

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 1 (209) 2017
Warszawa 2017

Lech J. Żukowski ■

PRAWO JAKO FAKT SPOŁECZNY

W artykule przedstawiono teoretycznoprawne rozważania na temat postrzegania prawa jako faktu społecznego. Tekst ma charakter teoretyczny i odnosi się do filozoficznych problemów społecznego odbioru systemu prawa. Proponowane ujęcie prawa jako faktu społecznego zostało zaadaptowane z filozoficznych koncepcji J. Searle oraz wybranych przedstawicieli filozofii i filozofii prawa. Odwołano się także do dorobku innych nauk, głównie psychologii społecznej.

I.

Prezentowane pojęcie prawa jako faktu społecznego wywodzi się z filozofii J. Searle¹. Mówiąc najprościej, faktem społecznym jest coś, co istnieje obiektywnie w świadomości społecznej i spełnia rolę zgodną z oczekiwaniami. Jak zauważył J. Searle, niektóre obiekty są prawdziwe tylko dlatego, że ludzie zachowują się tak, jakby były prawdziwe. Fakty społeczne opierają się na przekonaniach podzielanych przez członków danej społeczności, na powszechnej zgodzie co do przyznania czemuś lub komuś określonego statusu. J. Searle tłumaczy na przykładzie pieniądza, czym są fakty społeczne. Sam banknot (bilon) istnieje materialnie i jest faktem materialnym. Jednak jego rola społeczna jako instrumentu służącego wymianie sprawia, że pieniądze są także faktem społecznym. Jak tłumaczy J. Searle, papier, który ktoś ma w kieszeni, jest tylko wtedy pieniądzem, kiedy większość ludzi uważa go za pieniądź. Jeśli za pośrednictwem tego papieru (banknotu) można dokonać transakcji w świecie społecznym, to pełni on rolę

¹ J. Searle, *The Construction of Social Reality*, New York 1995, s. 26 i nast.

pieniądza. Jeśli jednak nikt by nie wierzył, że konkretny papier jest pieniądzem, nie pełniłby on swojej funkcji i w efekcie faktycznie był tylko kawałkiem papieru. W świadomości społecznej nie pełniłby określonej funkcji, straciłby rację bytu jako instrument wymiany – nie byłby już zatem faktem społecznym.

Podklasą faktów społecznych są według J. Searle fakty instytucjonalne, np. drukowanie pieniędzy, małżeństwo czy ustanawianie prawa przez organy władzy². Każdy fakt instytucjonalny może być jednocześnie faktem społecznym, jednak nie każdy fakt społeczny jest faktem instytucjonalnym. J. Searle podaje przykład przyjaźni, która jest faktem społecznym (ludzie mogą uważać daną relację za przyjaźń), ale nie wymaga ona jednak instytucjonalnego potwierdzenia, nie jest więc faktem instytucjonalnym. Przeciwnie jest z małżeństwem, które będąc faktem społecznym, jest jednocześnie faktem instytucjonalnym – wymaga instytucjonalnego zatwierdzenia przez właściwe organy. Na tym tle uwidacznia się związek i różnica między faktami społecznymi i ich podklasą, czyli faktami instytucjonalnymi. Fakty społeczne, aby istnieć, muszą być poparte adekwatnymi postawami i zachowaniem ludzi – jak więc. Fakty instytucjonalne muszą być poparte odpowiednim zachowaniem (aktem) instytucji formalnej – jak fakt zarejestrowania małżeństwa czy druk pieniądza.

