

Studia PRAWNICZE

----- Zeszyt 1-2(179-180) 2009

Warszawa 2009

Tomasz Pietrzykowski ■

JOHN R. SEARLE I ONTOLOGIA PRAWA

L Wstęp

Prawo jest elementem rzeczywistości społecznej. Ta zaś stała się w ostatnich dekadach przedmiotem intensywnych dociekań filozoficznych. Ich efekty pozwalają na to, aby w nowym świetle spojrzeć na wiele problemów doniosłych dla zrozumienia porządku prawnego i jego funkcjonowania. Można nawet zaryzykować tezę, iż z prowadzonej od pewnego czasu dyskusji, której istotnym punktem jest ukazanie się „Konstrukcji rzeczywistości społecznej” Johna R. Searle’a¹ zdają się wyłaniać zręby nowego paradygmatu filozoficznej refleksji nad społecznym poziomem rzeczywistości. W pracy tej Searle stara się w oparciu o wyniki swoich prowadzonych od lat 60-tych badań, w szczególności poświęconych funkcjonowaniu umysłu, świadomości i języka, ułożyć spójny obraz zależności pomiędzy światem obiektów fizycznych, reakcji chemicznych i procesów biologicznych, a światem zjawisk oraz faktów społecznych, kultury i wartości. Wnioski

* Wyrażam serdeczne podziękowania Panu prof. dr. hab. Zygmuntowi Toborowi, Panu prof. dr. hab. Tomaszowi Gizbert-Studnickiemu oraz Panu dr. Andrzejowi Grabowskiemu za szereg cennych uwag, które pozwoliły mi uniknąć wielu błędów i przeoczeń, które znalazły się we wcześniejszych wersjach tekstu.

¹ J. K. Searle, *The Construction of Social Reality*, London-New York 1995.

² Główne prace Searle’a na te tematy to: *Speech Acts* (Cambridge 1969, wyd. polskie *Czynności mowy*, tłum. B. Chwedeńczuk, Warszawa 1987), *Intentionality An Essay in the Philosophy of Mind*, Cambridge 1983, *Minds, Brains and Science*, Cambridge 1984 (wyd. polskie *Umysł, mózg i nauka*, tłum. J. Bobryk, Warszawa 1995), *The Rediscovery of the Mind* (Cambridge Mass-London 1992, wyd. Polskie *Umysł na nowo odkryty*, Warszawa 1998).

i spostrzeżenia formułowane w ramach tej dyskusji powinny znaleźć stosowne miejsce w myśleniu prawniczym także w naszej rodzimej nauce prawa, i to nie tylko w kręgach teoretyków i filozofów prawa. Ów tworzący się w ten sposób paradygmat ma bowiem - z punktu widzenia prawnika - co najmniej dwie istotne zalety. Po pierwsze, opiera się na bardzo ostrożnych założeniach filozoficznych, nie wymagających odrzucenia czy zasadniczej rewizji tych przekonań, na których opiera się praktyczny dyskurs prawniczy. Fundamentalnym założeniem J. Searle'a jest bowiem afirmacja „oświeceniowego” poglądu na świat opartego na przekonaniu o obiektywnym istnieniu rzeczywistości, wiarygodności jej poznania naukowego oraz klasycznej, korespondencyjnej teorii prawdy. Jest to więc obraz świata zasadniczo zbieżny z tym, jaki przyjmowany jest w dogmatykach prawniczych i praktyce prawa, w której rozumowania budowane są na ogół właśnie na gruncie tego rodzaju „zdroworozsądkowych” założeń na temat rzeczywistości i prawdziwości dotyczących jej sądów. Niewątpliwą zaletą koncepcji Searle'a jest z tego punktu widzenia filozoficzna obrona i rehabilitacja takiej właśnie wizji świata i sposób jego poznania.³ Searle uznaje, że nasza wiedza o świecie dostarczana dzięki postępom nauki nie tylko pozwala, ale wręcz zmusza, aby filozofia porzuciła swą, dominującą od czasów Kartezjusza, „epistemologiczną obsesję”, w wyniku której koncentrowała swój wysiłek na pytaniu czy w ogóle, a jeśli tak - to

w jaki sposób możliwa jest jakakolwiek wiedza⁴. Dokonania współczesnej fizyki, chemii, biologii czy nauk kognitywnych nie pozostawiają już możliwości racjonalnego wątplenia w wartość i wiarygodność wiedzy o człowieku, procesach życiowych czy wszechświecie, jaką dzięki nim osiągnęliśmy i wciąż poszerzamy. Epistemo- logiczny sceptycyzm nie tyle zostaje więc obalony, ile staje się czymś w rodzaju słynnych starożytnych „paradoksów Zenona” kwestionujących możliwość jakiegokolwiek ruchu, traktowanych jako swego rodzaju historyczna czy logiczna ciekawostka, a nie centralny problemu filozofii prowadzący do realnych wątpliwości co do tego, czy cokolwiek na świecie może się naprawdę poruszyć. Wiedza uzyskiwana dzięki osiągnięciom nauki jest, zdaniem Searle'a, nie tylko zasadniczo

Już po *The Construction of Social Reality*, wydane zostały m.in. *Mind, Language and Society. Philosophy in the Mirror of Science*, London 1998 (wyd. polskie *Język, umysł, społeczeństwo. Filozofia a rzeczywistość*, tłum. D. Cieśla, Warszawa 1999); *Rationality in Action*, Cambridge Mass-London 2001 oraz *Freedom & Neurobiology. Reflections on Free Will, Language and Political Power*, New York 2007.

³ Zob. J. Searle, *Język, umysł, społeczeństwo*, s. 43 i nn.; szersze uzasadnienie tych założeń i krytyka argumentów mających stanowić ich podważenie zob. *The Construction of Social Reality*, s. 149 i nn.

⁴ Idem, *The Future of Philosophy*, Philosophical Transactions of the Royal Society series B, London no. 354 (1999), s. 2069 i nn.

wiarygodna, ale umożliwia podjęcie próby rozwiązania niektórych problemów filozoficznych, które wcześniej owiane były mgłą tajemniczości czy wręcz mistycyzmu i skazane na mniej czy bardziej trzymające się ziemi spekulacje. Jednym z tego rodzaju problemów jest właśnie natura rzeczywistości społecznej (jak określa to Searle - jej „struktura logiczna”). Należą do niej zjawiska, które choć powstają z udziałem i niejako na gruncie faktów charakteryzujących się takimi czy innymi fizycznymi, chemicznymi czy biologicznymi własnościami, to jednak nie poddają się wyjaśnieniu jedynie w ich kategoriach. Zasadniczym przedmiotem dociekań Searle’a jest zatem to, w jaki sposób na gruncie obrazu świata jaki wyłania się dzięki osiągnięciom nauk ścisłych, złożonego z różnego rodzaju cząstek, sił, oddziaływań czy pól możliwe jest powstawanie tak odmiennych faktów, jak wybory prezydenckie, pieniądze, przyjęcia, koncerty, ligi piłkarskie, weksle, giełdy czy instrumenty pochodne. Jest to więc niezwykle potrzebna prawnikowi refleksja nad usytuowaniem zjawisk prawnych w ramach rzeczywistości społecznej, a tej zaś - w ramach obrazu świata opisywanego językiem fizyki, chemii, biologii stanowiących w coraz większym stopniu fundament gmachu współczesnej wiedzy.

II. Intencjonalność i nadawanie funkcji

Jak wspomniano, punktem wyjścia rozumowania Searle’a jest przekonanie, że rzeczywistość wokół nas jest mniej więcej taka jaką ją postrzegamy, a zasadniczo wiarygodnej wiedzy na jej temat dostarczają nam nauki ścisłe. Te jednak zdolne są opisać i wyjaśnić specyfikę istnienia planet, lasów, deszczów czy innych „surowych” (*brute*) faktów przyrodniczych. W ich kategoriach nie da się jednak uchwycić tego rodzaju zjawisk jak aukcje dzieł sztuki, uniwersytety, tytuły szlacheckie, kredyty czy mecze piłki nożnej. Każdy z nas wie, że numer jego dowodu osobistego, paszportu, wysokość jego zarobków, warunki na jakich jest zatrudniony, zobowiązania jakie na nim ciążyą, wyniki totolotka, wyborów czy rozgrywek piłkarskich stanowią w naszym życiu fakty nie mniej realne i „obiektywne” niż zmiany pogody bądź pory dnia. Do wyjaśnienia w jaki sposób na gruncie rzeczywistości surowych faktów przyrodniczych dochodzi do powstania faktów tak odmiennych od nich, a nie mniej „obiektywnych” zjawisk społecznych potrzebne są - zdaniem Searle’a trzy pojęcia. Są nimi - intencjonalność (w tym intencjonalność kolektywna), nadawanie funkcji oraz reguły konstytutywne.

Przede wszystkim należy dostrzec, że specyfiką niektórych faktów jest to, że ich istnienie jest zależne od świadomości. Gdyby na świecie nie istniała żadna świadoma istota pogoda mogłaby zmieniać się nadal, podobnie jak pory dnia, nie mogłyby jednak istnieć ani dowody osobiste, ani wybory, ani też (czego zapewne

nie każdy by żałował) rozgrywki piłkarskie. Istnienie świadomości jako pewnej własności neurobiologicznych procesów zachodzących w mózgach niektórych organizmów stanowi samo fakt biologiczny którego bliższym wyjaśnieniem zajmują się nauki kognitywne.⁵ Jednym z rodzajów stanów świadomości są tzw. przeżycia (stany) intencjonalne. Ich cechą jest to, że odnoszą się do obiektów, które są wobec nich (owych przeżyć) zewnętrzne. Stany intencjonalne, w tradycyjnym techniczno-filozoficznym ujęciu (jakim posługuje się Searle), to takie, które *odnoszą się* do czegoś poza nimi samymi, są „o czymś”. Chęć wypicia szklanki wody jest stanem intencjonalnym, podobnie jak żal, że nie nauczyliśmy się *języka japońskiego*. Stanami intencjonalnymi są m.in. przekonania - są one bowiem przekonaniem *o czymś*, nadzieje - bo są nadzieją *na coś*, dążenia - są bowiem dążeniami *do czegoś*, itd. Intencjonalność przeżyć jest zjawiskiem biologicznym, cechą umysłu wykształconą u niektórych organizmów w wyniku różnego rodzaju procesów ewolucyjnych. Oczywiście działania w potocznym rozumieniu tego słowa „intencjonalne”, tj. takie które są zamierzone, stanowią przedmiot czyjeś „intencji” (woli) stanowią jeden, ale tylko jeden, z wielu rozmaitych przypadków intencjonalności w jej szerokim rozumieniu. Nie wszystkie stany świadomości mają charakter intencjonalny (np. radość lub smutek nie muszą mieć charakteru intencjonalnego, mogą być po prostu odczuciami nie związanymi z żadnym zewnętrznym wobec nich obiektem). Jednocześnie intencjonalność przeżyć umożliwia nawiązanie relacji pomiędzy umysłem a światem, a relacja ta może mieć różny „kierunek dopasowania” (odpowiedniości). Różne typy stanów intencjonalnych mogą zmierzać albo do tego, aby zawartość przeżycia odzwierciedlała jakiś fragment zewnętrznej rzeczywistości (np. przekonania, przewidywania lub wspomnienia), zaś inne, aby to ów fragment rzeczywistości zewnętrznej odpowiadał treści przeżycia (np. pragnienia, oczekiwania, życzenia etc.). Niektóre przeżycia intencjonalne nie mają żadnego kierunku dopasowania (np. miłość lub nienawiść do kogoś), inne zakładają już pewną zbieżność pomiędzy swoją treścią a stanem zewnętrznym (np. odczucie radości, przykrości lub żalu z powodu czegoś co się stało). Tym co naj-

⁵ Tzw. *cognitive sciences* stanowi rozwijający się intensywnie od połowy XX w. obszar badań nad naturą i działaniem umysłu, o charakterze interdyscyplinarnym obejmującym zarówno psychologię, jak i neurobiologię, lingwistykę czy antropologię, ze szczególnym uwzględnieniem badań nad sztuczną inteligencją (zob. np. hasło *Cognitive Science* [w:] *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <http://plato.stanford.edu/entries/cognitive-science/>, 26.11.2008).

⁶ Kierunek dopasowania stanów intencjonalnych (umysł-swiat) znajduje następnie odzwierciedlenie w kierunku odpowiedniości aktów mowy (np. stwierdzenia mają zawierać sąd odpowiadający rzeczywistości, zaś dyrektywy wzorzec, do której dopasowana ma zostać rzeczywistość). Obok tego istnieją zarówno akty mowy mające podwójny kierunek odpowiedniości, jak i takie, które nie mają go w ogóle (zob. A. Grabowski, *Judicial Argumentation and Pragmatics*, Kraków 1999, s. 42 i nn.).

istotniejsze dla świata społecznego, to fakt, że intencjonalność może mieć - zdaniem Searle'a - charakter kolektywny. Polega ona na wspólnym odnoszeniu się w określony sposób do rzeczywistości, gdy określone postawy lub działania traktowane są jako „nasze”, a nie „moje i innych”. Tego rodzaju kolektywna intencjonalność obejmować i umożliwiać ma różnorodne zjawiska od chociażby wspólnych polowań (łapiemy mamuta) po koncerty orkiestry symfonicznej (odgrywamy sonatę), rozgrywki sportowe (gramy w piłkę nożną), a nawet randkę czy spacer etc. Searle odrzuca możliwość i zasadność redukcji intencjonalności kolektywnej do jakiejś formy współwystępowania w czasie i współzależności szeregu indywidualnych intencjonalności uczestników danego faktu. Jego zdaniem w sytuacjach kolektywnej intencjonalności - rozumianej jako poczucie czynienia (pragnienia, wierzenia, uznawania) czegoś wspólnie, to właśnie indywidualne intencjonalności osób należących do danej grupy mają charakter pochodny i wtórny (każdy z uczestników ma szereg przeżyć intencjonalnych dotyczących własnych działań jako części tego, co odbiera i traktuje jako zdarzenie wspólne). Zjawisko kolektywnej intencjonalności - w opinii Searle'a - „jest daną biologiczną”, powstającą na gruncie świadomości nie tylko ludzi, ale także innych gatunków zwierząt zdolnych do zachowań społecznych. Nie oznacza to, że zjawisko kolektywnej intencjonalności miałoby pociągać za sobą jakiekolwiek tezy ontologiczne w rodzaju istnienia jakiś kolektywnych, ponadindywidualnych bytów. Searle tego rodzaju

⁷ Searle skłonny jest definiować „fakty społeczne” właśnie jako działania podejmowane przez osoby kierujące się kolektywną intencjonalnością. Zbliżone pod tym względem ujęcie „faktów społecznych” jako angażujących „podmiot zbiorowy” (*plural subject*) tworzony przez „wspólne zaangażowanie” (*joint commitment*) uczestników zob. M. Gilbert, *Social Facts*, Princeton NJ 1992, *passim*; Szczególny rozgłos i uznanie uzyskała zwłaszcza przeprowadzona przez tę autorkę błyskotliwa analiza „spaceru” jako faktu społecznego wyjaśnianego w kategoriach podmiotu zbiorowego. Por. idem. *Walking Together. A paradigmatic social phenomenon* [w:] idem, *Living Together. Rationality, Sociality & Obligation*, Lanham- Boulder 1996, s. 177 i n.; na temat tej interesującej dyskusji por. także M. Bratman, *Shared Intention*, *Ethics* vol. 104 (2003), No. 1, s. 97 i nn.; D. Velleman, *How to share an intention?*, *Philosophy and Phenomenological Research* vol. 57, No 1 (1997), s. 29 i nn.; B. Wilkins, *Joint Commitment*, *Journal of Ethics*, vol. 6 (2002), s. 145 i nn.

