etycznym, są racjonalne? Czy bowiem możliwa jest jakakolwiek rozsądna argumentacja na rzecz pragnienia jednej rzeczy, zamiast innej. Wyjaśnienie tego zagadnienia jest niezbędne nie tylko dla uzasadnienia wszelkiej możliwej etyki, ale również dla właściwego zbadania zjawiska normatywności w prawie. Jednym z fundamentów naszego systemu prawnego jest przecież założenie o racjonalności prawodawcy.

W naukach prawnych radykalne oddzielenie zdań powinnościowych i opisowych wiąże się na ogół z pozytywizmem prawniczym, który wyprowadza je z Kantowskiego dualizmu bytu (*Sein*) i powinności (*Sollen*), przy czym nie jest to już tylko różnica logiczna, ale i epistemologiczna. W inny sposób bowiem poznajemy rzeczywistość faktualną, w inny zaś kształtujemy przeświadczenia moralne. Prawo należy zdaniem Kanta do sfery powinności. Z tego założenia wyszedł Hans Kelsen, który podjął się skonstruowania takiej teorii prawa, która wyjaśni absolutną niezależność jego norm od zdań opisowych. By to uczynić zakłada, że jedynym źródłem prawomocności pojedynczej normy jest to, że należy ona do systemu prawnego. System ten to całość autonomiczna, uporządkowana hierarchicznie, z jedną naczelną *Grundnorm*. Hierarchia rządząca system prawnym ma charakter dynamiczny. Oznacza to, że relacje między kolejnymi poziomami systemu wyznaczają normy kompetencyjne. Odróżnia to prawo od moralności, która ma charakter systemu statycznego, czyli takiego, w którym wyprowadzanie z siebie kolejnych szczebli norm opiera się ich treści. W ten sposób zanika różnica między stanowieniem a stosowaniem prawa, gdyż stanowienie jest zawsze stosowaniem wspomnianych norm kompetencyjnych. Naczelną *Grundnorm* ma również charakter wyłącznie proceduralny i nakazuje przestrzeganie pierwszej konstytucji. Jest więc konstrukcją czysto logiczną, wnioskowaną ze wszystkich innych, istniejących w systemie norm

⁴ D. Hume, *op. cit.*, t. III, s. 57.

wtórnych. Jej aprioryczny charakter umożliwia genetyczne odgrózenie tak powstałego systemu od jakichkolwiek zdań opisujących świat⁵.

Rozwiązania problemu postanowionego przez Hume'a, podjął się amerykański filozof, John Searle. W swoim tekście proponuje on logiczno-semantyczną analizę zdań dotyczących powinnościowych, korzystając z narzędzi wypracowanych przez J. L. Austina⁶. Za przykład bierze performatyw o postaci 'obiecuję'. Analiza ta wygląda następująco:

1. Jones wypowiedział słowa 'Niniejszym obiecuję ci, Smith, zapłacić 5 dolarów' (gdzie 'niniejszym obiecuję ci' jest paradygmatyczną formułą używaną dla dokonania czynu opisanego w zdaniu drugim jako obiecywanie)
2. Jones obiecał zapłacić 5 dolarów Smithowi
3. Jones wziął na siebie zobowiązanie zapłacenia 5 dolarów Smithowi (przejście następujące między punktem 2 a 3 zachodzi na mocy definicji)
4. Jones jest zobowiązany zapłacić 5 dolarów Smithowi (wszyscy, którzy biorą na siebie zobowiązanie, są *ceteris paribus* zobowiązani zobowiązaniem)
5. Jones powinien zapłacić 5 dolarów Smithowi

Uzyskana w ten sposób powinność ma charakter kategoriyczny, nie hipotetyczny, jednak warunkiem jej preskrytywnej⁷ mocy jest akceptacja społecznej praktyki – instytucjonalnego