Fakty społeczne, mogą, ale nie muszą, być faktami instytucjonalnymi, ale fakty instytucjonalne muszą być uznawane za fakty społeczne, aby „prawdziwie” funkcjonować w społeczeństwie. J. Searle przedstawia związek i różnice między faktami społecznymi a instytucjonalnymi na przykładzie wojny³. Wojna jest zawsze faktem społecznym, jeśli angażuje określone strony konfliktu. Dodatkowo, gdy jest wywołana przez władze wrogich państw, jest jednocześnie faktem instytucjonalnym. Nawet jeśli dane państwo nie nazwie takiego zjawiska „wojną” tylko „konfliktem”, a istnieje faktyczna walka między jego stronami, to ten „konflikt” jest realnie „wojną”. Skutek może być także odwrotny, jeśli państwa wypowiedzą sobie wojnę, która nie będzie wywoływać żadnych praktycznych skutków społecznych, to taka „wojna” jest jedynie faktem instytucjonalnym, ale nie faktem społecznym.

Analogicznie jest z prawem. Przeniesienie koncepcji J. Searla na grunt rozważań o prawie jest zasługą psychologa społecznego S. Pinkera⁴. „Życie złożonych społeczeństw opiera się na faktach społecznych, czego najlepszym przykładem są pieniądze i prawo (...). Fakt społeczny może istnieć tylko wtedy, kiedy ludzie są gotowi traktować go jako fakt (...). Jest swoisty dla swojej społeczności

² Ibidem, s. 38.

³ Ibidem, s. 89.

⁴ S. Pinker, *Tabula Rasa. Spory o naturę ludzką*, Sopot 2012, s. 102. Należy podkreślić, że J. Searle nie jest filozofem prawa tylko badaczem języka i filozofem umysłu.

(...)⁵. Zgodnie z S. Pinkerem, uznawanie prawa za fakt społeczny jest uzależnione od istnienia i utrzymywania umowy społecznej, na podstawie której nadaje się pewien status władzy państwa i ludzie są zdolni zachowywać warunki tej umowy tak długo, jak zachowują ją inni – także władza.

Pierwsze wrażenie związane z adaptacją koncepcji faktów społecznych do rozważań o prawie może prowadzić do jej związania z koncepcjami prawnonaturalnymi. Zbliżoną tezę głosił już św. Tomasz z Akwinu, twierdząc, że prawo ludzkie obowiązuje tylko wtedy, gdy jest zgodne z prawem natury⁶. Takie intuicyjne powiązanie byłoby jednak błędnym uproszczeniem. Analiza prawa jako faktów społecznych bliższa jest teoriom pozytywistycznym.

Można stwierdzić, że prawo jest faktem społecznym, jeśli: 1) normy tego prawa istnieją w świadomości społecznej i spełniają rolę zgodną z oczekiwaniami, 2) można obiektywnie udowodnić istnienie takich norm. Prawo będzie jednocześnie faktem instytucjonalnym, jeśli jest formalnie ustanawiane przez instytucje społeczne cechujące się autorytetem (ustawodawcę). Jeśli legalnie ustanowione prawo nie będzie spełniać warunków przedstawionych w pkt. 1 i 2 to takie prawo nie będzie faktem społecznym. Teza ta wiąże się z problematyką kodowania wartości w prawie pozytywnym. Dlatego konieczne jest przeniesienie rozważań na grunt wybranych tez filozofii prawa.

II.

Aby prawo pozytywne spełniało podstawowy warunek istnienia jako fakt społeczny, to jego normy muszą jednocześnie być uznawane w świadomości społecznej. Tak rozumiane „istnienie” wiąże się z pełnieniem przez prawo oczekiwanych ról, co z kolei przenosi rozważania na poziom klasycznej debaty o związku prawa z wartościami. Prawo jako fakt społeczny musi być nasycone czynnikiem określanym przez klasyczną filozofię stoicką jako *pneuma*⁷. Przez analogię można zaryzykować tezę, że nasycenie prawa wartościami jest tym samym co nasycenie materii *pneumą*. Im więcej wartości w prawie, tym więcej w nim „życia”. Rozwinięciem stoicyzmu była ontologia. Wersja ontologicznej filozofii prawa znajduje się m.in. w dziełach św. Tomasza z Akwinu⁸, kluczowe stają się tu dwie

⁵ Ibidem, s. 102.