⁸ W szczególności rozważa on i odrzuca najbardziej popularną alternatywę wobec jego stanowiska polegającą na redukcji „kolektywnej intencjonalności” do zbioru indywidualnych przeżyć każdego uczestnika uzupełnionych wzajemnymi przekonaniem (*mutual belief*) na temat swoich przeżyć żywionymi przez wszystkich uczestników. Zamiast przeżycia „my czynimy X” mielibyśmy więc do czynienia z przeżyciami typu „ja czynię X i wiem że B też czyni X, a zarazem B wie, że ja czynię X i że wiem, że B czyni X i wiem, że B wie, że ja wiem, że on czyni X, a B wie, że ja wiem, że on wie... itd.”. Na pojęciu „*mutual belief*” czy „*mutual knowledge*” budowane są klasyczne filozoficzne ujęcia konwencji społecznych (np. D. Lewis, *Convention. A Philosophical Study*, Oxford 2002, s. 52 i nn.)

przypuszczenia w sposób stanowczy odrzuca. Nie istnieją oczywiście żadne „kolektywne umysły”, które miałyby być nosicielami kolektywnej intencjonalności, istnieje ona, podobnie jak intencjonalność indywidualna, jedynie „w głowach” poszczególnych osób, które doznają określonych przeżyć. Jednakże treścią każdego z tych indywidualnych przeżyć jest czynienie czegoś przez „nas” a nie przeze „mnie”, a równocześnie ewentualnie „także przez inne osoby”.

Dzięki istnieniu świadomych stanów intencjonalnych możliwa jest i taka forma odnoszenia się ich do obiektów zewnętrznych (zdarzeń, przedmiotów, osób), która polega na nadawaniu im funkcji. Są one wówczas *traktowane* jako środki do realizacji jakiegoś stanu rzeczy. Kij może służyć (może zostać mu w ten sposób nadana określona funkcja) do strząsania z drzewa owoców, wydłubywania mrówek z mrowiska, podpierania się w czasie marszu lub tłuczenia nim po głowie przeciwnika. Funkcją nałożoną na skalne wgłębienie może być zapewnienie ochrony przed deszczem, na kawałek zwierzęcej skóry - ogrzanie się pod nim w zimną noc, a na liść zerwany z drzewa figowego - zakrywanie nim wstydlivych części ciała. Poprzez nadanie funkcji pewien przedmiot z metalu może „być” śrubokrętem, inny - nożem, kawałek drewna - krzesłem etc. Fakt, że przedmioty te „są” określonymi narzędziami (służą do określonych celów, mają nadaną pewną funkcję) jest faktem ontologicznie subiektywnym, tzn. jego istnienie jest zależne od świadomości. Żaden kawałek drewna, skały, metalu, liść czy patyk nie mógłby „być” odzieniem, bronią, siedziskiem, schronieniem etc. gdyby nie istniały świadome istoty nadające im odpowiednie funkcje (choć oczywiście mogłyby istnieć obiekty potencjalnie nadające się, aby im taką funkcję przypisać). Bywa przy tym tak, że funkcje nadawane są przedmiotom istniejącym niezależnie - np. kamień, może służyć nam „jako” ławka lub „jako” broń, koń „jako” środek transportu, zbocze góry „jako” stok narciarski etc. Częstokroć bywa jednak i tak, że po to, aby dany przedmiot posiadał tego rodzaju własności, które umożliwią mu lepsze spełnianie nałożonej na niego funkcji, musi zostać w tym celu specjalnie wytworzony - jak domy, samochody, pistolety, ubrania etc. Warto zwrócić uwagę na trzy elementy owego „nakładania funkcji”. Po pierwsze, jak wyraźnie podkreśla to Searle, każdy przypadek „posiadania” przez jakiś obiekt określonej funkcji stanowi

⁹ Pod tym względem stanowisko Searle’a różni do M. Gilbert, której pojęcie „podmiotu zbiorowego” wydaje się implikować przekonanie o jego realnym istnieniu wykraczającym poza istnienie podmiotów indywidualnych, które nań się składają (*Social Facts*, s. 199 i n., *Living Together*, s. 263 i n.).

¹⁰ Umiarkowaną krytykę Searle’a kwestionującą możliwość sprowadzenia zjawiska kolektywnej intencjonalności do przeżyć indywidualnych podmiotów przeprowadza A. Meijers, *Can Collective Intentionality be Individualized?*, *American Journal of Economics and Sociology*, vol., no. 1 (2003), s. 167 i nn.

w istocie nałożenie jej przez kogoś - jej użytkownika czy wytwórcę (funkcje są zawsze, jak ujmuje to Searle, „*agent-relative*”). Nałożenie funkcji polega na przypisaniu przedmiotowi lub działaniu określonego celu, każda funkcja zakłada *eo ipso* pewną teleologię oraz posiadanie przez obiekt własności które przyczynowo zdolne są do zrealizowania przypisanego mu celu. Nawet w sytuacji, gdy np. mówimy, że funkcją serca jest przetaczanie krwi, ta jego „funkcja” nie jest naturalna w tym sensie, że jej przypisywanie zakłada określony cel i określone wartościowania. W ten sposób serce nie tylko *de facto* przetacza krew, ale jest *po to*, aby ją przetaczać. Dochodzi zatem do wartościującego wyróżnienia jednego z rozmaitych skutków przyczynowo wywoływanych działaniem tego organu. Nie mówimy więc, że funkcją serca jest np. wydawanie rytmicznego dźwięku, funkcją muchomorów - trucie, prądu lub piorunów śmiertelne rażenie ludzi, a samochodu - emitowanie spalin. Po drugie - czasem może dochodzić także do przypisania obiektowi odmiennej funkcji przez jego użytkownika względem tej, która została mu przypisana przez jego wytwórcę. Mogę np. używać talerzyka „jako” popielniczki lub krzesła „jako” wieszaka do ubrań etc. Po trzecie zaś, co jest niezwykle istotne dla dalszych rozważań - przypisanie przedmiotowi określonej funkcji, np. popielniczki dzieli w istocie bardzo niewielką przestrzeń od *traktowania* go „jako X”, a w wyniku tego, jego „*bycia* X”. Uważam, że określony przedmiot *jest* popielniczką, bo wiem (a w każdym razie sądzę), że taka właśnie funkcja została mu nadana i dlatego został wyposażony w cechy przydatne do używania go w tym charakterze, a tym samym jego wytwórca oczekiwał, że będzie on przez jego użytkowników *traktowany jako* popielniczka. Zauważmy, że w tego rodzaju sytuacjach mamy do czynienia na ogół z nadawaniem funkcji poprzez kolektywną raczej, niż indywidualną intencjonalność. Pewne przedmioty traktujemy jako łopaty, samochody, dworce kolejowe, muzea, ustawy, wakacje etc. Dość wyraźnie kontrastują z tym sytuacje, gdy dochodzi do nałożenia przez kogoś (intencjonalność indywidualna) odmiennej lub szczególnej funkcji przedmiotowi, któremu jej na ogół nie nadajemy (np. „ten talerzyk jest moją popielniczką”, „ta waza jest naszą pamiątką rodzinną”).

III. Funkcje statusowe

Funkcje nadawane są przedmiotom przede wszystkim ze względu na ich cechy, które umożliwiają używanie ich do określonych celów. Patyk może pełnić funkcję narzędzia dzięki np. temu, że ma odpowiednią długość i jest sztywny. Owoce mogą pełnić funkcję pożywienia ze względu na skład chemiczny i dostępność, koń lub samochód - funkcję środka transportu ze względu na to, że zdolny

jest do przemieszczania się z określoną prędkością. Może jednak zdarzyć się i tak, a zmianę tę uważa Searle za wynalazek „naprawdę oddzielający rozwój człowieka od innych zwierząt”, że określone przedmioty mogą pełnić przypisaną im funkcję nie dzięki faktycznie posiadanym przez nie cechom, ale dzięki ogólnemu (o charakterze kolektywnej intencjonalności) uznaniu, że pełnią one przypisaną im funkcję. Ulubionym i wielokrotnie podawanym przez Searle’a przykładem tego zjawiska może być hipotetyczny mur graniczny wzniesiony przez dwie sąsiadujące ze sobą społeczności. Pełni on swą funkcję zapobieżenia przekraczaniu granicy dzięki posiadanym własnościom fizycznym (jest wysoki i wytrzymały). Jednakże - kontynuuje Searle - wyobraźmy sobie, że po bardzo długim czasie solidny niegdyś mur zmurszał, porozsypywał się i pozostały po nim jedynie niewielkie pozostałości - powiedzmy rząd kamieni. Jeśli obydwie społeczności nadal uważają, że owa linia „oznacza” miejsce, którego *nie należy* przekraczać mamy do czynienia z ową subtelną, acz rewolucyjną zmianą. Pozostałości po murze pełnią swoją funkcję nie dzięki swoim fizycznym cechom, ale poprzez przekonanie społeczności żyjących po obydwu jego stronach, że stanowi on linię, której nie powinno się przekraczać. W tego typu sytuacjach pełnienie przypisanej danemu obiektowi funkcji jest możliwe tylko dzięki uznaniu go za pełniący tę właśnie funkcję. Nie posiada on (choć być może kiedyś tak było) własności fizycznych dzięki którym mógłby on pełnić tę funkcję niezależnie od dotyczących go przekonań i postaw jego „użytkowników”. Jednak pełni ją dzięki temu, że uznawany jest przez nich za posiadający pewien status, a status ten traktowany jest jako wskazujący pewne związane z nim sposoby zachowań. Status taki ma więc charakter samoodnoszący (autoreferencjalny), to znaczy posiadają go te obiekty o których uważamy, że go posiadają i oznacza on to, co uważamy, że oznacza. Funkcje statusowe często mają swoje korzenie w „zwykłych” funkcjach spełnianych dzięki własnościom fizycznym obiektów którym były nadawane. Dobrymi przykładami tego rodzaju ewolucji mogą być chociażby pieniądze lub przywódcy. Początkowo monety miały wartość kruszcu z którego były bite, a zatem pełniły swoją funkcję dzięki temu, z czego były zrobione (swojej fizycznej własności). Jednakże z biegiem czasu w obiegu znalazły się kwity uprawniające do odbioru odpowiedniej ilości kruszcu z banku, dzięki czemu nie było konieczności posługiwania się

¹¹ Różnica ta jest mniej więcej taka jak pomiędzy szlabanem zagrażającym wjazd, a znakiem zakazu, który nie pełni funkcji (uniemożliwiania wjazdu) dzięki swoim fizycznym własnościom, ale dzięki akceptowaniu jego funkcji uniemożliwiającej wjazd.

¹² Inna sprawa, że było to możliwe dzięki temu, że złoto uważane było (i jest) za szczególnie wartościowy i pożądaný kruszec, w tym sensie owa fizyczna własność także była w stanie spełniać tę rolę dzięki uważaniu pewnej substancji za cenną.

w obrocie wprost złotem czy srebrem. W wyniku - jak pisze Searle „jakiegoś błysku geniuszu” - ktoś wpadł na pomysł, że można wypuszczać do obiegu więcej kwitów uprawniających do odbioru z banku odpowiedniej ilości kruszcu, niż wynosi rzeczywista ilość zdeponowanego w nim kruszcu. Kolejny „błysł geniuszu” zaowocował ostatecznie ideą „zapomnijmy o kruszcu, poprzestańmy na samych kwitach”. W ten sposób „zwykła” funkcja środka wymiany dóbr, jakim był cenny kruszec zaczęła być pełniona w sposób symboliczny, konwencjonalny. Banknoty i monety *reprezentują* bowiem pewną wartość jedynie poprzez powszechną akceptację, że akurat tego, a nie innego rodzaju kawałki papieru lub metalu posiadają akurat taką, a nie inną wartość. Można zatem powiedzieć, że w tym sensie współczesne banknoty przypominają ów rząd kamieni stanowiący „granicę” dzielącą hipotetyczne społeczności z przykładu Searle’a. Podobnie rzecz się ma z przywódcą religijnym - dla kogoś kto nie dopatruje się jego umocowania w boskim namaszczeniu (a więc pewnej, „obiektywnie” posiadanej przez niego cesze) jasnym jest, że mogą oni pełnić nałożoną na nich funkcję jedynie dzięki temu, że są w tej roli uznawani przez wiernych, a ich status łączony z przypisywaniem im określonych uprawnień. Nie inaczej jest z monarchami - niegdyś władającymi dzięki podbojom drużyn rycerzy czy wojów, obecnie - dzięki powszechnemu uznaniu ich władzy, praw do tronu i zakresu kompetencji. Arystokracja nie jest - jak już dziś wiadomo - kwestią posiadania przez pewną grupę ludzi „błękitnej krwi” (a więc specyficznych własności dzięki którym pełnią określoną funkcję społeczną), a przypisywania im pewnego szczególnego statusu oraz przekonania, że z posiadania tego statusu wynikają pewne konsekwencje. Podobnie w przypadku sędziego piłkarskiego, bokserkiego czy konstytucyjnego, dyrygenta, kolejarza, biletera, przewodniczącego czy prezesa. Ich zdolność do wykonywania przypisywanej im funkcji bierze się z uznania, że oni właśnie pełnią tę funkcję, a posiadanie przez nich takiego statusu wymaga odpowiedniego postępowania po stronie innych (np. podporządkowania się gwizdkowi sędziego lub ruchowi ręki dyrygenta). Skoro więc istnieją tego rodzaju funkcje, których wypełnianie staje się kwestią przyznania danemu obiektowi statusu z posiadaniem którego wiąże się wykonywanie danej funkcji, trudno się dziwić, że w tego rodzaju przypadkach