⁵ M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Kraków 2000, s. 47-51. Jose de Sousa E. Brito zaprzecza tymczasem, jakoby pozytywiści mieli rzeczywiście oddzielać zdania opisowe od powinnościowych. Jego zdaniem najpierw Bentham twierdził, że zdania zawierające termin 'powinien' można sprowadzić do zdań opisowych argumentując, że działanie jest obowiązkiem, jeśli jest przedmiotem rozkazu prawodawcy, bądź jeśli jest zagrożone pewną sankcją. Ten punkt widzenia przyjmował jego zdaniem również Kelsen. Odrzucać miał on zupełnie konsekwencje płynące z zastosowania Gilotyny Hume'a, gdyż zaprzeczał istnieniu płynącej z oddzielenia zdań powinnościowych i opisowych głęboki różnicy między prawem i moralności. Oba te porządki miały, według niego, taki sam normatywny charakter, różnica między nimi miała być zaś tylko różnicą charakteru sankcji, jakie stosuje się w przypadku nieprzestrzegania należących do nich reguł. Jego zdaniem u Kelsena istnieją dwa kryteria faktyczne, które są warunkami ważności norm. Pierwszym z nich jest skuteczność. Dana norma jest skuteczna, jeśli przede wszystkim jest w większości przypadków przestrzegana. W razie zaś nieprzestrzegania danej normy, o jej skuteczności świadczy zastosowanie sankcji. Drugi warunek to konieczność istnienia pewnego systemu prawnego, wewnątrz którego norma zaznacza swą ważność. Wszystkie zaś normy istniejące w danym systemie, czerpią swą prawomocność z pierwszej historycznej konstytucji. Następnie sam autor dostrzega jednak, że Kelsenowska *Grundnorm* nie ma i nie może mieć żadnego faktycznego ugruntowania. Po drugie, na co zwraca uwagę Marek Zirk-Sadowski, przymus w czystej teorii prawa również ma charakter wyłącznie normatywny. (Jose de Sousa E Brito, *Hume's Law and Legal Positivism*, *Filosofia del Derecho y Filosofia de la Cultura*, Memoria del X Congreso Mundial ordinario de Filosofia del Derecho y Filosofia Social, vol. VIII, Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, ed. José Luis Curriel, s. 245–265).

⁶ J. Searle, *How to Derive 'Ought' from 'Is'*, "The Philosophical Review", Vol. 73 (1964), s. 43-58.

⁷ Preskrytywność to pojęcie stworzone przez R. M. Harego. oznacza ono, że sąd powinnościowy (moralny) jest rodzajem nakazu zachowania się w określony sposób, na który składają się emocjonalny czynnik, jakim jest pragnienie uczynienia z zasad, którymi się kierujemy prawa powszechnego (w rodzaju imperatywu

faktu obiecywania. W ten sposób znaczenie danego działania zależy od funkcji, jaką spełnia ono w społeczeństwie. Ten sam czyn fizyczny, w zależności od kontekstu może odgrywać niemal dowolną ilość społecznych ról. Wręczenie pieniędzy może stanowić więc akt pożyczania pieniędzy lub spłacania długu, składania ofiary, wręczenia jałmużny. Może też być, jeśli w ocenie członków danej wspólnoty nie istnieje żaden uzasadniający go kontekst, czynem zupełnie irracjonalnym. Teraz widzimy, że warunki racjonalności działania zostały przeniesione ze sfery genezy danego zachowania (podjętego na skutek intelektualnego namysłu albo instynktownego dążenia) w sferę społecznej akceptacji, której kryterium jest zgoda grupy, co do ‘prawidłowości’ określonego postępowania. Wydaje się, że na tym również ostatecznie zasadza się koncepcja racjonalnego prawodawcy. Prawo jako regulator stosunków społecznych ma być mądrością praktyczną. Racjonalność zakłada tu z jednej strony pełną wiedzę prawodawcy dotyczącą istniejących uwarunkowań i potrzeb społecznych, z drugiej zaś chęć realizacji tych potrzeb w jak największym stopniu, z jednoczesnym uwzględnieniem moralnych i pozamoralnych przekonań danej społeczności. Przy Searlowskiej interpretacji zdań powinnościowych, racjonalność ta nie wydaje się już zagrożona.

Aby uchronić swoją koncepcję przed obaleniem jej przez przypadki obiecywania ‘nie na serio’, bądź pod wpływem przymusu, Searle korzysta z Austinowskich zastrzeżeń co do ograniczenia skuteczności performatywów, dodając przesłanki:

1a: W pewnych okolicznościach (empiryczne warunki konieczne i wystarczające), każdy kto wypowiada słowa ‘Niniejszym obiecuję ci, Smith, zapłacić 5 dolarów’ obiecuje zapłacić 5 dolarów Smithowi

1b: Okoliczności C zachodzą

Searle odrzuca w ten sposób koncepcję obowiązków *prima facie* twierdząc, że powinności wynikają z szerokiego krajobrazu faktów dotyczących wspólnoty, której członkowie wypowiadają powyższe zdania⁸. Różnica między wypowiedziami zawierającymi czysty opis, a wypowiedziami wartościującymi to różnica siły wypowiedzi (*illocutionary force*). Osoba zobowiązana musi podporządkować się mocy illokucyjnej performatywu

kategorycznego) oraz racjonalne przekonania dotyczące faktów. zwraca się tu uwagę, że znaczenie nakazu, nie jest wyznaczane po prostu przez jego cechy sprawcze (teoria werbalnego sprawstwa). Odróżnia się tu więc Austinowskie akty perlokucji (robienie czegoś *poprzez* mówienie) i illokucji (robienie czegoś w wypowiedzianiu zdań). Preskrytywizm tym różni się od teorii nondeskrytywistycznych (np. emotywizmu), że przyjmując inne niż tylko emocje elementy sądu moralnego, zakłada możliwość racjonalnej dyskusji na tematy etyczne.