⁶ Św. Tomasz z Akwinu, *Suma Teologiczna*, t. 13, Prawo (I–II), Londyn 1985, q. 96.

⁷ *Pneuma* to tzw. boski pierwiastek ożywiający materię. Im jest jej więcej w materii tym jest w niej więcej życia i na odwrót.

⁸ M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Zakamycze 2000, s. 27.

jej cechy: hylemorfizm i odróżnienie istoty od istnienia. Oba pojęcia odnoszą się do zagadnienia bytu, jakim jest prawo. Hylemorfizm analizuje przemianę bytów, z kolei byty cechują się dwoma aspektami: materią i formą. W tzw. hylemorfizmie materia jest tym, co pomimo przemian bytu zostaje w nim niezmiennie, jest jego immanentną materią. Materia poddaje się zmianom i kształtowaniu. Plan, rozwój przemian materii jest w hylemorfizmie jej formą. „Materia w stanie czystym nie daje się nawet pomyśleć ani zdefiniować. To tylko coś, co ma zdolność do ukształtowania, przybierania różnych form. Forma przedmiotu stanowi jego aktualność”⁹. Byt cechuje się także aspektem potencjalnym i aktualnym. Potencjalność odnosi się do tego, czym byt może być – jakie dana materia może przybierać formy – natomiast aktualność jest wyrazem tego, czym w danym momencie byt jest. Aktualność bytu jest konkretnym aktem, który posiada właściwe sobie cechy i jest zdeterminowany formą. Na tym tle można powiedzieć, że prawo jest materią, która poddaje się różnym przemianom i przybiera różne formy. Aby prawo była faktem społecznym, musi przybrać właściwą formę, by spełniać oczekiwania ludzi i być odbierane jako „prawdziwe”. Istotne, że potencjalność prawa jest nieograniczona. Prawo może, ale nie musi realizować swojej potencjalności zgodnie z potrzebami ludzi. Pożądane jednak jest, aby potencjalność prawa była ukierunkowana na ochronę i realizację wartości ludzkich.

Drugim po hylemorfizmie elementem ontologii św. Tomasza z Akwinu jest odróżnienie w bycie istnienia od jego istoty. Istnienie jest realnym bytem, natomiast istota jest jego charakterem. Istnienie jest tym, dzięki czemu coś jest realne. Jak przyjęto wyżej, prawo jest materią przybierającą różne formy, dalsza adaptacja przedstawionej koncepcji filozoficznej pozwala przyjąć, że istotą prawa jest odzwierciedlanie wartości społecznych. Oczywiście prawo może istnieć pomimo braku realizacji tak rozumianej istoty. Jednak jeśli istniejące prawo pozytywne nie charakteryzuje się ochroną wartości społecznych, to nie spełnia swojej istoty. Nie jest więc faktem społecznym, w takim przypadku może być jedynie faktem instytucjonalnym. Św. Tomasz z Akwinu twierdził, że jeśli prawo powstało tylko po to, by zaspokajać potrzeby władcy, lub jego cele są niezgodne z prawami natury, to w sumieniu osób podległych prawo to nie obowiązuje¹⁰.

Przenieśmy rozważania o kilkanaście wieków w przód do tez I. Kanta. Prawo jako fakt społeczny (przedmiot poznania) może być poznane i odebrane jako faktyczne prawo tylko poprzez właściwie dokonany odbiór konkretnego podmiotu (człowieka). W Kantowskiej koncepcji poznawania świata podmiot

⁹ Ibidem, s. 27.