¹³ Oczywiście często określony status nadawany jest ze względu na posiadanie określonych cech, jednakże same one samoczynnie nie nadają nikomu tego rodzaju statusu. Wybieramy premierów, ministrów, profesorów, małżonków czy przyjaciół *ex hypothesi* ze względu na pewne posiadane przez te osoby cechy. Jednakże nie one przesądają o tym, że ktoś *jest* premierem, ministrem czy profesorem lecz to, czy jest za niego uznawany (czy można być premierem jeśli *nikt* nie uważałby danej osoby za premiera? czy może istnieć przyjaźń, jeśli przyjaciele nie *traktują* się jako przyjaciele etc.).

funkcja wiązana jest raczej z samym statusem, a nie konkretnym jego „nosicielem”. Konsekwencje bycia świątynią czy szkołą wyższą wynikają ze statusu nadanego określonemu budynkowi, a nie z samym budynkiem (jej „zniesienie” oznacza, że konsekwencje nie są już z nim związane mimo, że „fizycznie” nie zachodzi w nim jakakolwiek zmiana). Tego rodzaju funkcje, których realizacja jest możliwa nie wskutek naturalnych własności obiektu na który są nakładane, ale dzięki uznawaniu go za pełniący daną funkcję i wynikającym z tego odpowiednim postawom nazywa Searle - „funkcjami statusowymi”. Najbardziej elementarnym przykładem nakładania na przedmioty lub zdarzenia funkcji statusowych jest oczywiście język. Pewne dźwięki lub znaki nie mogą pełnić funkcji słów mających takie czy inne znaczenie dzięki swoim szczególnym własnościom fonetycznym czy graficznym, ale dzięki temu, że powszechnie akceptujemy je „jako” reprezentujące określone znaczenia słowa, zdania czy akty mowy. Warto także zauważyć, że dzięki temu dochodzi tu do pojawienia się tzw. wtórnej (zewnętrznej) intencjonalności. Linie i plamy na papierze lub określony rodzaj fal akustycznych same w sobie nie są oczywiście zjawiskami o charakterze intencjonalnym. To wewnętrzna intencjonalność (stanów umysłowych) może dopiero *nadać* pewnym konfiguracjom kropek, kresek czy dźwięków ich własną - wtórną niejako - intencjonalność. Nadanie im funkcji „reprezentowania” określonych obiektów sprawia, że *odnoszą się* one do czegoś poza nimi samymi. Nie tylko słowa, zdania, akty mowy, znaki drogowe czy sygnały s.o.s. stanowią przykłady działania funkcji statusowych. Także arystokraci, święta, ministrowie, organy promulgacyjne, taksówki, gole, boiska, indeksy, pisma procesowe - to określone przedmioty lub zdarzenia którym nadawana jest szczególna funkcja, którą są one w stanie spełniać nie dzięki swoim „naturalnym” własnościom, ale dzięki temu, że są traktowane jako obiekty pełniące tę właśnie funkcję.

IV. Reguły konstytutywne

Dzięki kolektywnej intencjonalności oraz nadawaniu funkcji określonym obiektom nadawany jest pewien dodatkowy, konwencjonalny status, z którym związane są określone konsekwencje umożliwiające mu pełnienie przypisanej im funkcji. Tego rodzaju funkcja statusowa nadawana być może osobom (urzędnicy, studenci, przyjaciele, małżonkowie, obywatele), przedmiotom (siedziba Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego, nieruchomości, biblioteka publiczna) czy zdarzeniom (posiedzenie zarządu, przyjęcie urodzinowe, klęska żywiołowa, demonstracja polityczna, konferencja naukowa). W każdym z tych przypadków pewne fakty „surowe” (przedmioty, ruchy, dźwięki, istoty ludzkie) uzyskują

dodatkowy, nie posiadany samoistnie status. Mamy zatem do czynienia z pewnym nowym, szczególnego rodzaju faktem, którego specyfiką jest to, że istnieje jedynie wówczas, gdy jest uznawany za istniejący. W tym sensie ma on charakter ontologicznie subiektywny (jego istnienie jest bowiem uzależnione od postaw czy przekonań podmiotów).¹⁴ Struktura takich faktów, nazywanych przez Searle'a za Elisabeth Anscombe, faktami „instytucjonalnymi” może zostać przedstawiona w postaci stosunkowo prostej formuły, którą Searle nazywa „regułą konstytutywną” takiego faktu:

X (w okolicznościach O) liczy się jako Y.

Od posłużenia się przez Searle'a po raz pierwszy (w latach 60-tych) pojęciem reguły konstytutywnej stało się ono przedmiotem szerokiej i trwającej wiele lat dyskusji, która znalazła wyraz także w polskiej literaturze prawniczej. Choć bynajmniej nie skłoniła ona Searle'a do wycofania się z przedstawionego przed pół wiekiem pojęcia reguły konstytutywnej, wydaje się, że obecnie inaczej nieco traktuje on relację słynnej już formuły „X liczy się jako Y” do powstawania i istnienia faktów instytucjonalnych. Mianowicie podkreśla on, że reguła konstytutywna w postaci *X liczy się jako Y* stanowi jedynie „użyteczną formułę mnemotechniczną” przypominającą o istocie i „strukturze logicznej” faktów instytucjonalnych polegającej na ich zależności od *traktowania* faktów surowych jako posiadających określoną funkcję statusową. Reguła ta ma jednak charakter tylko pewnego schematu, podczas gdy rzeczywiste powstawanie, funkcjonowanie i znoszenie faktów instytucjonalnych poddane jest na ogół regulacji bardzo nieraz złożonych i obszernych

¹⁴ Czy fakty tego rodzaju mają natomiast charakter obiektywny w sensie epistemologicznym (tzn. czy możliwe jest poznanie go lub przynajmniej stwierdzenie jego istnienia w sposób niewymagający zaangażowania własnych wartościowań podmiotu poznającego) wydaje się kwestią sporną i złożoną. Wydaje się jednak bezsporne, że stwierdzenie istnienia tego rodzaju faktów prawnych co najmniej niekiedy bywa uzależniane do różnego rodzaju ocen (por. T. Gizbert-Studnicki, *O pewnych osobliwościach stwierdzeń faktycznych sądu w procesie cywilnym*, *Studia Cywilistyczne* t. XXIV Warszawa-Kraków 1974, s. 131 i nn.). Szersze omówienie tej problematyki pozostawić muszę jednak na inną okazję.

¹⁵ Por. zwłaszcza S. Czepita, *Reguły konstytutywne a zagadnienia prawoznawstwa*, Szczecin 1996; T. Gizbert-Studnicki, *Ujęcie instytucjonalne w teorii prawa* [w:] J. Stelmach (red.) *Studia z filozofii prawa. Seria pierwsza*, Kraków 2001, s. 123 i nn.; Formuła „X counts as Y in the context Z” bywa tłumaczona na język polski bądź jako „X liczy się jako Y w okolicznościach Z” (T. Gizbert-Studnicki), „X uchodzi za Y w okolicznościach Z” (B. Chwedeńczuk, S. Czepita), bądź też „X jest uznawane za Y” (D. Cieśla). Biorąc pod uwagę rolę, jaką spełnia relacja wyznaczana przez regułę konstytutywną i jej ontologiczne implikacje, zdecydowanie bardziej trafne wydaje mi się pierwsze z tych sposobów tłumaczeń. Chodzi bowiem właśnie nie o to, że X jedynie „uchodzi” za Y, nie będąc „w rzeczywistości” Y, ale o to, że ponieważ X „liczy się” jako Y to X „rzeczywiście jest” Y.

kompleksów reguł, które można by nazwać „merytorycznymi”.¹⁶ Pewne zdarzenia liczą się jako „mecz piłki nożnej”, „proces karny”, „msza święta”, „posiedzenie zarządu”, „wesele” etc. choć nie dlatego, że wprost została ustanowiona (czy nawet jedynie jakoś formalnie wyartykułowana) reguła wskazująca co i w jakich okolicznościach *Uczy się* jako owe fakty. Reguła konstytutywna stanowić może i na ogół stanowi pochodną wielu reguł określających kto, w jakich okolicznościach, jak powinien się zachować, oraz jakie z zachowań takich wynikać mają konsekwencje. Ze względu na często niesformalizowany charakter tych reguł ustalenie w jaki sposób względnie precyzyjnie zrekonstruować to, na czym polega dany fakt instytucjonalny (a zatem zrekonstruować jego regułę konstytutywną, ustalić co i kiedy „liczy się” jako ów fakt) nastroczać może duże trudności i budzić głębokie kontrowersje. Analiza faktów instytucjonalnych i tworzących je funkcji statusowych byłaby przy tym - w opinii Searle’a - w pełni możliwa nawet bez posługiwania się formułą *X Uczy się jako Y* (choć oczywiście jest ona pod wieloma względami użyteczna i obrazowa, oddając prosto i schematycznie sposób powstawania i istnienia faktów instytucjonalnych).

Różnica pomiędzy nadaniem funkcji statusowej (a więc istnieniem określonego faktu instytucjonalnego opartego na pewnej regule konstytutywnej), a zwykłym nazwaniem jakiegoś przedmiotu (*X* jest długopisem, *Y* jest herbatą) leży w tym, że w tym drugim przypadku przedmiot spełnia swoją funkcję jedynie w wyniku swoich posiadanych już samoistnie własności, a nazwanie go niczego do nich - poza nazwą - nie dodaje. Można powiedzieć, że w tych sytuacjach z dodania określonego słowa, określonej „etykiety” nic więcej nie wynika, oczywiście poza możliwością nazywania tego przedmiotu w danym języku. Tymczasem nadanie funkcji statusowej (mającym na ogół także własną nazwę) sprawia, że wynikają z niej konsekwencje o charakterze normatywnym. Z tego, że pewien obiekt jest „kartką papieru” nic nie wynika (jest to „zwykła” nazwa),

¹⁶ N. MacCormick wprowadził tu odróżnienie na reguły instytucyjne, konsekwencyjne i terminatywne (N. MacCormick, O. Weinberger, *Institutional Theory of Law New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht 1986, s. 52 i nn.). W dalszej dyskusji podważano jednak zasadność wyróżniania odrębnej kategorii reguł terminatywnych. Zob. J. Bengoetxea, *Institutions, Legal Theory and EC Law*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, vol. 67 (1991), s. 204-205.

¹⁷ Na gruncie pokrewnej, sformułowanej w polskiej literaturze prawniczej koncepcji czynności konwencjonalnych mówi się tu o regułach konstrukcyjnych (wskazujących jak prawidłowo dokonać danej czynności) oraz regułach konsekwencyjnych (określających skutki jej dokonania). Por. L. Nowak, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, M. Zieliński, *Czynności konwencjonalne w prawie*, Studia Prawnicze z. 33 (1972), s. 73 i nn.

¹⁸ Por. np. odróżnienie „konotacyjnego” i „denotacyjnego” ujęcia reguły konstytutywnej dokonane przez S. Czepitę (*Reguły konstytutywne...*, s. 150 i nn.).

z tego, że jest „aktem notarialnym”, „testamentem”, „uchwałą wspólników”, „biletem wstępu” etc. wynikają oczywiste konsekwencje. „Konstrytuwność” reguł definiujących określone przedmioty, osoby czy zdarzenia jako pewnego nowego rodzaju fakty ma zatem charakter ontologiczny a nie semantyczny. Tworzy bowiem nowy rodzaj faktów, przesądza o tym, że *X staje się Y*, nabywając dzięki temu pewnych odmiennych własności, a nie tylko odnosi się do niego pewne słowo (jak w przypadku „zwykłych” nazw).

Własności dzięki którym Y jest w stanie pełnić przypisywaną mu funkcję statusową mają charakter normatywny. Inaczej mówiąc, sensem owego „bycia Y” oznaczającego w istocie „liczenie się jako Y” a więc „bycie uznawanym za Y” są uprawnienia i obowiązki, jakie wiążane są z posiadaniem takiego statusu przez X. Tym co charakterystyczne dla funkcji statusowych to właśnie, zdaniem Searle’a, określona deontologia - zbiór konsekwencji normatywnych postrzeganych jako następstwo „bycia Y”. W istocie więc bardziej ściśle niż formuła *X liczy się jako Y* ujęcie istoty funkcji statusowej powinno mieć postać:

X liczy się jako Y => Akceptujemy (A ma obowiązek (A czyni Z)) lub
X liczy się jako Y => Akceptujemy (A jest uprawniony (A czyni Z)).

Oczywiście w powyższych formułach istotne jest to, że akceptacja uprawnienia lub obowiązku pewnego podmiotu (A) jest uznawane za następstwo przypisania określonej funkcji statusowej (Y) zdarzeniu, przedmiotowi czy osobie (X). Jeśli pewna kartka papieru (X) liczy się jako „akt notarialny” (Y) wówczas dla wielu podmiotów (A) wynikają z tego rozmaite konsekwencje normatywne (uprawnienia i obowiązki). Podobnie, gdy wypowiedzenie określonych słów (X) „liczy się” jako „wypowiedzenie umowy” (Y) sens nadania tego rodzaju funkcji statusowej sprowadza się do uprawnień i obowiązków, które wynikają z niej dla określonych podmiotów. Jak utrzymuje Searle - zdolność nadawana funkcji

¹⁹ Te konsekwencje bywają opisywane także jako „tworzenie ram postępowania”, „określanie ról i wzorów zachowania się” „tworzenie powiązań pomiędzy jednostką a innymi osobami oraz społeczeństwem”, „ustalaniem kryteriów wartościowania czynności”, „definiowana oczekiwań związanych z rolami społecznymi” etc. Zob. O. Weinberger, *Norm und Institution*, Wien 1988, s. 28-31.

²⁰ W ten sposób koncepcja Searle’a zbliża się (bez jego wiedzy) do poglądów H. Kelsena, który wszelkie „byty” prawne (w tym także „osoby fizyczne” traktowane przez niego jako po prostu pewien rodzaj „osób prawnych”, tzn. podmiotów, którym prawo zarachowuje pewne uprawnienia i obowiązki) traktował jako wiązki uprawnień i obowiązków wynikających z posiadania określonego statusu prawnego. Zob. H. Kelsen, *Czysta teoria prawa. Metoda i pojęcia zasadnicze*, tłum. T. Przeorski, Warszawa 1934, s. 36; idem, *Reine Rechtslehre*, 2 aufl. Wien 1960, s. 172 i nn.; na temat podobieństw i różnic koncepcji Searle’a i Kelsena zob. także P. Comanducci, *Confronting Two Constructivists* [w:] E. Lagerspetz, *On the Nature...*, s. 193 i nn.

statusowych i wynikających z nich „nieinstynktownych racji postępowania” (*desire-independent reasons for action*) stanowi fundament cywilizowanego życia społecznego. Nadanie funkcji statusowej pociąga za sobą obowiązki i uprawnienia będące racjami postępowania, które skłonni jesteśmy uznawać niezależnie od tego, czy i na ile jest to zbieżne z naszymi aktualnymi popędami, chęciami czy dążeniami.²¹ Uznawanie, a co za tym idzie - istnienie tego rodzaju racji - stanowi zdaniem Searle’a - istotę racjonalności praktycznej.