⁸ Jose de Sousa E Brito, *Hume's Law and Legal Positivism*, op.cit, s. 261

tworzącego zobowiązanie, czyli przyjąć wewnętrzny punkt widzenia kogoś, kto gra w ‘grę obiecywania’.

Do kwestii gry wrócimy później, teraz należy się natomiast skupić na pewnych elementach koncepcji Searle’a, które umożliwiają mu uprawomocnienie przedstawionej analizy. Elementami tymi są pojęcia ‘faktu instytucjonalnego’ oraz norm konstytutywnych i regulatywnych. W artykule *Jak wywieść ‘powinien’ z ‘jest’* są one jedynie wzmiankowane. Aby zrozumieć poglądy Searle musimy sięgnąć do innych dzieł filozofa – książek *Czynności mowy* oraz *The construction of social reality*.

Searle stwierdza, że użycie języka polega na postępowaniu według pewnych reguł, a następnie dzieli te reguły na konstytutywne i regulatywne. Reguły konstytutywne ustanawiają jakieś działanie, którego istnienie jest od nich logicznie zależne. Do nich należą na przykład zasady gry w piłkę nożną czy przepisy prawne dotyczące zaciągania pożyczek. Kopnięcie piłki nigdy nie będzie stanowiło fragmentu gry, jeśli nie ustanowimy uprzednio reguł tej gry. Tylko w ramach stworzonych przez nas zasad pewne działanie otrzymuje znaczenie, na podstawie którego, można je dalej kształtować. Inaczej ma się sprawa z regułami regulatywnymi. Zakładają one wcześniejsze istnienie znaczącego działania, logicznie od reguł niezależnego. Takim działaniem może być na przykład wejście na czyjąś posesję. Jeśli zniesiemy ograniczenia, które nie pozwalają nam na bezprawne wtargnięcie na cudzy teren, czyn ten wciąż będzie możliwy. Reguły regulatywne nakładają więc na uprzednio istniejące, możliwe zachowania ograniczenia, których brak nie zagrozi znaczeniu, jakie te zachowania mają. Z tego rozróżnienia zostaje następnie wyprowadzone istnienie faktów instytucjonalnych, czyli w skrócie, działań, które regulują reguły konstytutywne.

Pojęcie faktów instytucjonalnych wywodzi się z teorii G. E. M. Anscombe, choć przez nią samą nie jest jeszcze użyte. Anscombe posługuje się natomiast terminem ‘faktów surowych’ (*brute facts*), które osadzone w społecznym kontekście pewnych instytucji, tracą swoje fizyczne znaczenie, stając się elementami znanej i akceptowanej przez członków danej wspólnoty konwencji. Anscombe zaczyna swój słynny artykuł *On brute facts* słowami:

„Podążając za Humem mogłabym powiedzieć do sprzedawcy w sklepie: prawda polega na zgodzie bądź co do relacjami między pojęciami, takimi jak to, że dwadzieścia szylingów to funt, bądź co do faktów, takich jak to, że przyniósł mi pan kwartę ziemniaków. Z tego może pan jasno wywnioskować, że termin ten nie dotyczy takich zdań jak to, że jestem panu winna tyle a tyle za ziemniaki. Nie może pan bowiem przeskoczyć z ‘jest’ – czyli tego, że w rzeczywistości poprosiłam o ziemniaki, pan mi ich dostarczył i wysłał rachunek –

do ‘jest winny’⁹. Aby stwierdzić powinność potrzebujemy bowiem rzeczywistości społecznej, która swoimi przekonaniem nasz obowiązek będzie konstytuowała. Podobnie jak będzie to miało miejsce u Searle’a, Anscombe uznaje, że każdy fakt instytucjonalny jest przetłumaczalny na zdania czysto fizyczne, umieszczone w wystarczająco bogatym kontekście”¹⁰.

W rzeczywistości Charles Pigden dokonuje na podstawie tekstów Anscombe i Sabiny Lovibond analizy bardzo przypominającej wnioskowanie Searle’a. Za przykład bierze on fakt pożyczki i mówi: pożyczyłem od ciebie pieniądze. Co sprawia, że mam dług do spłacenia? Po czym uwzględni następujące elementy, niezbędne do wykształcenia się sądu powinnościowego:

1. istnienie osobistego układu między mną a pożyczkodawcą
2. ogólne zasady dotyczące społecznej instytucji, jaką jest pożyczka
3. brak okoliczności mogących unieważnić mój dług (warunek *ceteris paribus*).

Z perspektywy metaetycznej, stanowiącej punkt wyjścia tych rozważań, poglądy Anscombe uważa się za teorię naturalistyczną, w której moralność sprowadzana jest do wyrafinowanej socjologii¹¹.