¹⁰ Zob. Św. Tomasz z Akwinu, *Suma teologiczna*, t. 13, Prawo (I–II, q. 90–105), Londyn 1985, s. 96 i nast., podają za M. Zirk-Sadowski, op. cit., s. 32.

dokonujący obserwacji może odebrać dany przedmiot tylko jako fenomen¹¹, gdzie doświadczanie przedmiotu jest podporządkowane podmiotowi. Chodzi tu o to, że zawsze podmiot doświadczający konkretnego przedmiotu „przekształca go” w subiektywny sposób. Kiedy podmiot doświadcza, że ma do czynienia z prawem, to musi je wcześniej „przekształcić” zgodnie z uznawanymi wartościami, które determinują rozpoznanie danego zbioru norm jako prawo. Subiektywne przekształcenie jest niczym innym jak uznaniem, że prawo spełnia swoją rolę (realizuje swoją istotę). Takie prawo będzie faktem społecznym. Pozostając przy koncepcji I. Kanta, można powiedzieć, że ludzie oceniając, czy mają do czynienia z faktycznym prawem, posługują się tzw. imperatywem kategorycznym¹². Podmiot oceniający, że ma do czynienia z zasadami, co do których chciałby, aby były one stosowane przez każdego, obierze te zasady jako prawdziwe prawo¹³. Oczywiście nie zawsze dana zasada będzie idealnie zbliżona do imperatywu kategorycznego. Każdy podmiot posiada indywidualny zakres doświadczania danej zasady jako minimalnie zbliżającej się do imperatywu kategorycznego. Ludzie, doświadczając jakiejś normy prawa pozytywnego, dokonują oceny, czy odzwierciedla ona w jakimś wystarczającym stopniu wartość lub zasadę naturalnie uznawaną. Przez „naturalnie uznawaną” należy rozumieć te zasady, które są co do zasady wspólne ludziom lub niezależnie od tego są subiektywnie zinternalizowane (uznawane wyłącznie przez daną jednostkę).

Wydaje się jednak, że prawo pozytywne, jako zbiór zasad generalnych i abstrakcyjnych, będzie obierane jako faktycznie obowiązujące wtedy gdy odwołuje się najszerzej jak to możliwe do zasad uniwersalnych społecznie. Należy dodać, że I. Kant wyraźnie rozróżniał prawo natury (wewnętrzne normy ludzi) i prawo pozytywne (tworzone przez państwo). Jednak w proponowanej koncepcji prawa jako faktu społecznego imperatyw kategoryczny odgrywa równie ważną rolę w tzw. prawie natury, jak i prawie pozytywnym. M. Zirk-Sadowski, odnosząc się do filozofii prawa I. Kanta, zauważył, że „prawo pozytywne musi być więc tak skonstruowane, aby człowiek obdarzony wolną dobrą wolą mógł je zawsze uznawać za wartość nadrzędną”¹⁴. Zagadnienie „uznawania prawa”

¹¹ Fenomeny to zjawiska doświadczalne przez ludzi, ale jednocześnie zniekształcone ludzkim poznaniem. Rzeczy „same w sobie” Kant nazywał noumenem. Zob. I. Kant, *Krytyka praktycznego rozumu*, Warszawa 1984; zob. także O. Hoffe, *Immanuel Kant*, Warszawa 1995, s. 66 i nast.

¹² Imperatyw kategoryczny brzmi: postępuj tylko według takiej maksymy, dzięki której możesz zarazem chcieć, żeby stała się powszechnym prawem”, I. Kant, *Uzasadnienie metafizyki moralności*, Warszawa 1971, s. 50.

¹³ W: Władysław Tatarkiewicz, *Historia Filozofii*. T. 2, Warszawa 1988, s. 161–184.

¹⁴ Zob. M. Zirk-Sadowski, op. cit., s. 47.

wiąże się z jego działaniem. Kwestie te łączą się z omawianym dalej realizmem prawniczym.