Warto zwrócić uwagę, że fakty instytucjonalne mogą podlegać i podlegają wielokrotnej „iteracji”, tworząc nieraz wielopoziomowe struktury. Jeśli w jednej regule konstytutywnej X liczy się jako Y, ów Y może stać się następnie X w kolejnej regule (wyższego „piętra”). Pewne obiekty mogą liczyć się jako odrębne „nieruchomości”, niektóre z nich z kolei jako „nieruchomości rolne”, te z kolei jako „nieruchomości rolne należące do ANR” etc. W praktyce mamy do czynienia nie tylko z wielopiętrowością funkcji statusowych i nadających je reguł konstytutywnych, ale także ich wzajemnym nakładaniem się i warunkowaniem tworzącymi łącznie złożone struktury faktów i zjawisk społecznych. W ten sposób bycie osobą fizyczną warunkuje bycie stroną umowy czy postępowania, właścicielem nieruchomości, to zaś z kolei - podatnikiem określonego podatku etc. Jednakże odrębną, podstawową, a zarazem niejako podwójną rolę odgrywa tu język. Z jednej strony jest on sam oczywistym i niejako paradygmatycznym wręcz przejawem instytucji opartych na funkcjach statusowych. Reguły semantyczne, syntaktyczne i pragmatyczne danego języka rozstrzygają o tym, że pewne znaki na kartce papieru lub wyartykułowane dźwięki „liczą się” nie tylko jako wypowiedzenie słów w danym języku, te zaś „liczą się” jako dokonanie określonego aktu mowy: stwierdzenia, złożenia przeprosin, wyrażenia życzenia, zadania pytania etc. Mogą one spełniać te funkcje jedynie dzięki uznaniu w danej społeczności, że w pewien sposób (zgodnie z pewnymi regułami) uporządkowane ciągi dźwięków lub kresek uważane są za dokonanie określonego aktu mowy. Z drugiej strony język i dokonywane przy jego pomocy akty mowy umożliwiają tworzenie faktów instytucjonalnych o rozmaitym, pozalingwistycznym już, charakterze. Wyartykułowanie określonego aktu mowy może bowiem liczyć się jako „wyzwanie na pojedynek”, „naruszenie czci”, „podjęcie uchwały wspólników”, „oświadczyzny”, „rezerwacja pokoju w hotelu”, „złożenie życzeń urodzinowych”, „donos” etc. Jak ujmuje to Searle - język stanowi podstawową instytucję społeczną, albowiem jego istnienie nie wymaga istnienia jakichkolwiek innych instytucji, natomiast

²¹ Jeśli np. złożyłem obietnicę aby coś uczynić tworzy to dla mnie rację aby zachować się w ten właśnie sposób niezależnie od tego czy i na ile mam na to akurat ochotę. Zob. szerzej J. Searle, *Rationality in Action*, s. 167 i nn.

wszelkie inne instytucje zakładają istnienie języka²² Warto także zauważyć, że skoro nadanie określonego obiektowi funkcji statusowej nie zmienia niczego w jego fizycznych, chemicznych czy biologicznych własnościach, często aby ułatwić rozpoznanie owego X jako Y, czy wręcz w sformalizowany sposób zaświadczyć o posiadaniu takiego statusu wykształcane są rozmaite „wskaźniki statusu”

- takie jak chociażby pagony, order, togi, mundury, tablice informacyjne, zaświadczenia, wpisy czy inne dokumenty etc. Same będąc faktami instytucjonalnymi pełnią one jednak funkcję wskazywania, jaka funkcja statusowa (a w konsekwencji jakie uprawnienia i obowiązki) nadawana jest obiektowi, którego dotyczą.

Searle jest zdania, że rzeczywistość społeczna stanowi właśnie kompleks tego rodzaju funkcji statusowych i ich reguł konstytutywnych. Opierają się one na regułach językowych i tworzą następnie wielopiętrową sieć wzajemnie nakładających się na siebie instytucji społecznych. Ten sam obiekt fizyczny czy zdarzenie może mieć szereg rozmaitych funkcji statusowych, a tym samym stanowić przedmiot czy element wielu faktów instytucjonalnych. Rzeczywistość tego rodzaju faktów jest znacznie bardziej różnorodna niż fizycznych „surowych” obiektów na gruncie których powstaje. Te same okoliczności, osoby czy przedmioty bywają wszak elementami czy przedmiotami rozmaitych faktów instytucjonalnych. Niezależnie od tego, że faktem może być jednocześnie to, że Jan jest obywatelem, podatnikiem, właścicielem nieruchomości, przyjacielem Pawła, mężem Zofii, poszkodowanym w wypadku samochodowym, ubezpieczonym, członkiem chóru męskiego czy obrońcą w drużynie piłkarskiej, to na poziomie faktów surowych istnieje jeden i ten sam Jan. W ten sposób świat społeczny jest

- by sparafrazować Wittgensteina - „ogółem faktów, nie rzeczy”, fakty te układają się w określone instytucje wraz z odpowiadającymi im postawami czy praktykami społecznymi. Tworząc ostatecznie „ogromną niewidoczną ontologię” świata społecznego, zależną w ostatecznej instancji od tego, w jaki sposób traktujemy i za co uważamy takie czy inne fakty surowe, jakiego rodzaju obowiązki i upraw-

²² W wielu przypadkach akty mowy bywają (w drodze odrębnych reguł konstytutywnych) zastępowane równoznacznymi z nimi czynnościami symbolicznymi (np. gwizdek sędziego, skinienie głową, podniesienie ręki, sygnalizacja drogowa etc.)

²³ Najbardziej gruntowną analizę roli języka dla budowy rzeczywistości faktów instytucjonalnych przedstawia Searle w pracy *Language and Social Ontology, Theory and Society*, vol. 37 (2008), No 5, s. 443 in.

²⁴ „Again when I am alone in my room, that room contains at least the following ‘social objects’: a citizen of the United States, an employee of the State of California, a licensed driver and a taxpayer. How many objects are in the room? There is exactly one: me.” (J. Searle, *Reply to Smith*, 5.302) ; por. też T. Gizbert-Studnicki, *Język prawny a obraz świata* [w:] G. Skąpska (red.) *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie*, Kraków 1992, s. 155 in.

nienia kolektywnie wiążemy z nadawanymi im funkcjami statusowymi. Są one po prostu drugim krańcowym punktem długiego kontinuum rozciągającego się od rzeczywistości cząstek elementarnych, oddziaływań grawitacyjnych, przez góry, jeziora, organizmy i mózgi, po krzesła, śrubokręty, restauracje i parlamenty

IV. Instytucje, konwencje, prawo

Koncepcja rzeczywistości społecznej jako zbioru funkcji statusowych znajduje się - jak podkreśla Searle - wciąż jeszcze w okresie „dziecięcym, choć już nie niemowlęcym”. Rozwijana jest jednocześnie w ogniu krytyki i dyskusji, w której pojawiają się także wątki, które okazują się lub mogą okazać szczególnie interesujące z punktu widzenia zagadnień prawnych. Pierwszym z nich jest poruszany zwłaszcza przez B. Smitha, problem „wolnych terminów Y”. Klasyczne stanowisko Searle’a mocno akcentowało „logiczny prymat” faktów surowych względem faktów instytucjonalnych. Ma on polegać na tym, że fakty instytucjonalne, niezależnie od piętér „iteracji”, ostatecznie znajdują pewną podstawę w rzeczywistości złożonej z pewnych obiektów fizycznych. Naturalistyczny rdzeń tej koncepcji polega przy tym właśnie na przekonaniu, że wszelkie, najbardziej nawet złożone „ontologicznie subiektywne” zjawiska życia społecznego stanowią jedynie wynik oddziaływania stanów intencjonalnych na pewne elementy „ontologicznie obiektywnej” rzeczywistości, którym nadawane są funkcje statusowe. Wobec tego, fundamentem wielopiętrowych nieraz konstrukcji instytucjonalnych powinno być ostatecznie jakieś nieinstytucjonalne „X”, które w pierwszym kroku „liczy się” jako „Y” (nawet jeśli w dalszej kolejności owo „Y” liczy się następnie jako inne, tworzące kolejne piętro instytucjonalnej rzeczywistości Y2, to zaś dalej jeszcze jako Y3 etc.). Ten właśnie element teorii Searle’a został zakwestionowany poprzez wysunięcie tezy, że wskazać można przykłady takich faktów instytucjonalnych, którym nie odpowiadają żadne fakty „surowe”, dla których nie istnieje żaden „X”, który liczyłby się jako ów fakt instytucjonalny. Problem ten dyskutowany jest zatem jako problem „wolnych terminów Y” (*free standing Y-terms*).²⁵ Jako przykłady tego rodzaju zjawiska podawane są chociażby pieniądze „na koncie

²⁵ Jak zauważa B. Smith, w ten sposób odrzuca Searle modne przez pewien czas zwłaszcza w ramach postmodernizmu teorie negujące istnienie rzeczywistości i faktów nie będących „społeczną konstrukcją”, „konsensem”, „produktem dyskursu”, „tekstem” etc. (*From Speech Acts to Social Reality* [w:] B. Smith (Ed.), *John Searle*, Cambridge 2003, s. 18

²⁶ Ibidem, s. 19 i nn.; por. Także J. Searle, *What is an institution?* [w:] B. Guy Peters, J. Pierre, *Institutionalism*, vol. I, Los Angeles-London 2007, s. 255 i nn.

bankowym”, które nie mają żadnego odpowiednika fizycznego, poza impulsami elektronicznymi w systemie komputerowym, długi, prawo własności intelektualnej, dobra osobiste etc. Gdyby rzeczywiście zgodzić się z tezą, że obok sytuacji w których mamy do czynienia z prostą relacją „liczenia się jako” (np. Lech Kaczyński liczy się jako Prezydent RP, budynek przy Al. Szucha 12 liczy się jako siedziba Trybunału Konstytucyjnego, Piotr liczy się jako przyjaciel Jana etc.), mamy także do czynienia z faktami instytucjonalnymi nie mającymi - nawet pośrednio - swoich odpowiedników w faktach surowych, wówczas z tego rodzaju „wolnymi terminami Y” mielibyśmy zapewne do czynienia ze szczególnym natężeniem właśnie na gruncie prawa. Tym samym koncepcja Searle’a miałaby bardzo ograniczoną użyteczność akurat dla analizy interesujących nas problemów prawniczych. Wydaje się jednak, że pogląd Smitha pomija pewien kluczowy element powstawania faktów instytucjonalnych. Otóż funkcja statusowa bywa nadawana przede wszystkim zdarzeniom, aktom, a nie przedmiotom. W wyniku dojścia do skutku określonego wydarzenia w pewnych okolicznościach (kontekście) liczy się ono jako zajście pewnego faktu instytucjonalnego którego elementami są związane z owym wydarzeniem konsekwencje normatywne (uprawnienia i obowiązki). W ten sposób wypowiedzenie pewnych słów „liczy się” jako złożenie obietnicy, z którą wiązana jest konsekwencja w postaci ciężącego na mówcy obowiązku jej dotrzymania.²⁷ X jest tu zdarzeniem, które nastąpiło i minęło, natomiast konsekwencje związane z nadawaną mu funkcją statusową (a więc uprawnienia i obowiązki pewnych podmiotów) trwają. Podobnie posiadanie określonej kwoty pieniędzy „na koncie” stanowi fakt instytucjonalny sprowadzający się do pewnych uprawnień i obowiązków wynikających z zajścia zdarzenia, którego funkcją statusową jest „wpłata pieniędzy na konto”. Zajście w przeszłości pewnego faktu, któremu przypisywany jest określony status jest więc traktowane jako tworzące pewne nieinstynktowne racje postępowania, które nie byłyby brane pod uwagę gdyby temu faktowi nie był przypisywany taki właśnie status. Podobnie w przypadku innych „wolnych terminów Y” są one na ogół zespołem uprawnień i obowiązków wynikających z pewnych zdarzeń, które zaszły w określonym

²⁷ Por. B. Smith, *The Ontology of Social Reality. Exchange with J. Searle*, American Journal of Economics and Sociology, vol. 62, no. 1 (2003), s. 288 i nn.