Searle na potrzeby swojej teorii przekształca używane przez Anscombe pojęcie ‘surowego faktu’, twierdząc, że jest to właśnie taki fakt, który nie wymaga istnienia jakiegokolwiek instytucjonalności. Jest więc faktem, jak wynika z wyżej przeprowadzonego rozróżnienia, którego dotyczą reguły regulatywne. Fakty instytucjonalne przeciwstawiają się faktom surowym, a ich znaczenie, nazwane przez Searle’a ‘funkcją statusową’, powstaje w wyniku nałożenia na fakty surowe reguły konstytutywnej, o formie logicznej ‘X uznawane jest za Y w kontekście C’, gdzie pod zmienną Z podstawia się opis sytuacji, przedmiotów bądź osób, pod zmienną Y nazwę faktu instytucjonalnego, a pod zmienną C opis warunków, które muszą być spełnione, aby to nadanie znaczenia mogło być uznane za ważne. Instytucja zaś to pewien wzorzec zachowania wyznaczany przez zbiór tych reguł¹².

⁹ E. Anscombe, *On brute facts*, “Analysis”, Vol. 18 (1958), s. 69.

¹⁰ K. Chrobak, *O faktach instytucjonalnych*, „Diametros”, nr 28 (2011), s. 23.

¹¹ W tym kontekście należy zaznaczyć, że jedną z odmian problemu ‘Jest-Powinien’ jest koncepcja błędu naturalistycznego. Sprowadzenie zdań powinnościowych do opisowych jest tutaj rozumiane jako tłumaczenie terminów moralnych na terminy pozamoralne (naturalne). Argumentacja w tym wypadku opiera się analogicznie na pewnych problemach logicznych i definicyjnych, wynikających z, być może pozornej, nieprzekładalności jednych terminów na drugie.

¹² K. Chrobak, *op. cit.*, s. 26.

Tak ma się rzecz z korzeniami podziału na fakty surowe i instytucjonalne. Gdzie natomiast szukać genezy pojęć reguł konstytutywnych i regulatywnych? Jest to pytanie, które rzadko jest zadawane, a szkoda, bo prześledzenie pochodzenia tych konstrukcji pozwala spojrzeć na pewne elementy koncepcji Searle'a i jego następców w nieco innym świetle i zauważyć drzemiące w nich niebezpieczeństwa. W artykule *Two Concepts of Rules*, opublikowanym w 1955 roku to John Rawls wprowadza rozróżnienie na 'podsumowującą' koncepcję reguł i koncepcję reguł 'praktyki'. Nazwa 'podsumowująca' oznacza tu po prostu rolę tej reguły, jaką jest czynienie sprawozdania z dotychczasowych działań podejmowanych, gdy jeszcze żadnej regulującej zasady nie było. Proces powstawania reguły 'podsumowującej' można streścić w następujący sposób: pewna osoba decyduje się na podjęcie pewnej decyzji (np. o charakterze moralnym), uwzględniając pewien system wartości¹³. Jeśli kolejne osoby w podobnych okolicznościach będą systematycznie podejmowały taką samą decyzję, wykształci się jasna zasada postępowania w tych okolicznościach. Decyzja ta jest więc logicznie pierwotna w stosunku, do zasady. Celem istnienia reguł 'podsumowujących' jest przyspieszenie procesu podejmowania decyzji¹⁴. Z wizji Rawlsa jasno możemy jednak wywnioskować, że reguły te każdy ma prawo podważyć – bądź z powodu kierowania się innymi wartościami, bądź z powodu dojścia do innego wyniku w rachunku etycznym, uwzględniającym te same wartości¹⁵. Z kolei koncepcja reguł 'praktyki' zakłada, że reguły projektują praktykę, a nie ją opisują. Praktyki konstruuje się, by móc przewidywać zachowanie innych osób i w związku z tym zwiększyć efektywność swoich działań. Wejście w daną praktykę w sposób konieczny oznacza zgodę na rządzące nią reguły. W związku z tym reguły te, w przeciwieństwie do 'podsumowujących' są definitywne. Nie mogą zostać zmienione decyzją osób, które się z nimi nie zgadzają. Jedynym sposobem wyrażenia niezgody jest bowiem rezygnacja z udziału w praktyce. Takie reguły są logiczne pierwotne w stosunku do działań. Zachowanie nieopisane przez regułę nie jest działaniem z nią niezgodnym.

¹³ W przypadku Rawlsa będzie to moralność uutilitarystyczna, choć nie jest to klasyczny uutilitaryzm w stylu Benthamy czy Milla.