Odwóływanie się do imperatywu kategorycznego w kontekście odbioru prawa może być krytykowane z uwagi na zbytnią autonomiczność takich sądów. Subiektywne poczucie obowiązania prawa jest dobrym początkiem uznania prawa przez jednostkę, jednak prawdziwym dowodem jego obowiązywania jest grupowa internalizacja danych norm prawnych¹⁵. Łącząc pojęcie prawa jako faktu społecznego wywodzące się z koncepcji J. Searle z poglądami I. Kanta, można powiedzieć, że sądy ludzi dotyczące prawa są sądami *a priori*, po prostu „wiemy”, kiedy dana norma jest prawem. Zgodnie z prezentowanym poglądem na prawo jako fakt społeczny S. Grzybowski przedstawił „kapitulacyjną” definicję prawa, twierdząc, że „wszyscy wiemy, czym jest prawo, ale nikt nie potrafi powiedzieć, czym ono jest”¹⁶.

III.

Prezentowane ujęcie prawa jako faktu społecznego wpisuje się w spór między naturalistycznymi a pozytywistycznymi koncepcjami prawa. Dziś zgodnie uznaje się, że podejście naturalistyczne jest nieadekwatne, podstawowy zarzut odnosi się do zagrożenia legalności prawa. Jeśli założymy, że prawo sprzeczne z wartościami społecznymi nie obowiązuje (bo nie jest w istocie prawem), to burzy się cały system legalności państwa. Kto, kiedy i na jakich podstawach miałby stwierdzić taką niezgodność? Interpretując prawo jako fakt społeczny, nie zakłada się, że obowiązuje ono tylko wówczas, kiedy jest zgodne z wartościami. Legalnie ustanowione prawo obowiązuje zawsze do czasu jego uchylecia lub zmiany, przeprowadzonej zgodnie z trybem przewidzianym tym prawem. Twierdząc, że prawo jest faktem społecznym, zauważa się jednocześnie, że jest ono także faktem instytucjonalnym i by legalnie obowiązywać, nie musi być powszechnie akceptowane. Jednak obowiązywanie „legalne” nie zawsze będzie obowiązywaniem „skutecznym”.

Relacja prawa i wartości była przedmiotem wielu wybitnych prac z filozofii prawa. Dobrym przykładem jest tu tzw. wewnętrzna moralność prawa

¹⁵ Idee koncentracji myśli prawodawcy na grupie społecznej, a nie na autonomicznych odczuciach jednostek możemy znaleźć u takich filozofów, jak Hegel i Savigny. Zob. G. Hegel, *Zasady filozofii prawa*, Warszawa 1969; F. C. Savigny, *O powołaniu naszych czasów do ustawodawstwa i nauki prawa*, Warszawa 1964. Nurt filozoficzny, który koncentrował się na potrzebach grupy jako odnośnika myśli legislacyjnej, to tzw. ujęcie dziejowo-historyczne, zob. M. Zirk-Sadowski, op. cit., s. 67–81.

¹⁶ S. Grzybowski, *Dzieje Prawa*, Ossolineum, 1981, s. 23.

według L. L. Fullera¹⁷. Niezależnie od tego, czy prawo jest legalnie ustanowione, aby zachowało swój autorytet i było postrzegane przez ludzi jako „prawdziwe” i w związku z tym skutecznie kierowało życiem społecznym, musi spełniać określone zasady. Wewnętrzna moralność prawa L. L. Fullera cechuje się ośmioma warunkami: 1) reguły prawne powinny mieć charakter ogólny (generalny), nie powinny być kierowane do indywidualnych podmiotów; 2) prawo powinno być ogłaszane w taki sposób, by każdy miał możliwość poznania jego treści; 3) poza wyjątkowymi sytuacjami prawo nie może działać wstecz¹⁸; 4) powinno być konstruowane w jasnym języku; 5) prawodawca nie powinien wprowadzać reguł sprzecznych ze sobą; 6) normy prawne muszą być możliwe do spełnienia – prawo nie może żądać niemożliwego; 7) powinno cechować się względną stałością; 8) organy państwa powinny działać na zasadzie legalności i ściśle przestrzegać prawa. Od spełniania tych zasad zależy czy prawodawca będzie mógł skutecznie kierować życiem społecznym. Te „formalne prawa natury” mają charakter koniunkcyjny, w związku z czym rażące łamanie choćby jednej zasady, oznacza, że system prawny nie może być oceniony jako dobry i moralny. L. L. Fuller podkreślał, że tak rozumiane prawo naturalne nie wywodzi się z założeń spirytualnych czy religijnych. Zachowanie tych ośmiu reguł przez system prawa pozytywnego jest w zgodzie ze źródłem pochodzenia tych zasad, którym jest natura człowieka. Prawo, które ma być subiektywnie i obiektywnie odbierane jako obowiązujące, dobre i moralne, musi spełniać wymienione wymogi. Należy dodać, że L. L. Fuller jako wybitny amerykański filozof prawa i krytyk pozytywizmu prawniczego, nie stawiał prawa natury ponad prawo pozytywne. Uważał, że oba podejścia się uzupełniają¹⁹.