²⁸ Oczywiście nałożenie pewnej funkcji statusowej („złożenia obietnicy”) na określone zdarzenie (wypowiedzenie w pewnej sytuacji słów mających takie a nie inne znaczenie etc.) nie oznacza *ex definitione*, że wiązany z nią obowiązek określonego zachowania nie może zostać następnie uchylony pod wpływem innych okoliczności. Samo istnienie obowiązku stanowiącego treść funkcji statusowej nałożonej na pewien obiekt nie oznacza, że obowiązek ten musi mieć charakter absolutny, niezmienny etc. Jego „siła”, „konkluzywność” itd. jest także kwestią konwencji tworzącej fakt instytucjonalny „obietnicy”, „polecenia”, „prośby” etc.

momencie pozostawiając po sobie określone normatywne konsekwencje (racje postępowania). W sferze rzeczywistości instytucjonalnej mamy bowiem do czynienia - jak ujmuje to Searle - z „prymatem aktów nad przedmiotami”. Te ostatnie bowiem zwykle zyskują funkcję statusową dzięki dokonaniu określonych czynności lub nastąpienia pewnych zdarzeń i stają się „nosicielami” uprawnień i obowiązków stanowiących pewien fakt instytucjonalny. Określona osoba staje się np. powodem, spadkobiercą, pracownikiem, posłem, obywatelem itd. w wyniku pewnych czynności lub zdarzeń, które go dotyczą i które - w przeciwieństwie do wywołanych nimi uprawnień i obowiązków - mają charakter momentalny. „Cały sens faktów instytucjonalnych” - pisze Searle - „polega na tym, że raz wykreowane trwają następnie tak długo, jak są uznawane. Po nadaniu funkcji statusowej Y dalsze istnienie X nie jest już potrzebne”. Należałoby zatem, jak się wydaje, przyjąć, że status określonych przedmiotów lub osób (np. dany kawałek papieru liczy się jako banknot, dana osoba jako minister) stanowią niejako wtórne, pochodne funkcje statusowe, będące skutkiem nadania pierwotnych, źródłowych funkcji statusowych określonym zdarzeniom (wyprodukowaniu banknotu przez określony podmiot, aktu skutecznej nominacji na stanowisko ministra). Choć wydaje się to konkluzją nieuniknioną i zasadną, to jednak prowadzi ona do pewnej modyfikacji obrazu rzeczywistości społecznej w pierwotnym ujęciu Searle’a. Na instytucjonalnym poziomie rzeczywistości mielibyśmy do czynienia przede wszystkim z uprawnieniami i obowiązkami wykreowanymi przeszłymi zdarzeniami i trwającymi w czasie mimo tego, że same te zdarzenia miały charakter momentalny i przemijający. Searle zwraca uwagę, że choć „do powstania funkcji statusowych potrzebny jest określony kontekst, to raz powstałe trwają one następnie w sposób, który jest od owych okoliczności niezależny”. W ten sposób mamy do czynienia nie tyle z „wolnymi”, ile „uwolnionymi” terminami Y. Trzeba jednak pamiętać, że konsekwencje normatywne powstałe w wyniku zajścia faktu instytucjonalnego wiążą się, siłą rzeczy, z określonymi podmiotami, są zawsze „czyimiś” uprawnieniami i obowiązkami. Jeśli na surowy fakt jakim jest śmierć człowieka nakładamy funkcję statusową „otwarcia spadku”, po tym jak wydarzenie to następuje i przemija, w sferze instytucjonalnej pozostają jej konsekwencje - uprawnienia i obowiązki *pewnych podmiotów*. Faktem (instytucjonalnym) staje

²⁹ Pod tym względem ujawnia się trafność intuicji twórców naszej rodzimej koncepcji „czynności konwencjonalnych”, która mając charakter znacznie bardziej wycinkowy i nie podnosząc też ogólnie ontologicznych, w sposób właściwy akcentowała konwencjonalny charakter przede wszystkim czynności, a nie osób czy przedmiotów.

³⁰ J. Searle, *Reply to Smith*, s. 305

³¹ Ibidem, s. 306

się wówczas to, że *X jest spadkobiercą*. W ten sposób w wyniku tego, że pewne zdarzenie *X liczy się* jako zajście określonego faktu instytucjonalnego (otwarcia spadku), pewne osoby zaczynają *liczyć się* jako spadkobiercy, wykonawcy testamentu itd. A zatem termin *Y* nie tyle staje się „wolny”, ile rozkłada się czy rozprasza na nowe funkcje statusowe wszystkich, którzy stają się posiadaczami uprawnień lub obowiązków powstałych w wyniku przypisania pewnemu zdarzeniu funkcji statusowej *Y*. W ten sposób wyjaśnia się też niepokojący B. Smitha przykład pieniędzy na koncie bankowym, dla których nie istnieje „*X*”, który *liczyłby się* jako określona kwota *W* wyniku zajścia zdarzenia, które *liczy się* jako „wpłata kwoty na konto” powstaje konsekwencja w postaci uprawnienia posiadacza konta do wypłaty tej kwoty. Istnieje zatem osoba, która *liczy się* jako posiadacz określonej kwoty na koncie, a także bank który jest zobowiązany do jej wypłaty, a zatem *liczy się* jako *dłużnik* tej osoby.

Drugą kwestią budzącą zainteresowanie, ale i wątpliwości, a przy tym niezwykle doniosłą dla problematyki prawnej, jest relacja pojęć instytucjonalności i konwencjonalności. Jak postaram się wyjaśnić, sprawa nie ma, a przynajmniej nie musi mieć, charakteru jedynie terminologicznego. Sam Searle stanowczo odróżnia instytucjonalność i konwencjonalność, wskazując na to, że fakty instytucjonalne w istotnym stopniu nie mają charakteru konwencjonalnego. Konwencja niesie bowiem ze sobą *ex definitione* element arbitralności, stanowiąc jeden spośród kilku możliwych sposobów rozwiązania danego problemu. Searle podkreśla natomiast, że to, jakim faktom surowym nadajemy jakie funkcje statusowe nie ma bynajmniej charakteru arbitralnego. „Pewna reguła konstytutywna wskazuje na przykład, że ponieważ zdałem określone egzaminy sprawdzające umiejętność jazdy samochodem jestem posiadaczem prawa jazdy Stanu Kalifornia. Posiadanie umiejętności jazdy samochodem nie jest „konwencjonalnym” sposobem nabywania uprawnień do prowadzenia samochodu. Nie ma niczego arbitralnego w tym, że uprawnienie do prowadzenia samochodu, podobnie jak wykonywania zawodu neurochirurga, wymaga posiadania pewnych fizycznych umiejętności. Element konwencji wkracza tu o tyle, że możemy mieć rozmaite sposoby weryfi-

³² Oczywiście „wpłata pieniędzy na konto” stanowi termin *Y* stanowiący instytucjonalny odpowiednik faktu surowego polegającego, powiedzmy na położeniu pewnych kawałków papieru w określonym miejscu i wypowiedzeniu określonych słów.

³³ Ów moment arbitralności obecny jest w większości analiz pojęcia konwencji. Por. zwłaszcza D. Lewis, *Convention*, s. 69 i nn.; także I Dąbska, *O konwencjach i konwencjonalizmie*, Warszawa 1975; A Marmor, *On Convention*, Synthese vol. 107 (1991), No. 3, s. 349 i n. Odmienne jednak M. Gilbert, *On Social Facts*, s. 340 i n. czy Y. Ben Manahem, *Conventionalism*, Cambridge-New York 2006, s. 53.

kacji tych umiejętności (...) Jednak w tym, że otrzymanie prawa jazdy oparte jest na posiadaniu umiejętności jazdy samochodem nie jest kwestią konwencji. ” Jednakże inni autorzy upatrują konwencjonalności faktów instytucjonalnych przede wszystkim w tym, co Searle nazywa ich auto-referencjalnością (samo- odnoszeniem). Fakty instytucjonalne istnieją bowiem o tyle, o ile uważamy je za istniejące. Banknoty, urzędnicy, księgi wieczyste, święta czy przyjaciele są nimi dlatego, że są za nie uważani. Mają więc charakter konwencjonalny w tym sensie, że ich istnienie jest „ontologicznie subiektywne” - istnieją na mocy konsensu, „umowy”, zgody co do tego, że ktoś lub coś będzie „liczył się” jako nosiciel pewnego dodatkowego statusu wraz z wiązanymi z tym normatywnymi konsekwencjami. W ten sposób konwencjonalność faktów instytucjonalnych rozumie E. Lagerspetz, definiując je w sposób następujący. Można przyjąć, że „a jest F” stanowi fakt konwencjonalny w jakieś społeczności wtedy i tylko wtedy, gdy:

- (i) istnieją wzajemne przekonania (*mutual belief*) członków danej społeczności, że a jest F;
- (ii) owo wzajemne przekonania są przynajmniej częścią racji ze względu na którą członkowie danej społeczności podejmują działania mające sens dlatego, że a jest F.

Przykładem podawanym przez Lagerspetza jest traktowanie miejsca pod drzewem jako „miejsca spotkań” danej grupy. Jest ono rzeczywiście miejscem spotkań danej grupy wówczas, gdy jest to w owej grupie przedmiotem wspólnego przekonania, że względu na które wówczas, gdy ma dojść do spotkania, udają się oni w to właśnie miejsce. Wzajemne przekonania (*mutual belief*) są tu rozumiane jako wiedza każdego członka społeczności, że „a jest F”, a także jego wiedza, o tym, że jest to też wiedzą innych członków społeczności, a nadto o tym, że elementem wiedzy innych członków społeczności jest to, że jest to także jego wiedza. W przedstawionym wyżej stanowisku Lagerspetza wyróżnić można dwa, w istocie odrębne, zagadnienia. Pierwszym z nich jest „konwencjonalność” faktów instytucjonalnych polegająca na ich uzależnieniu od wspólnego przekonania członków danej społeczności. Drugim - próba sprowadzenia tego, co Searle uznaje za biologiczne zjawisko „kolektywnej intencjonalności” do pewnego systemu wzajemnie powiązanych indywidualnych przekonań (*mutual belief*). To ostatnie

³⁴ Searle, *Reply to Smith*, s. 308

³⁵ E. Lagerspetz, *On the existence of institutions* [w:] idem (ed.) *On the Nature of Social and Institutional Reality*, s 80 i nn. ; szerzej idem *Opposite Mirrors. Conventionalist Theory of Institutions*, Dordrecht-Boston-London 1995, passim, szczeg. S. 14 i nn.

zagadnienie pozostawimy poza zakresem rozważań koncentrując się na pierwszym. Fakty konwencjonalne w tym ujęciu charakteryzują się pewną osobliwą cechą - nie jest możliwy wspólny błąd co do charakteru danego faktu. Jeśli pewne miejsce jest *uważane* za miejsce spotkań, to wskutek tego ono właśnie *jest* miejscem spotkań. Nie jest pojęciowo możliwa sytuacja, że wszyscy mylnie traktujące jako miejsce spotkań, podczas gdy w rzeczywistości jest nim np. inne drzewo. Podobnie w języku naturalnym - jeśli wszyscy uznają pewne słowo za posiadające

określone znaczenie to *ma* ono właśnie takie znaczenie (fakt ten jest zdetermi-

nowany przekonaniem i uzusem językowym danej społeczności³⁶). Osobliwość ta wskazuje jednak na pewną różnicę pomiędzy tak rozumianą konwencjonalnością, a specyfiką przynajmniej niektórych faktów instytucjonalnych. Może być bowiem tak, że wszyscy mylnie sądzimy, że pewien kawałek papieru jest banknotem, podczas gdy jest on wyjątkowo udanym fałszerstwem, możemy wspólnie błędnie sądzić, że pewne osoby pozostają w związku małżeńskim, podczas gdy po pewnym czasie zostanie ono uznane za „nieistniejące” (*ex tunc*) - a więc w istocie nigdy nie zaistniałe (w sensie faktu prawnego określonego rodzaju). Podobnie oczywiście z obowiązywaniem aktu normatywnego (ustawy, rozporządzenia, wyroku, dekretu, decyzji), które następnie mogą zostać uznane za nieważne *ab initio*. Można oczywiście próbować rozwiązać ten problem wskazując na to, że pierwotnie pewne fakty, czynności i osoby pełnią nałożone na nie funkcje statusowe dlatego, że wszyscy przypisują im pewien charakter (np. podrobiony pieniądź pełni do czasu ujawnienia fałszerstwa funkcję pieniądza), a następnie wszyscy zmieniamy sposób traktowania owych wcześniejszych faktów i konsekwencji jakie powinny być z nimi wiązane. Wydaje się wszakże, że przykłady te wskazują na pewien interesujący i istotny rys różnicujący instytucjonalność faktu od jego konwencjonalności (w podanym wyżej rozumieniu). Może być bowiem tak, że pewnym obiektom przypisujemy pewną funkcję statusową wprost, opierając się na uznawanych przez siebie regułach. Mają one zazwyczaj charakter niesforma-

³⁶ Traktowanie konwencjonalności jako cechy ukonstytuowania decyzją, przekonaniem czy swego rodzaju „umową” wydaje się zresztą zbieżne z „konwencjonalnością” jaką mieli na myśli twórcy koncepcji czynności konwencjonalnych. Lagerspetz słusznie jednak dostrzega, że ów konwencjonalny charakter przypisywany bywa nie tylko czynnościom, ale także zdarzeniom niezależnym od woli czy osobom. Stąd też metodologicznie teoria czynności konwencjonalnych wydaje się z tego względu teorią „kulejącą” w sensie jakim nadawanym temu określeniu przez L. Petrażyckiego.

³⁷ Por. E. Lagerspetz, *On the Existence of Institutions*, 81.

³⁸ Interesującą dyskusję na temat możliwości powszechnego błędu co do treści prawa zob. M. Kramer, *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge 2007, s. 8-9 (rec. T. Pietrzykowski, *Państwo i Prawo*, 2008 z. 3, s. 126 i n.)

lizowanych reguł społecznych (o charakterze np. zwyczajowym) kształtujących się w każdej grupie. Przykładem tego rodzaju faktu może być np. wspólny spacer, uroczysta gala, pierwsza randka czy uformowanie się kolejki w sklepie czy przy zwężeniu drogi. Z tego rodzaju okolicznościami zaczynamy wiązać pewne konsekwencje normatywne - przyjęcie, że pewne zachowania są właściwe (po- winne), a inne nie. W ten sposób fakt ów kształtuje pewien zbiór normatywnych (a nie tylko predyktywnych) oczekiwań co do wzajemnych zachowań uczestników owego faktu. Rzecz jasna zarówno charakter samego faktu, treść i relewancja znajdujących zastosowanie reguł, jak i skutki ich naruszenia mają charakter zależny od przekonań i postaw uczestników danej sytuacji.⁴¹ Istnieją także fakty, w których mamy do czynienia z sytuacją inną. O statusie danego faktu i jego normatywnych konsekwencjach przesądzają reguły, które nie muszą być wcale znane i akceptowane przez jego uczestników. W tym sensie nie muszą oni wcale uznawać, że dany konkretny fakt „liczy się” jako fakt instytucjonalny pewnego rodzaju. Wystarczy, że członkowie danej społeczności akceptują to, że o funkcjach statusowych pewnych faktów przesądzają reguły określonego rodzaju (choć sami niekoniecznie muszą ich treść znać, akceptować czy stosować w konkretnych sytuacjach). Co więcej nie muszą nawet zgadzać się co do tego, o jaki konkretnie zbiór reguł chodzi, wystarczy, że aprobowane są kryteria i sposób autorytatywnego rozstrzygania o statusie i konsekwencjach danego faktu. W ten sposób możliwe jest przypisanie odpowiedniej funkcji statusowej pewnym zdarzeniom niezależnie od postaw czy przekonań uczestniczących w nim bezpośrednio osób oraz na podstawie niekoniecznie znanych im i aprobowanych przez nich reguł. Do tego niezbędne jest jednak, aby obowiązywanie, treść, relewancja czy konsekwencje reguł określających funkcje statusowe poszczególnych zdarzeń stanowiły kwestię rozstrzyganą przez inne reguły (a nie bezpośrednio przez własną wolę, przekonania czy postawy osób zaangażowanych w dane zdarzenie). Instytucjonalizacja jest więc kwestią reguł wyższego stopnia - które mogą przesądzać zarówno o istnieniu i treści pewnych reguł „merytorycznych”, jak i ustanawiać sposoby autorytatywnego rozstrzygania jaki status

³⁹ Zob. np. G. Romans, *Social Behavior. Its Elementary Forms*, New York-Chicago 1974, s. 98 i nn.; J. Thibaut, H. Kelley, *The Social Psychology of Groups*, New York-London 1959, s. 126 i nn.