¹⁴ Por. J. S. Mill, *Uutilitaryzm*, Warszawa 1959, s. 37: „Zwolennicy zasady użyteczności muszą z kolei odpowiadać często na takie zarzuty, jak zarzut, że w chwili poprzedzającej działanie nie ma czasu na obliczenia i ważenia jego skutków dla szczęścia ogólnego. To tak zupełnie, jak gdyby się powiedziało, że nie możemy kierować się w postępowaniu dyrektywami chrześcijaństwa, ponieważ brak nam czasu, by przed każdym czynem czytać od początku do końca Stary i Nowy Testament. Na ten zarzut odpowiedzieć można, że czasu było aż nadto, ma się bowiem za sobą cały miniony okres istnienia rodzaju ludzkiego. W ciągu całego tego okresu ludzkość wypróbowywała konsekwencje ludzkich czynów”. Podobna argumentacja przedstawiona jest [w:] R. M. Hare, *Myślenie moralne*, Warszawa 2006, r. II.

¹⁵ Czy etyka konsekwencjalistyczna powinna czy nie powinna być wzorem dla prawa, jest to temat zupełnie innych rozważań, póki jednak nie jesteśmy pewni odpowiedzi, należy ostrożnie podchodzić do transponowania do nauk prawnych Rawlesowskiej teorii reguł w powyższym brzmieniu.

Jest tylko działaniem pozbawionym w ramach danej praktyki wszelkiego znaczenia. Nie można więc zasadnie pytać ‘czy na pewno dana reguła praktyki dotyczy mojego przypadku?’. Moim zadaniem jest bowiem sprawić, by mój przypadek podpadał pod regułę¹⁶. Wyraźnie widać tu analogię z Searlowskimi definicjami reguł konstytutywnych i regulatywnych¹⁷.

Na marginesie dodać można, że koncepcja Rawlsa i Searle’a spotkała się na gruncie etyki z protestem ze strony R. M. Harego i Mary Midgley. Hare w swoim tekście *On promising game* stwierdza, że obowiązek dotrzymywania obietnic z punktu widzenia koncepcji reguł konstytutywnych, wymaga, byśmy byli zobowiązani do grania w ‘grę obiecywania’, by móc stwierdzić, że jesteśmy zobowiązani do dotrzymania obietnicy. Ale obowiązek gry sam nie może z gry wynikać. Midgley zaś podważa w ogóle zasadność omawianie gier, w których bierzemy udział, w terminach samych tylko reguł konstytutywnych, otwierając swój artykuł wymownym cytatem autorstwa menadżera Liverpool FC: „Niektórzy mówią o piłce nożnej tak, jakby była to sprawa życia i śmierci. W rzeczywistości to coś znacznie poważniejszego”¹⁸. Istnienie gry ma jej zdaniem znacznie głębsze i bardziej złożone podłoże, niż nałożone odgórnie zasady, przez które się ją definiuje¹⁹.

Powróćmy teraz jednak na grunt nauk prawnych. Teorię Searle’a wykorzystał Neil MacCormick, konstruując pojęcie prawa jako faktu instytucjonalnego. MacCormick wychodzi w swej analizie od przedstawienia nieformalnych przykładów zachowań zgodnych z normami. Spotykamy się z nimi w naszym życiu codziennym bezustannie. Należą do nich formowanie kolejki w sklepie, zachowywanie milczenia w takich miejscach jak sala kinowa czy teatralna czy ustępowanie miejsca w środkach komunikacji publicznej osobom starszym bądź niepełnosprawnym. Niektóre z tych zachowań mają charakter pragmatyczny, służący efektywniejszej organizacji życia społecznego, jak zasada cierpliwego oczekiwania w kolejce na swoją kolej, niektóre są po prostu zasadami dobrego wychowania i nie spełniają większej praktycznej roli, jak zasada witania się na przyjęciu najpierw z osobami starszymi. Normy takie nie są najczęściej formułowane *explicite*, a jeśli nawet, ich sformułowania nie pretendują do bycia powszechnie obowiązującymi i podlegają dyskusji. Bywa nawet, że nie uświadamiamy sobie kierowania się jakąś zasadą – zachowanie zgodne z nią stało się bowiem na skutek wychowania nawykiem, działaniem niemal instynktownym. A jednak w tym, co czynimy, tkwi normatywność. Porządkiem normatywnym jest bowiem

¹⁶ J. Rawls, *Two concepts of rules*, “The Philosophical Review” 64 (1955), s. 3-32.

¹⁸ M. Midgley, *The game game*, “Philosophy”, Vol. 49, (1974), s. 231-253.