Można stwierdzić, że z założenia formalnego prawa natury są w zgodzie z uznawaniem prawa za fakt społeczny. Wszystkie z wymienionych zasad będą istotne dla subiektywnego i obiektywnego odczucia ludzi, że mają do czynienia z prawem jako faktem społecznym. Trudno wskazać, która z ośmiu zasad jest najważniejsza, jednak za „koronną” zasadę można uznać legalność i praworządność działania państwa. Jej łamanie niejednokrotnie prowadziło do końca państwa i prawa²⁰.

¹⁷ Zob. na ten temat K. Opalek, J. Wróblewski, *Prawo. Metodologia, filozofia, teoria prawa*, Warszawa 1991, s. 132.

¹⁸ Fuller dopuszcza łamanie tej zasady wyłącznie w sytuacjach koniecznych dla zachowania praworządności.

¹⁹ L. L. Fuller, *Moralność prawa*, Warszawa 1978, s. 130 i nast.

²⁰ Interesujące przykłady łamania zasady legalności i praworządności działania państwa – najpierw przez carat, a później przez bolszewików – przedstawia R. Pipes w historycznej analizie rewolucji rosyjskiej. Zob. R. Pipes, *Rewolucja rosyjska*, Warszawa 2006, s. 72 i nast.

Słynny pozytywista prawny H. Hart wprowadził tzw. minimalne prawa natury. Prawo pozytywne powinno uwzględniać pewne naturalne właściwości ludzi. Na tzw. minimalne prawa natury składa się: 1) ludzka słabość, która sprawia, że niezbędne są nakazy i zakazy, 2) przybliżona równość ludzi, powodująca konieczność istnienia systemu kompromisów, 3) ograniczony altruizm, skłonność ludzi do wzajemnej agresji, rywalizacji, jak i altruizmu, 4) ograniczone zasoby naturalne, sprawiające, że konieczna jest prawna reglamentacja i pojęcie własności, 5) ograniczona siła woli i zdolność rozumienia, która sprawia, że ludzie potrzebują prawa i przymusu, aby jednostki dostosowujące się do prawa, rozumiejące jego celowość i posiadające silną wolę powstrzymującą je od łamania prawa były chronione przed osobami, które nie wykazują takich postaw²¹.

W podejściu pozytywistycznym określenie „fakt społeczny” w kontekście prawa używano w sposób zbliżony do pojęcia faktów instytucjonalnych w filozofii J. Searle²². W słynniej tezie pozytywizmu prawniczego J. Austin stwierdził, że należy odróżnić fakt istnienia prawa od jego oceny pod kątem zawartych w nim wartości. Tak rozumiany pozytywizm nie głosi, że prawo nie musi mieć związku z wartościami, jednak jego legalne obowiązywanie nie jest uzależnione od posiadania określonych wartości. W tym sensie prawo jest faktem społecznym, że obowiązuje społeczeństwa niezależnie od jego subiektywnych i obiektywnych ocen²³. Wybitni twórcy pozytywizmu prawniczego, jak H. Kelsen, H. Hart, czy J. Raz²⁴, mimo wielu dzielących ich różnic w poglądach, zgodnie uznawali prawo za fakt społeczny²⁵. Jednak tak rozumiane określanie prawa łączy się z jego legalnym obowiązywaniem i istnieniem niezależnie od zakodowanych w nim zasad. Zgodnie z pozytywizmem to, że ustawodawca legalnie przeprowadza proces legislacji sprawia, że prawo jest faktem i obowiązuje podległe mu jednostki, niezależnie od ich subiektywnych odczuć.