⁴⁰ Na temat roli reguł prawnych jako czynnika kształtującego i stabilizującego wzajemne oczekiwania społeczne zob. N. Luhmann, *Law as a Social System*, Oxford-New York 2004. s. 142 i nn.

⁴¹ Przykładem kolejki jako obszaru działania konwencji społecznych w interesujący sposób posługuje się N. MacCormick, *Institutions of Law*, s. 11 i nn.

i konsekwencje w ich świetle wynikają z określonych zdarzeń czy zachowań. Jednakże ostatecznie, jak zauważa Lagerspetz, „każdy łańcuch reguł musi znajdować początek w aktach o charakterze konwencjonalnym”. W przeciwnym razie natknęlibyśmy się na znany problem „nieskończonego regresu reguł”. Fakty instytucjonalne są bowiem zależne od uznania obowiązywania pewnych reguł. Uznanie obowiązywania reguł samo w sobie nie jest - zdaniem Lagerspetza - faktem surowym, ale samo wymaga założenia obowiązywania innych reguł. W ten sposób dochodziłoby do regresu w nieskończoność. Muszą zatem istnieć nie-surowe fakty, które jednocześnie nie są zależne od reguł. Stąd też jego zdaniem u podstaw każdej instytucji leżeć muszą fakty konwencjonalne polegające na „bezpośrednim” przypisywaniu określonego statusu pewnym obiektom i posiadaniu przez nie tego statusu ze względu na owo przypisanie. W tym ujęciu rację miałby zarówno H.L.A Hart wskazując na to, że reguła uznania każdego porządku prawnego jest ostatecznie kwestią pewnej wspólnej praktyki „*officials*” decydującej o jego funkcjonowaniu (w którym to pojęciu mieści się zarówno przekonanie o tym, że należy posługiwać się pewnymi kryteriami, jak i wynikające z niego postępowanie), jaki H. Kelsen, zwracający uwagę, że ostatecznie obowiązywanie reguł porządku prawnego opiera się na założeniu, że mają one charakter obowiązujący.

⁴² N. MacCormick, *Institutions of Law*, ss. 22 i nn., 286. Na temat roli I zawłości w pojmowaniu „reguł wtórnych” jako reguł „operujących na regułach obowiązku”, nad którymi dyskusję zainicjował H.L.A Hart swoim *Pojęciem prawa* (wyd. polskie tłum. J. Woleń- ski, Warszawa 1998), zob. m.in. KK Lee, *Hart's Primary and Secondary Rules*, *Mind*, Vol. 77 No. 308 (1968), s. 561 i nn.; D. Gerber, *Levels of Rules and Hart's Concept of Law*, *Mind*, Vol. 81, No. 321 (1972), s. 102 i nn. M. Singer, *Hart's Concept of Law*, *The Journal of Philosophy*, Vol. 60 (1963), No. 8, s. 208 i nn.;

⁴³ Sam Searle jest zdania, że najprostsze przypadki nakładania funkcji statusowych nie wymagają „świadomego postępowania według reguł czy procedur”. Reguła konstytutywna nie tyle jest ich podstawą, co wyłania się dopiero wówczas, gdy praktyka staje się względnie „utrwalona i stabilna” (*Social Ontology and Political Power* [w:] idem, *Freedom & Neurobiology*, s.90-92).

⁴⁴ Podobnie N. MacCormick, *Institutions of Law*, 31; 287-288. Por. także B. Tamanaha, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford 2001, *passim*. J. Coleman, *The Practice of Principle*, Oxford-New York 2001, s. 75 i nn.; M. Singer, *Hart's concept of law*, s. 209,213; L. J. Cohen, *The Concept of Law* (critical notice), *Mind*, vol. LXXI (1962), s. 395 i nn.;

⁴⁵ W ten bowiem sposób można bowiem rozumieć jego pojęcie normy podstawowej, jako założenia, że pierwszy akt prawotwórczy ma charakter obowiązujący-tym samym jego obowiązywania na skutek uznania go za obowiązujący. Zob. H. Kelsen, *Czysta teoria prawa*, s. 40-42; idem, *Reine Rechtslehre*, s. 204 i nn.; por. także N. Hoerster, *Was ist Recht? Grundfragen der Rechtsphilosophie*, München 2006, s. 56 i n., s. 138 i n.; warto zwrócić uwagę, że podobna intuicja wyrażana była za XIX-wiecznymi „teoriami uznania” (*Anerkennungstheorien*). zob. np. C. Bahlmann, *Die Rechtslehre Ernst Rudolf Bierlings unter besondere Berücksichtigung seiner Anerkennungstheorie*, Münster 1995, *passim*, szczeg. s. 120 in.

Tyle, że tezy te odnosiłyby się nie tyle do porządku prawnego, ile stanowiły charakterystykę zjawiska „instytucjonalizacji” porządku normatywnego, którego paradygmatyczny, choć bynajmniej nie wyłączny, przypadek stanowi porządek prawny. Warto także zauważyć, że zarysowane przeciwstawienie konwencji i instytucjonalności faktów ma charakter modelowy, w rzeczywistości bowiem tworzą one pewne spektrum od pełnej konwencji do skrajnego zinstytucjonalizowania. Na jednym końcu owego kontinuum sytuowałyby się przypadki nadawania funkcji statusowych i określania ich konsekwencji w sposób w pełni uzależniony od sposobu traktowania ich przez ich uczestników oraz aprobowanych przez nich samych reguł (np. randka, spacer, wieczór kawalerski, spotkanie klasowe etc.). Byłyby to przypadki w których kolektywny błąd byłby w zasadzie wykluczony. Drugim ekstremum byłyby sytuacje, w których o relewancji reguł dla ustalenia funkcji statusowej i konsekwencji danego faktu decydowałyby inne reguły, w zasadzie niezależnie od przekonań i woli uczestników danego faktu. Pomiędzy tymi krańcami rozciąga się całe spektrum sytuacji pośrednich (reguły języków, gier, rozmaite kodeksy honorowe, etyczne, lokalne zwyczaje i konwenanse społeczne etc.). Także historia prawa wskazuje na rozmaite stopnie instytucjonalizacji jego reguł - wystarczy wspomnieć chociażby czasy

prawa zwyczajowego czy rozwój *common law*, nie mówiąc o prawie rozmaitych

społeczności „pierwotnych”).⁴⁶ Mamy więc do czynienia z różnym stopniem uniezależnienia reguł nadających funkcje statusowe i określających wynikające z nich konsekwencje od przekonań i postaw osób, które uczestniczą w realizacji określonych faktów surowych.

⁴⁶ Por. np. E. Colvin, *The Sociology of Secondary Rules*, University of Toronto Law Journal, vol. 28 (1978), s. 201 i nn.

⁴⁷ Trzeba jednak pamiętać, że tego rodzaju niezależne od uczestników reguły mogą uzależniać status danego faktu od ich woli czy świadomości, jest to jednak rodzaj - by tak rzec - „odesłania zwrotnego” mającego znaczenie jedynie dlatego, że od tego akurat uzależniają konsekwencje normatywne danego faktu relewantne dla jego oceny reguły.

⁴⁸ Zob. m.in. G. Sawer, *Law in Society*, Oxford 1965, s. 28 i nn.; B. Tamanaha, *A General Jurisprudence*, s. 171 i nn. ; por. także G. Fletcher, *Law* [w:] B. Smith (ed.) *John Searle*, s. 98 i nn.

⁴⁹ W tym sensie można by rozszerzyć znaną tezę H. Harta i powiedzieć, że istnienie reguł wtórnych (rozumianych jako reguły drugiego stopnia, reguły określające które reguły merytoryczne „liczą się” jako obowiązujące i jak rozstrzygać spory o ich treść i konsekwencje) stanowi nie tyle „krok od świata przedprawnego do świata prawnego” (*Pojęcie prawa*, s. 66), ile krok od świata faktów konwencyjnych do świata faktów instytucjonalnych. Por. J. Raz, *Practical Reason and Norms*, Oxford-New York 1990, s. 123 i nn.

VI. Normy, performatywy i czynności prawne

Zarys ontologii świata społecznego wyłaniający się z prac Johna Searle'a, poza ogólnym postrzeganiem porządku prawnego jako systemu funkcji statusowych nadawanych mocą zinstytucjonalizowanych reguł pozwala także nieco inaczej spojrzeć na szereg tradycyjnie dyskutowanych problemów. Nie oznacza to oczywiście tego, że dostarcza ona jakiegoś algorytmu przy pomocy którego trudne i kontrowersyjne problemy prawnicze staną się nagle, jak za dotknięciem czarodziejskiej różdżki, jasne i bezdyskusyjne. Umożliwia jednak, jak sądzę, spojrzenie na pewne kwestie nieco inaczej i z pewnością stanowi użyteczne narzędzie rzucające na niektóre przynajmniej problemy nowe światło. Szereg formułowanych zresztą w nauce prawa koncepcji - od tzw. nielingwistycznej koncepcji normy po teorię czynności prawnych jako czynności konwencjonalnych czerpało inspirację z podobnych źródeł i zmierzało w podobnym do Searle'a kierunku.

K. Opałek formułując nielingwistyczną koncepcję normy zwracał uwagę, że czym innym jest akt normowania (ustanowienia normy), czym innym wypowiedź normatywna, a czym innym sama norma - będąca, jego zdaniem, decyzją stanowiącą wytwór aktu normowania i trwającą w czasie mimo, iż sam akt normowania ma charakter czynności momentalnej. W świetle ogólnych rozważań Searle'a można powiedzieć, że akt normowania stanowi pewną funkcję statusową nadawaną określonym czynnościom. Polega on na ustanowieniu obowiązującej normy, czy też - nadaniu normie wyartykułowanej w określonych okolicznościach charakteru normy „ważnie ustanowionej” a w konsekwencji - „obowiązującej”. Podobnie jak w przypadku każdej funkcji statusowej jej nadanie prowadzi do traktowania

⁵⁰ Trzeba także zwrócić uwagę na zapoczątkowaną w latach 80-tych przez N. MacCormicka oraz O. Weinbergera instytucjonalną teorię prawa, mającą stanowić całościową koncepcję wyjaśnienia zjawisk prawnych. Rozwija się ona do dziś, a wśród autorów którzy wnieśli do niej istotny wkład wymienić należy zwłaszcza D. Ruitera, F. Atrię czy J. Bengoetxeę. W Polsce z dorobku teorii faktów instytucjonalnych korzystał w wielu pracach zwłaszcza T. Gizbert-Studnicki, S. Czepita czy A. Grabowski. Wczesne koncepcje N. MacCormicka i O. Weinbergera omówił także M. Smolak (*Prawo, fakt, instytucja Koncepcje teoretyczne prawniczego pozytywizmu instytucjonalnego*, Poznań 1998).

⁵¹ Koncepcja nielingwistyczna została przedstawiona w K. Opałek, J. Woleński, *Is, Ought and Logic*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie vol. LXXIII (1987), s. 373 i n.; K. Opałek, *Dwoistość ujęcia normy w nauce prawa*, Państwo i Prawo, z. 6 1988, s. 3 i nn.. Zob także stanowisko T. Gizbert-Studnickiego, *The Non-linguistic Concept of Norm and Ontology*, [w:] W. Krawietz, J. Wróblewski (Hrsg.) *Sprache, Performanz Und Ontologie des Rechts. Festgabe für K. Opałek zum 75. Geburtstag*, Berlin 1993, s. 423 i nn.; także J. Woleński postawił tezę, że wypowiedzi normatywne stanowią w istocie albo wypowiedzi performatywne albo zdania deontyczne (zob. idem, *Z zagadnień analitycznej filozofii prawa*, Kraków 1980, s. 91-94).

zaistnienia zdarzenia na którą jest ona nadawana jako źródła określonych obowiązków, których uznanie stanowi warunek spełnienia przez owo zdarzenie nadawanej mu funkcji. Treść (jak również charakter, rozkład itd.) tych obowiązków jest kwestią reguł w oparciu o które wystąpienie owych okoliczności traktowane jest jako zaistnienie danego faktu instytucjonalnego (tzw. reguł konsekwencyjnych tego faktu). Konsekwencją wiązaną z przypisaniem pewnemu zdarzeniu charakteru „złożenia obietnicy” jest traktowanie go, jako uzasadniającego istnienie obowiązku dotrzymania słowa Jeśli pewne zdarzenie stanowi „przyjęcie urodzinowe” to przypisanie mu takiego właśnie charakteru uzasadnia traktowanie gości jako zobowiązanych np. do tego, aby stawić się z prezentami „Pójście wspólnie na spacer” (jako funkcja statusowa nadana pewnemu zdarzeniu) kreuje chociażby zakaz nagłej i nieuzgodnionej zmiany kierunku marszu. Istnienie owych „obowiązków” sprowadza się do uznawania pewnych nieinstynktownych racji zachowania wiązanych z zajściem zdarzenia, na które nakładana jest danego rodzaju funkcja statusowa Nie inaczej jest w przypadku aktu normowania Jeśli został dokonany w sposób „ważny” (*ergo* pewnemu zachowaniu przypisuje się tę funkcję statusową) to traktowany jest jako pociągający za sobą obowiązek zachowania się w sposób określony treścią będącej jego przedmiotem wypowiedzi normatywnej. Tym jednak co ma tu charakter trwały jest obowiązek postępowania w sposób wyznaczony treścią ustanowionej normy, a więc „obowiązywanie” normy rozumiane jako istnienie racji aby postępować zgodnie z jej dyspozycją. Jednakże pamiętajmy, że wyrażona w akcie normowania wypowiedź normatywna może wprawdzie mieć charakter przepisu prawnego (a tym samym uzyskać pewien trwały substrat materialny), jednakże może także być np. ustnie wyrażonym poleceniem (a wówczas jedynym jej materialnym

⁵² Ten ostatni przykład por. M. Gilbert, *Walking together*, s. 180-182.

⁵³ Oczywiście na ogół obowiązek zachowywania się w sposób przewidziany treścią normy uzależniony jest od dalszych warunków, takich jak nadejście terminu „wejścia w życie” etc. Zob. na ten temat T. Pietrzykowski, *Temporalny zakres obowiązywania prawa*, Państwo i Prawo 2003, z. 4, s. 45 i nn.; inaczej por. P. J. Grabowski, *W sprawie temporalnego zakresu obowiązywania prawa. Polemika*, Państwo i Prawo 2004, z. 4.