¹⁹ A. Habib, *Promises*, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2018 Edition), Edward N. Zalta (ed.), <https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/promises/> (dostęp: 26.3.2020), akapit 6.2.

według MacCormicka na najbardziej elementarnym poziomie, wspólne działanie, opierające się na wspólnym, zdroworozsądkowym pojęciu słuszności, tego co należy i czego nie należy robić²⁰. Takie wspólne pojęcia opierają się na wartościach wyznawanych przez daną wspólnotę. W przypadku formowania kolejki taką wartością (często również nieuświadomianą) jest zasada równości wszystkich ludzi. Uzupełniana jest ona o bardziej szczegółowe zasady w rodzaju ‘najpierw obsługiwani są osoby niepełnosprawne oraz matki z małymi dziećmi’. W społeczeństwach silnie zhierarchizowanych zasady stania w kolejce będą zapewne inne, ale wciąż wywodząc się ze wspólnych przekonań, będą miały one charakter normatywny. To właśnie z powodu ogromnej złożoności czynników społecznych, które składają się na powstanie takich nieformalnych reguł, niemożliwe, i często niewskazane, jest ich jednoznaczne formułowanie.

Zdarza się jednak, że sytuacja wymaga, by to, co do tej pory było regułą nieformalną, zostało ujęte w określone ramy²¹. Następuje sformalizowanie zasad. Przykładem mogą być tu kolejki na pocztę, czy w niektórych urzędach. Skorzystanie z usług takiej instytucji wymaga podporządkowania się określonym zasadom oczekiwania na swą kolej. Najpierw należy więc odebrać w automacie karteczkę z numerem oczekującego, a następnie stosować się do instrukcji wyświetlanych na interaktywnych ekranach. Pojawiają się jedna problemy – co zrobić, gdy numer został wywołany i nikt się nie zgłasza? Powstają teraz reguły drugiego rzędu, nadbudowane na podstawowej, dotychczas przyjmowanej *implicite* zasadzie ‘cierpliwie czekam na swoją kolej’. Mogą być one arbitralnie ustanawiane przez osoby sprawujące kontrolę nad oczekującymi (na naszym gruncie doskonałym przykładem mógłby być komitet kolejkowy) lub zostać jasno określone powiedzmy w regulaminie urzędu, w postaci zasady ‘jeśli nie podejdziesz do okienka w ciągu minuty od momentu wyświetlenia się mojego numeru na tablicy, musisz zrezygnować z korzystania z usługi bądź pobrać nowy numerek i od początku czekać na swoją kolej’. W tym momencie właśnie reguła nieformalna przekształca się w regułę formalną i zostaje nadany jej autorytet osoby bądź instytucji, która ją ustanawia²².

MacCormick wyróżnia następnie trzy rodzaje stosowania reguł formalnych: absolutne (gdy od reguły nie przewidujemy żadnych wyjątków), ściśle (zawieszamy stosowanie reguły tylko wtedy, gdy stosowanie reguły, godzi w wartość, którą dana reguła miała chronić – jest to wierność duchowi, nie literze zasady) oraz dyskrecjonalne (za każdym razem ważymy korzyści związane z przestrzeganiem bądź nieprzestrzeganiem reguł i tylko, gdy szala nie przechyla się

²⁰ N. MacCormick, *Norms, Institutions, and Institutional Facts*, “Law and Philosophy”, Vol. 17 (1998), s.307.

²¹ Tamże, s. 311

²² Tamże, s. 314

na żadną ze stron, stosujemy się do reguły)²³. Formalizacja wystarczającej liczby reguł, dotyczących określonej sfery działania owocuje wykształceniem się instytucji²⁴. Fakt instytucjonalny to całość, jaką jest istnienie pewnych faktów operatywnych (okoliczności) i związana z nimi konieczność podjęcia czy niepodejmowania określonego działania, oparta na kształtujących daną instytucję regułach. Gdy instytucji takiej nadana jest legitymizacja władzy państwowej, fakt instytucjonalny staje się prawem. „Prawo wewnątrz nowoczesnego państwa stanowi instytucjonalny porządek o wielkiej i oszałamiającej złożoności – tak wielkiej, że nikt nie może być specjalistą w większej, niż tylko ułamkowa część jego dziedziny”²⁵. Oczywiście za tą złożonością tkwi, zdaniem MacCormicka, prostota naczelných zasad konstytucyjnych. Jednak żadne reguły, bardziej niż te fundamentalne zasady, nie są odzwierciedleniem uprzednio istniejących w społeczeństwie zasad, wartości i przekonań. I to na nich ostatecznie opierają one swoją legitymację.

Koncepcja MacCormicka w najdoskonalszy sposób rozwiązuje więc problem przepaści między zdaniem faktualnymi i powinnościowymi. Pierwsze w sposób naturalny przekształcają się tu w drugie, te ostatnie zaś czerpią z pierwszych swą siłę i znaczenie:

“My factual information is infused with a normative understanding. I assume that they are [people standing in a queue] doing something which each of them understands as norm-governed in a reciprocal way, even though the norm may be wholly implicit and taken-for-granted”²⁶

Przepaść między tym co jest, a tym, co powinno być zostaje ostatecznie zasypana, gdyż nasz umysł automatycznie łączy obraz faktu z oceną jego ‘prawidłowości’, której kryterium jest kontekst działań innych członków wspólnoty.

MacCormick zdecydowanie podkreśla również, że rzeczywistość polityczno-społeczna zawsze istnieje przed rzeczywistością prawną. To polityka decyduje o sposobach wykorzystania mocy tworzonego prawa. A moc ta, w bezpośredni sposób zależy od tego, co ludzie fizycznie mogą lub nie mogą uczynić. W opinii MacCormicka o normatywnej sile prawa decydują przede wszystkim takie czynniki jak psychologiczna presja, demokratyczna

²³ Tamże. s. 317. Dalej MacCormick zwraca jednak uwagę, że dyskrecyjne stosowanie zasady nie jest równoznaczne ze stosowaniem jej arbitralnie. W gruncie rzeczy bowiem o wyniku podjętego rachunku, będą decydowały te same, obecne w społeczeństwie wartości, które stanowiły fundament samej zasady.

²⁴ Tamże, s. 323

²⁵ Tamże, s. 326

²⁶ Tamże, s. 322

legitymizacja przepisów, ich uzasadnienie ekonomiczne, retoryczne zdolności prawodawcy czy w końcu tradycyjne wartości obecne w danym społeczeństwie²⁷. Prawo, zdaniem szkockiego filozofa, ma charakter pluralistyczny i aby ludzie zechcieli mu się podporządkować, normy porządkujące poszczególne sfery ich życia muszą być ze sobą w zgodzie.

Istnieje w teorii prawa jako faktu instytucjonalnego jeszcze jeden aspekt, który odpowiada bezpośrednio na wątpliwości Hume'a. Dotyczy on motywacyjnej sfery istnienia pewnych społecznych praktyk i regulujących ich zasad. Zdaniem MacCormicka o instytucji możemy mówić wyłącznie biorąc pod uwagę cel, w jakim została ona stworzona. Dopóki nie odpowiemy sobie na pytanie na jakie potrzeby członków wspólnoty ma odpowiadać ustanowienie zbioru reguł i ujęcie ich w formalne ramy wyartykułowanych zasad, będziemy w posiadaniu ciągu słów pozbawionych znaczenia. MacCormick omawia tę kwestię na przykładzie prawa umów. Nawet najbardziej kazuistyczna umowa nie ureguluje w pełni praw i obowiązków stron – są one dookreślone za każdym razem przez zgodne oczekiwania stron. Aby prawo nie zmieniło się w swoją literalną karykaturę, musi służyć zaspokojeniu naszych wspólnych potrzeb. Samo przekonanie dotyczące jego prawomocności z pewnością nie wystarczy²⁸.

Posłowie

Wyciągnięte z tych rozważań wnioski chciałabym na koniec zastosować do innego nieco tematu – filozoficznoprawnej analizy myśli późnego Ludwiga Wittgensteina²⁹, wydają się one bowiem wyjaśniać wiele kwestii, które do tej pory pozostawały dla znacznej części badaczy niejasne. Sądzę, że niewielu jest w filozofii prawa autorów, którzy w równym stopniu odpowiedzialiby na intuicje Wittgensteina w kwestii znaczenia praktyki społecznej dla ustanawiania reguł, jak MacCormick. Nie będę omawiała tutaj poszczególnych elementów obrazu świata i języka, jaki przedstawia wiedeńczyk w *Dociekaniach filozoficznych*, co uczyniłam w swojej poprzedniej pracy, zwrócę jedynie uwagę na kilka znaczących podobieństw łączących rozważane koncepcje. Przede wszystkim obaj myśliciele przyjmują, że kierowanie się regułą jest dla nas tak naturalne, że raczej konstytuuje ona nasze życie, niż jest przez nas świadomie konstruowana i przestrzegana:

²⁷ Tamże, s. 328

²⁸ Tamże, s. 333

²⁹ L. Wittgenstein, *Dociekania filozoficzne*, tłum. B. Wolniewicz, Warszawa 2005.

“Our judgment of the state of the world is not simply in terms of pure physical facts and relationship, but in terms of an understanding of such facts and relationships as humanly meaningful because imputable to shares human norms of conduct. (...) Observance of norms leads people into patterns of behavior. Our own human interests make us ready to look out for patterns of the kind that connect to expectations and judgment of our fellow humans rather than other kinds, when we are engaging in ordinary practical life rather than abstract scientific inquiry about it. We do not merely observe, but join in (...)”.³⁰

Czy nie jest to właśnie Wittgensteinowskie ‘ślepe kierowanie się regułą’? Kierowanie, w którym nie widzi się reguły, ale widzi się *przez nią*. Omawiając reguły dotyczące prawa własności MacCormick pisze:

“Our perception of the space around us is of land parcelled into plots with houses or shops of farm fields and hill pastures, interspersed with public parks, open highways, and so forth. On the land are things that belong to people”.³¹

zdając się potwierdzać takie rozumienie przez siebie reguł. Są one teraz horyzontem naszego życia, nie tylko jedną z jego części.