⁵⁴ Pamiętajmy przy tym, że w sensie konwencjonalnym „istnienie X” oznacza tyle, co „uznawanie X za istniejące i stosowne do tego postępowanie”. Wobec tego obowiązek postępowania zgodnie z normą X oznacza „istnienie racji, aby postępować zgodnie z treścią normy”, to zaś w istocie: „uznawanie racji, aby postępować zgodnie z normą *za istniejącą*”. W tym świetle widać, zarówno trafność, jak i nieprecyzyjność intuicji Kelsena określającego obowiązywanie normy jako „specyficzną formę jej istnienia”. Z jednej strony bowiem obowiązywanie normy oznacza jej istnienie *jako* pewnego faktu instytucjonalnego. Z drugiej jednak poprawniej byłoby powiedzieć, że mamy do czynienia z *istnieniem* faktu instytucjonalnego *polegającego* na *obowiązywaniu* normy X), a więc na traktowaniu zajścia pewnego faktu prawotwórczego jako racji postępowania w określony sposób.

substratem będą dźwięki wyartykułowane w określonym momencie przez normo- dawcę). Tym samym pozostałością, trwającą w czasie konsekwencją owego aktu jest wiązana z nim racja aby postępować w sposób wyrażony jej treścią, nawet gdy sama wypowiedź normatywna przestała istnieć (w sensie aktu fizycznego) z chwilą wyemitowania określonych dźwięków lub np. zniszczenia kartki papieru na jakiej zapisane została tajna instrukcja czy polecenie. Istnienie takiej racji jest tym, co rozumiemy przez obowiązek postępowania zgodnego z normą, a więc obowiązywanie owej normy Trwa ono tak długo jak długo fakt „ważnego” ustanowienia danej normy traktowany jest jako racja postępowania we wskazany przez nią sposób. Oczywiście, w zinstytucjonalizowanych porządkach normatywnych istotne jest nawet nie tyle to, jak daną normę traktują jej bezpośredni adresaci, ile to, na ile jej obowiązywanie stanowi rację postępowania dla - jak powiedziała by H.L.A.Hart - decydujących o praktycznym funkcjonowaniu tego porządku „officials”. To zaś z kolei jest na ogół kwestią reguł wyższego stopnia, wskazujących co i w jakich okolicznościach „liczy się” jako fakt prawotwórczy. Obowiązek postępowania w sposób określony daną regułą prawną stanowi więc normatywną konsekwencję pewnych faktów, którym uznawane reguły wyższego stopnia nadają funkcję statusową faktów prawotwórczych. Tym, co pozostaje po akcie normowania jest „obowiązywanie” owej normy, a więc uznawanie jej wydania jako określonego rodzaju racji postępowania

⁵⁵ Wydaje mi się, choć nie mam co do tego pewności, że ujęcie powyższe jest w dużej mierze zbieżne z wnioskami T. Gizbert-Studnickiego, który jednak koncentrował się na relacji zaistnienia wypowiedzi normatywnej (w sensie aktu lokucyjnego) jako warunku obowiązywania normy (jako aktu illokucyjnego). Por. idem, *The Non-linguistic Concept of Norm and Ontology*, s. 433-434. Moje uwagi dotyczą natomiast istnienia faktu instytucjonalnego polegającego na „ważnym ustanowieniu normy” (ważnym dokonaniu aktu normowania), a w konsekwencji obowiązku (traktowaniu go jako racji) postępowania zgodnie z treścią wypowiedzi normatywnej. Jest przy tym jasne, że obowiązek ten nie jest ani absolutny, ani niezmienny i może ulec bądź to uchyleniu (derogacji), bądź to „zapomnieniu” (desuetudo), bądź też „przeważeniu” (defeasibility) itd.

⁵⁶ W Lang mówił tu o obowiązywaniu jako „nakazie stosowania normy przedmiotowej” (*Obowiązywanie prawa*, Warszawa 1962, passim). Wydaje się jednak, że trafniejsze jest ujęcie obowiązywania jako traktowania aktu ustanowienia normy jako racji, aby postępować w sposób nią wyznaczany. Norma ta obowiązuje (w sensie tetycznym) tak długo, jak długo ów akt traktowany jest jako racja postępowania w sposób nią wyznaczany.

⁵⁷ Oczywiście przede wszystkim będą to akty stanowienia prawa (pewne czynności prawodawcy), jednakże w przypadku prawa zwyczajowego okolicznościami, które „liczą się” jako fakt prawotwórczy byłoby - najogólniej mówiąc - powszechne przestrzeganie oraz *opinio iuris necessitatis*. Zob. bliżej A. Perrau-Saussine, J. Murphy (eds.), *The Nature of Customary Law*, Cambridge 2007, passim.

⁵⁸ Na temat norm i ich obowiązywania jako uznawania ich za racje w rozumowaniu praktycznym por. J. Raz, *Practical Reason and Norms*, Oxford-New York 1990, s. 170 i nn.

Drugą kwestią na którą warto zwrócić uwagę to obecność w języku prawnym wypowiedzi performatywnych. Problem ten został dostrzeżony i podniesiony przez S. Wronkowską, zdaniem której niektóre przepisy, np. przepisy uchylające lub nowelizujące inne przepisy, wprowadzające w życie ustawę etc. nie mają charakteru normatywnego, ale performatywny. Nie należy - jak pisze S. Wronkowska - „ulegać pokusie” traktowania ich podobnie jak innych przepisów prawnych, tzn. jako zwrotów wysławiających normy postępowania. Nie wskazują one bowiem kto, w jakich okolicznościach, jak powinien się zachować (w innym ujęciu: nie określają wzorca powinienego zachowania), ale podobnie jak wszystkie inne performatywy doprowadzają do określonego w nich skutku poprzez przedstawienie go jako zachodzącego. W ten sposób „wyczerpują się” czy konsumują poprzez jednorazowe wywołanie określonego skutku prawnego, stając się następnie - jak ujmuje to autorka - „jedynie napisami” stanowiącymi pozostałość po dokonanej czynności performatywnej (konwencjonalnej). Sprawa ta ma charakter zasadniczy, albowiem przyjęcie takiego stanowiska prowadzi do bardzo daleko idących konsekwencji. Przede wszystkim oznaczałoby w istocie odrzucenie głęboko zakorzonego w myśleniu prawniczym „domniemania normatywności tekstu prawnego”, w oparciu o które prawnicy przyjmują, że każdy przepis prawny - niezależnie od jego sformułowania ma charakter normatywny (wypowiedzi dyrektywnej). Po drugie, rozumowanie autorki prowadzi do wniosku, że przepisy o charakterze performatywów nie mają charakteru obowiązującego, przynajmniej od czasu wywołania skutku i skonsumowania w ten sposób jego działania (po spełnieniu swej roli pozostaje on już bowiem jedynie „łuską”). Nie byłaby zatem już możliwa kontrola ich konstytucyjności, albowiem utraciły one moc obowiązującą (za wyjątkiem kontroli tego, czy same zostały prawidłowo, „ważnie” ustanowione, a zatem czy doprowadziły w ogóle do powstania skutku, jaki został w nich przewidziany). Późniejsze uchylenie takiego przepisu (np. nowelizującego, o wejściu w życie, derogującego) nie miałoby żadnej doniosłości prawnej,

⁵⁹ S. Wronkowska, *O źródłach prawa i aktach normatywnych raz jeszcze* [w:] *Prawo prywatne w czasach przemian. Księga pamiątkowa prof. S. Sołtyśńskiego*, Warszawa 2005, s. 113 i nn.

⁶⁰ Przepisy te zawierają bowiem zwroty, że „ustawa wchodzi w życie”, „traci moc...”, „skreśla się...”, jakiś przepis „otrzymuje brzmienie” etc. Mają one zatem formułę klasycznie performatywną - dochodzi do określonego w nich skutku poprzez wyartykułowanie słów mówiących, że skutek ten następuje.

⁶¹ Utrzymując się w poetyce twórcy teorii performatywów J.L. Austina można by powiedzieć, że przepisy te stają się czymś w rodzaju „łusek” po wystrzale, do jakiego dochodzi z chwilą dokonania przy ich pomocy określonej czynności (wprowadzenia w życie ustawy, uchylenia przepisu, zmiany jego brzmienia etc.).

albowiem skutki już wcześniej dokonane nie ulegałyby odwróceniu (stąd też uchylenie przepisu derogującego nie oznaczałoby „odżycia” przepisów wcześniejszych, a nowelizującego - powrotu dawnego brzmienia przepisu). Wydaje się jednak, że w świetle wcześniejszych rozważań stanowisko to wydaje się dyskusyjne. Nie tylko dokonanie wypowiedzi performatywnej (czy jak obecnie woli nazywać je Searle - deklaratywu) ale także akt ustanowienia każdej normy jest aktem o charakterze performatywnym. Akt taki ma zawsze charakter momentalny i zawsze wywołuje określone w sposób względnie trwały skutki. Te ostatnie polegają na określonych obowiązkach lub uprawnieniach. W przypadku aktu normowania obowiązek ten polega na postępowaniu w sposób określony treścią ustanowionej normy. W wyniku dokonania ważnego aktu normowania owa norma „liczy się” jako norma obowiązująca, jej ustanowienie stanowi rację aby postępować w wyznaczony jej treścią sposób. Akt prawotwórczy jest więc pod tym względem jedynie pewnym szczególnym przypadkiem aktu performatywnego, którego następstwem jest powstanie określonych obowiązków czy uprawnień rozmaitych podmiotów. Nadanie imienia sprawie, że pewna osoba „liczy się” jako nosząca określone imię. Trwałą tego konsekwencją normatywną jest istnienie racji aby odnosić się do niej w ten właśnie sposób. Ustanowienie definicji legalnej „nadaje” definiowanemu słowu pewne znaczenie, czego konsekwencją jest obowiązek (racja) posługiwania się nim w określonym definicją znaczeniu. Zawarcie małżeństwa pociąga za sobą obowiązek traktowania wstępujących w nie osób jako małżonków, z czym łączy się szereg zarówno ich wzajemnych uprawnień i obowiązków, jak i powinności ze strony osób trzecich. Skutki każdego performatywu rozciągają się zatem w czasie co najmniej tak długo, jak długo jego „ważne” dokonanie uznawane jest za rację aby postępować w pewien szczególny sposób, określony regułami konsekwencji danej czynności performatywnej. Nie ma przy tym znaczenia, czy obowiązki te dotyczą bezpośrednio traktowania pewnych zdarzeń, osób czy przedmiotów jako posiadających określony status, czy też traktowania pewnych norm jako posiadających pewien status („prawnie obowiązujących”) - jest to jedynie kwestia jednego dodatkowego poziomu instytucjonalnej „iteracji”. Nie widzę zatem powodu, ażeby wobec istnienia i uznawania „mocy” owych skutków normatywnych

⁶² Chyba, że uchylenie następowałoby na skutek stwierdzenia ich „nieważnego” ustanowienia, wówczas bowiem trzeba by przyjąć, że nie mogły one wywołać i nigdy w istocie nie wywołały one swojego skutku, a zatem nadal istnieje stan prawny sprzed ich „pozornego wejścia w życie” (które nie nastąpiło, albowiem czynność ich ustanowienia nie została dokonana prawidłowo i skutecznie). Na temat „odżycia norm” zob. także A. Grabowski, B. Naleziński, *Kłopoty z obowiązywaniem* [w:] J. Stelmach (red.) *Studia z filozofii prawa*, Kraków 2001, s. 251 inn.; Z. Czeszejko-Sochacki, *Sądownictwo konstytucyjne w Polsce na tle powszechnym*, Warszawa 2007, s. 443 i nn.

wywołujący je akt (przepis) nie mógł być traktowany tak jak każdy inny „obowiązujący” przepis prawny. Nic w samej „naturze” takich przepisów nie przesądza o tym, czy mogą one czy nie mogą być w ten sposób traktowane. Jest to sprawa konwencji, decyzji (podejmowanej przede wszystkim w oparciu o przesłanki celowościowe, etyczne czy pragmatyczne) co do tego, jak *powinny one* być traktowane - czy powinny podlegać kontroli z punktu widzenia konstytucyjności owych skutków normatywnych jakie wywołały, czy i na jakich zasadach mogą być modyfikowane, czy wreszcie ich uchylenie powinno pociągać za sobą skutek w postaci „odżycia” przepisów uchylonych czy zmienionych. Swoją drogą samo w sobie stanowi to doskonały przykład konwencyonalnej płaszczyzny funkcjonowania porządku prawnego - przepisy o wejściu w życie czy nowelizacji będą „uchylalne” jeśli będziemy je za takie uważać. Przepisy derogowane uprzednio przez przepis obecnie derogowany będą „odżywać” jeśli będziemy *uważać*, że w takich sytuacjach odżywają. Nie wyniknie to ani z „pojęcia odżywiania”, ani też „normy”, „performatywu” czy „obowiązywania”, a wyłącznie z tego, jaka ukształtuje się w tej mierze konwencja dotycząca sposobu traktowania przepisów, które zostały uchylone przepisami następnie uchylonymi. Osobiście uważam, że nie ma żadnych powodów, aby wykluczać możliwość uznania za niekonstytucyjny np. przepisu nadającego określonemu zwrotowi pewne znaczenie (definicja legalna), tworzącemu jakiś podmiot, nadającemu rozmaite „zdolności prawne” czy wprowadzającemu „z mocą wsteczną” w życie inne przepisy. Tego ostatniego rodzaju przepis ujawnia zresztą bardzo wyraźnie w jaki sposób performatywność przeradza się następnie w określone, trwające w czasie obowiązki. Retroaktywne wprowadzenie w życie przepisów (tzw. „wsteczne działanie” czy „wsteczna moc” prawa) oznacza wszak nic innego, jak wykreowany *pro futuro* obowiązek oceny w świetle nowych przepisów także faktów z przeszłości. Owo przejście performatywu w obowiązki (jak ujęliśmy to wcześniej „rozproszenia się” terminu Y na obowiązki i uprawnienia poszczególnych podmiotów) nie jest przy tym żadną specyfiką

⁶³ Przykład tego rodzaju argumentacji przedstawiają m.in. A. Grabowski i B. Naleziński, *Kłopoty z obowiązywaniem*, s. 255-256). Swoją drogą wyprowadzanie tak daleko posuniętych konsekwencji z „pojęcia” performatywności, a nie normatywności przepisu zakrąża na powrót do jakiegoś rodzaju *neo-begriffsjurisprudenz*. Innym przykładem jest rozpowszechnione w naszym dyskursie prawnym pojmowanie „państwa prawnego”. Jest ono rozumiane tak, jak gdyby z samego pojęcia „wynikały” najrozmaitsze zasady, normy czy obowiązki. W rzeczywistości zaś wynika z niego jedynie to, co wcześniej „umieścimy” czy „przyporządkujemy” temu pojęciu poprzez skonstruowanie takiej czy innej doktryny państwa prawnego (por. na ten temat J. Nowacki, *Rządy prawa*, Katowice 1995, *passim*).

⁶⁴ Por. szerzej T. Pietrzykowski, *Wsteczne działanie prawa i jego zakaz*, Kraków 2004; także idem, *Obowiązywanie i stosowanie prawa cywilnego w czasie* [w:] M. Safjan (red.) *System prawa prywatnego*, 1.1 *Prawo cywilne - część ogólna*, Warszawa 2007, s. 638 i nn.

„mocy wstecznej”. Nie inaczej jest w każdym innym przypadku - w odniesieniu do zjawiska retroakcji jest to jedynie nieco wyraźniej widoczne.

W świetle teorii faktów instytucjonalnych nieco inaczej spojrzeć można także na niezwykle kontrowersyjny problem ważności i istnienia czynności prawnych, wraz z kwestią tzw. czynności nieistniejących (*negotium non existens*). Wydaje się, że spora część towarzyszącego tej dyskusji zamieszania to rezultat traktowania istnienia i ważności faktu instytucjonalnego (dokonania czynności prawnej) jako dwóch różnych kategorii odnoszących się do tego samego przedmiotu (tj. czynności prawnej). Tymczasem podobnie jak w każdym przypadku faktu instytucjonalnego należy tu odróżnić nastąpienie tego faktu od jego konsekwencji. Czym innym jest bowiem dokonanie czynności prawnej w sensie pewnego zachowania, aktu, któremu przypisywany jest status „złożenia oferty”, „wypowiedzenia umowy najmu”, „udzielenia pełnomocnictwa”, „podjęcia uchwały” etc., od konsekwencji owej czynności, jej wytworu, którym są pewne uprawnienia lub obowiązki. Może tu zatem być mowa o czynności prawnej w sensie pragmatycznym (aktu) oraz czynności prawnej w sensie apragmatycznym (wytworu). W ten sposób „uchwała” czy „umowa” może oznaczać zarówno akt ich podjęcia czy zawarcia (uchwalenia czegoś lub umówienia się co do czegoś), jak i uprawnienia lub obowiązki będące następstwem owego aktu (wraz ewentualnie z ich materialnym substratem - dokumentem w którym treść owa została zapisana). Owe normatywne skutki istnieją jedynie wówczas, jeśli do ich powstania doszło wskutek zajścia zdarzenia, któremu nadawana jest pewna funkcja statusowa - w tym przypadku dokonania danego rodzaju czynności prawnej której przepisy przyporządkowują powstanie określonych konsekwencji. Innymi słowy - jeśli dana czynność (w sensie pragmatycznym) zostanie dokonana w odpowiedni sposób („ważnie”), to powstaną i będą istniały jej skutki (uprawnienia i obowiązki stanowiące czynność w sensie apragmatycznym). I *vice versa* - jeśli czynność nie będzie uważana za dokonaną w sposób „ważny” (prawidłowy, zgodny z regułami jej dokonywania) - nie dochodzi do powstania związanych z jej zajściem normatywnych konsekwencji, a zatem nie *istnieją* uprawnienia i obowiązki stanowiące „umowę”, „pełnomocnictwo” czy „stosunek pracy”. Krótko mówiąc - ważność jest kwestią czynności rozumianej pragmatycznie, istnienie - czynności rozumianej,

⁶⁵ Ten niezwykle istotny podział stosowany jest w teorii wykładni prawa (wykładnia w sensie pragmatycznym rozumiana jako czynności oraz w sensie apragmatycznym rozumiana jako wytwór tych czynności). Zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa*, Warszawa 2002, s. 45 i nn. Podobnie w odniesieniu do stanowienia prawa - wyróżnia się akty prawotwórcze rozumiane jako czynności oraz akty normatywne rozumiane jako ich wytwory (A. Michalska, S. Wronkowska, *Zasady tworzenia prawa*, Poznań 1983, s. 13).

apragmatycznie (normatywnych konsekwencji tej pierwszej). Jeśli czynność nie zostaje „ważnie” dokonania (nie jest za taką uważana), to nie zaistnieje *jako* fakt instytucjonalny stanowiący zbiór uprawnień i obowiązków będących konsekwencją jej poprawnego dokonania.

Jak na tym tle przedstawia się kwestia „wadliwych”, „nieważnych” i „nieistniejących” czynności prawnych? Otóż, jeśli z dokonaniem wadliwej czynności prawnej związane są jakieś konsekwencje normatywne, to mamy tu do czynienia z odrębnym rodzaju faktem instytucjonalnym polegającym na dokonaniu *wadliwej czynności prawnej* (a nie - *wadliwej* czynności prawnej), z którym łączone są takie czy inne konsekwencje normatywne. Podobnie z czynnością „nieważną” - jeśli z jej dokonaniem związane są jakiegokolwiek konsekwencje prawne, to stanowi ona pewien odrębny fakt instytucjonalny, polegający na dokonaniu *nieważnej czynności prawnej* (a nie - *nieważnej* czynności prawnej) wywołującej owe konsekwencje. Warto zwrócić uwagę, że w tego rodzaju przypadku, mamy do czynienia z paradoksem polegającym na tym, że zachowanie danego podmiotu może w świetle reguł konstruujących taką *nieważną czynność prawną* bądź to *liczyć się* jako jej dokonanie, bądź też *nie liczyć się* jako jej dokonanie. Można więc powiedzieć, że w istocie możliwe jest ważne (prawidłowe) lub nieważne (nieprawidłowe) dokonanie nieważnej czynności prawnej. Paradoks ten jest jednak efektem nazywania „nieważną czynnością prawną” faktu prawnego, którego nastąpienie wywołuje określone (jej przypisane) skutki prawne. Tworzy się w ten sposób pewna *quasi-czynność prawna*. Gdyby następnie w aparaturze pojęciowej danej gałęzi prawa istniała także instytucja „nieistniejącej czynności prawnej”, której dokonanie wywoływałoby także jakieś konsekwencje prawne - to sytuacja uległaby powtórzeniu. I tu bowiem moglibyśmy mieć do czynienia z ważnym (spełniającym przesłanki prawne) lub nieważnym (niespełniającym tych przesłanek)

⁶⁶ Zob. T. Gizbert-Studnicki, *O nieważnych czynnościach prawnych w świetle koncepcji czynności konwencjonalnych*, Państwo i Prawo 1975, z. 4; także T. Pietrzykowski, *Negotium non existens*, Rejent 2008, z. 12. Por. także S. Czepita, *Reguły konstytucyjne...*, s. 191 inn.; idem, *Zagadnienie orzeczeń nieistniejących w postępowaniu cywilnym w świetle koncepcji czynności konwencjonalnych* [w:] S. Czepita (red.) *Konwencjonalne i formalne aspekty prawa*, Szczecin 2006, s. 139 i nn.

⁶⁷ Wydaje się to kontr intuicyjne z tego powodu, że w pojęcie czynności prawnej włącza się założenie co do woli doprowadzenia do powstania związanych z nią skutków prawnych poprzez jej „ważne” (prawidłowe) dokonanie. Jeśli jednak wyobrazimy sobie, że w jakiś szczególnych, nietypowych okolicznościach komuś zależałoby np. na wywołaniu skutków dokonania „nieważnej” czynności prawnej, wówczas rozważania czy dokonał jej w sposób „ważny” (skutki owe wywołując) czy „nieważny” (nie doprowadzając do ich powstania) nie wydawałoby się już niczym szczególnie dziwnym.

dokonaniem takiej „nieistniejącej czynności prawnej”. Jeśli dokonanie jej byłoby „ważne” (prawidłowe, odpowiadające regułom) to w konsekwencji istniałby fakt instytucjonalny polegający na dokonaniu „nieistniejącej czynności prawnej” i wynikających z niej konsekwencji prawnych. Innymi słowy - istniałyby „nieistniejące czynności prawne”. Cała nienaturalność tej terminologii bierze się z tradycji, w której skutki prawne wiązane są z zachowaniami nazywanymi „nieważnymi”, „nieistniejącymi”, „bezskutecznymi” etc. czynnościami prawnymi. Przypomina to trochę sytuację gdy np. kolor biały czy czarny nazwać „brakiem koloru”, „zakrytym kolorem”, „nienadany kolor” etc. Wówczas też dochodziłoby do paradoksalnych konstatacji, że „brak koloru” lub „nienadany kolor” też jest kolorem, tyle że „nienadany” lub „brakującym”. W każdym przypadku, gdy określone konsekwencje przyporządkowywane są do pewnych zachowań, konstytuuje się zarówno rodzaj zachowania, które „liczy się” jako wywołujące te właśnie konsekwencje, jak i zachowania, które nie liczy się jako wywołujące te konsekwencje. Jest tak również wtedy, gdy pewne zachowanie rodzące konsekwencje X nazwie się „nieważną” lub „nieistniejącą” czynnością Y. Odnoszenie „ważności” i „istnienia” czynności prawnych do tego samego przedmiotu (tak samo rozumianej „czynności prawnej” usuwa z pola widzenia to, że prawidłowe w świetle pewnych reguł (tj. „ważne”) dokonanie czynności w sensie pragmatycznym pociąga za sobą istnienie określonych uprawnień i obowiązków jako jej konsekwencji (a więc istnienie tej czynności rozumianej apragmatycznie). Jeśli pełnomocnictwo w sensie udzielenia upoważnienia zostało „ważnie” (prawidłowo) dokonane, wówczas istnieje pełnomocnictwo w sensie relacji pomiędzy pełnomocnikiem i mocodawcą (tzn. umocowany „liczy się” jako pełnomocnik, ciążą na nim określone obowiązki i uprawnienia, podobnie jak na mocodawcy). Krótko mówiąc - jeśli przez istnienie czynności prawnej rozumiemy jej istnienie *jako* owej czynności (tzn. jako pewnego faktu instytucjonalnego), wówczas ważność i istnienie nie odnoszą się do tego samego przedmiotu, ale do dwóch różnych rozumień „czynności prawnej” - jej pragmatycznego i apragmatycznego sensu. Istnieją czynności (wytwory stanowiące zbiór uprawnień i obowiązków), które zostały dokonane w sposób ważny (tzn. stanowią efekt takich zachowań, które prawnie „liczą się” jako dokonanie pewnej czynności), nawet jeśli prawnicy zwykli nazywają je czynnościami „wadliwymi”, „kulejącymi”, a nawet „nieważnymi” lub „nieistniejącymi” ale „wywołującymi pewne skutki prawne”.

Ostatnią sprawą, na którą warto zwrócić uwagę to problematyka „świata prawnego” rozumianego jako pewien możliwy świat konstruowany przez język

⁶⁸ Zob. szerzej T. Pietrzykowski, *Negotium non existens*, op. cit.

prawny.⁶⁹ Nie ma oczywiście niczego złego w ujmowaniu świata konstruowanego przez język prawny jako pewnego możliwego świata prawnego, zwłaszcza doceniając zalety koncepcji „światów możliwych” do analizy wielu zagadnień filozoficznych. Trzeba jednak mieć jednocześnie świadomość, że język prawny przede wszystkim konstytuuje byty (nie tylko podmioty - jak „podatników” czy „spadkobierców”, ale przede wszystkim fakty - jak „wypowiedzenia umów”, „posiedzenia zarządów” czy „decyzje administracyjne”) należące do najzupełniej realnego, „naszego” świata. Spółki, podatnicy, przestępstwa czy obywatele nie są li tylko elementem „możliwego świata tekstu prawnego”, ale elementami rzeczywistości nie mniej realnymi niż ludzie, samochody, planety czy jeziora. Mają one charakter ontologicznie subiektywny, albowiem ich istnienie zależy ostatecznie od świadomości i przekonania co do obowiązywania konstruujących je reguł, ale dopóty, dopóki owe należące do sfery kolektywnej intencjonalności warunki po- zostają spełnione, fakty instytucjonalne mają charakter nie mniej realny, niż fakty surowe w oparciu o które są budowane. Oczywiście w pewnych sytuacjach może zdarzyć się, że w sposób błyskawiczny pewne instytucjonalne byty przestają być uznawane i akceptowane, tracąc warunek swojego istnienia, co prowadzić może do gwałtownych nieraz rewolucji także w sferze ontologii świata społecznego. Przypadki mniej lub bardziej nagłej utraty swojego instytucjonalnego statusu przez wczorajszych „właścicieli”, „armie”, „państwa”, „królów”, „rządy”, „pieniądze” czy „instrumenty pochodne” boleśnie nieraz uświadamiają jak bardzo należą one do najzupełniej realnego, oplatającego nas wielopoziomowymi instytucjonalnymi konstrukcjami świata w którym żyjemy.

⁶⁹ Zob. T. Gizbert-Studnicki, *Język prawny a obraz świata* [w:] G. Skąpska (red.), *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie*, Kraków 1992; R. Sarkowicz, *Poziomowa interpretacja tekstu prawnego*, rozdz. 96 i nn.

⁷⁰ Na temat koncepcji „światów możliwych” zob. zwłaszcza D. Lewis, *Światy możliwe*, R. Stalnaker, *Światy możliwe* oraz P. van Inwagen, *Dwa pojęcia światów możliwych*, wszystkie prace [w:] T. Szubka (red.) *Metafizyka w filozofii analitycznej*, Lublin 1995; J. Woleński, *Możliwe światy teorii prawa* [w:] *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, Poznań 1990 s. 15 in.

⁷¹ T. Studnicki, *Ujęcie instytucjonalne w teorii prawa*, s. 132.

JOHN R. SEARLE AND ONTOLOGY OF LAW

An essay „John R. Searle and ontology of law” is devoted to a theory of social ontology being developed by one of the leading contemporary analytic philosophers. It is based on results achieved by cognitive science (of which Searle was one of co-founders) as well as his own earlier inquiries into language, speech acts and mind. This kind of project, the aim of which is to clarify a logical structure and mechanisms of constructing social reality, applying ideas of intention-ality, status functions, constitutive rules and institutions unifies many various theories, findings and intuitions put forward in many fields of research including legal sciences. It enables us to identify and better understand not only common structure behind law and other social phenomena but also their relation to our conception of physical world as described by natural science. It seems that John Searle’s works contribute much to create a new paradigm of exploration and analysis of social world highly relevant for legal thinking. Furthermore, it sheds new light on many controversial problems and concepts of legal science. Despite the fact that the theory of social world as proposed by Searle is still at relatively early stage of development, its importance for understanding legal reality can hardly be overestimated.