Kolejne ważne podobieństwo pojawiają się na etapie rozważań nad ‘formą życia’, która u Wittgensteina stanowi podstawowy kontekst dla gier językowych. Składa się na nią całość uwarunkowań kulturowych społeczeństwa, w którym funkcjonuje język i zasady jego użycia. To właśnie tu należy szukać obecnych u MacCormicka odwołań do kontekstu i ostatecznego celu wszystkich reguł:

“Moreover, practices and institutions always have a context and a ‘point’. The context might be of family life, or of leisure activities, or of work, or of business, or of commerce, or of religion, or of public affairs, or of administering public justice, or the like. The point lies in some structured realization of value in the given context. (...) The framework within which action takes place comes

³⁰ N. MacCormick, op. cit., s. 323.

³¹ Tamże, s. 325.

to be recognized as a social reality without losing its essentially normative context.”³²

Czy Wittgenstein mógł myśleć o czymś innym, gdy mówił o praktyce społecznej jako jedynym możliwym źródle uzasadnienia wszystkich norm? I nie tylko norm, lecz wszelkiego racjonalnego zachowania.

Oczywiście nie można pominąć różnic, między tymi dwoma koncepcjami. Reguły u MacCormicka można i czasem trzeba interpretować. Dzieje się tak szczególnie w momencie konfliktów norm pochodzących z różnych sfer życia osoby, która powinna się im podporządkować. U Wittgensteina natomiast problem konfliktu reguł w ogóle się nie pojawia – jedyne z czym mamy do czynienia w *Dociekaniach filozoficznych* to konflikt sposobów ich uzasadniania. Wittgenstein nie zajmuje się również poszukiwaniem innego niż wynikającego z istnienia pewnych praktyk społecznych autorytetu norm. Jak jednak już wyżej wspomniałam, wydaje się, że również MacCormick właśnie do takiej ‘oddolnej’ legitymizacji zasad przykłada największą wagę, nadanie im zaś charakteru norm prawnych uznaje za wtórne wobec faktu przyjęcia i stosowania ich przez daną wspólnotę. Nie istnieje także u austriackiego filozofa żadna, przynajmniej wyrażona *explicite*, hierarchia norm, choć można by się na pewno zastanawiać, czy nie dałoby się nadać wagi ‘norm konstytucyjnych’ zasadom, które wyróżniają naszą formę życia z innych. Jak jednak pisałam w swojej wcześniejszej pracy, pojęcie formy życia jest u Wittgensteina tak enigmatyczne, że trudno jednoznacznie stwierdzić, czy nieprzekraczalna przepaść jaka dzieli te formy, ma charakter czysto biologiczny, czy też zależy właśnie również od jakiegoś systemu normatywnego, choćby bardzo prymitywnego, wewnątrz którego funkcjonują członkowie danej wspólnoty. Jeśli by przyjąć tę ostatnią tezę, podobieństwa między omawianymi koncepcjami znów okażą się silniejsze niż różnice. Te uwagi na pewno nie wyczerpują tematu, jednak są dobrym punktem wyjścia do dyskusji z obecną u pewnych autorów³³ tezą, że do Wittgensteina w naukach prawnych nie ma co sięgać.

³² Tamże, s. 323.

³³ S. Hershovitz, *Wittgenstein on Rules: The Phantom Menace*, “Oxford Journal of Legal Studies”, Vol. 22 (2002), s. 619-640.

The genesis and contemporary shape of the solution to the problem ‘should’ – ‘is’ in philosophy and law

Summary

The problem of impossibility of translating descriptive sentences into ought sentences was first formulated by David Hume in his *Treatise of human nature* and it has been one of the most vividly discussed issue in the metaethics until today. In the first part of this paper I try to present clearly the abovementioned problem and show legal positivism as a school of thought based on the titular dichotomy. Next, I investigate how modern linguistic analysis helps to close the divide between irreconcilable words of facts and duties. My considerations in that part are grounded on the ideas of J.L. Austin, J. Searle and G.E.M. Anscombe. The achievements of these authors were originatively used by N. MacCormick in the domain of legal theory. MacCormick abandons positivistic paradigm and replaces it with the theory of law as institutional fact. At the end of this paper, I demonstrate the proximity between the idea of MacCormick and the late philosophy of L. Wittgenstein, the latter being the prolific source of considerations about the relation between language and law both for contemporary jurists and philosophers.

Magdalena Kolczyńska

Absolwentka prawa i filozofii w ramach Międzywydziałowych Indywidualnych Studiów Humanistycznych na Uniwersytecie Warszawskim. Doktorantka w Katedrze Teorii i Filozofii Prawa na Wydziale Prawa i Administracji na Uniwersytecie Łódzkim.