Integrację poglądów naturalistycznych i pozytywistycznych znajdujemy głównie w pracach R. Dworkina, który będąc uczniem H. Harta, starał się zsyntezować oba podejścia w filozofii prawa. Dworkin namawiał do poszukiwania jak najlepszego rozumienia prawa w kontekście norm i wartości kultury. Porównywał konstruowanie prawa do wspólnego tworzenia powieści przez pokolenia pisarzy (autorów), którzy dodają do tekstu kolejne rozdziały²⁶. Dworkin twier-

²¹ Zob. H. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998, s. 263–269.

²² Zob. np. prace D. Lyons, *Etyka i rządy prawa*, Warszawa 2012, s. 40–45.

²³ Zob. J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, W. E. Rumble (red.), Cambridge 1995, s. 157.

²⁴ Zob. J. Raz, *Autorytet prawa*, Warszawa 2000, s. 160 i nast.

²⁵ Zob. <https://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/#Bib>.

²⁶ R. Dworkin, *Law's Empire*, Londyn 1986, s. 33–35.

dził, że w przypadku kolizji prawa pozytywnego z prawem naturalnym (wartościami danej kultury) obywatele mają prawo do nieposłuszeństwa. Sprzeciw ten, określany w doktrynie nieposłuszeństwem obywatelskim, polega na odmowie realizacji normy prawnej będącej w kolizji z normą głęboko zawartą w strukturze społecznej, bez użycia siły czy przemocy i przy założeniu, że owe nieposłuszeństwo spotka się z dobrowolnym odbyciem kary przewidzianej prawem²⁷.

Warto przypomnieć, że zwykle krytykowano podejście pozytywistyczne w filozofii prawa za zbyt kult normy prawnej, która obowiązuje niezależnie od moralności. Jako przykład podawano np. prawo III Rzeszy czasów A. Hitlera, kiedy w ramach litery prawa wykonywano czyny wysoce niemoralne. Podobnie tłumaczy się postawy przedstawicieli państwa tzw. „Rosji stalinowskiej” do ustanawiania niemoralnych praw i ścisłe ich przestrzeganie. Należy jednak zauważyć, że zarzuty, z którymi spotkał się pozytywizm prawniczy, dotyczył bardziej pozytywizmu jako metody posługiwania się prawem niż samej doktryny filozoficznej²⁸. Paradoksalnie to właśnie oddanie się tzw. „wyższym wartościom”, wspartym założeniami eugeniki, sprowadzającym się do uznania „naturalnej wyższości jednej rasy nad drugą”, stanowiło uzasadnienie dla stworzenia w III Rzeszy „niehumanitarnego prawa”. Również państwo stalinowskie, wywodzące się z rewolucji rosyjskiej, wprowadzało wysoce niemoralne normy prawne w oparciu o uniwersalne i pseudointelektualno-naukowe dogmaty inżynierii społecznej. To właśnie w oparciu o tzw. „naturalne zasady”, „naturalne prawa ludzkie” budowano niehumanitarne systemy prawne. Krytyka pozytywizmu prawniczego często nie dostrzega, że także na gruncie dogmatów tzw. praw naturalnych może dochodzić do konstruowania niemoralnego prawa²⁹. W tym kontekście N. Davies pisze o tzw. „bezprawnej legalności”, „rządy prawa to jedna z owych wielkich zdobyczy zachodniej cywilizacji (...). Zarówno hitlerowcy, jak i stalinowcy bardzo się interesowali prawem i praworządnością. Ludzie Zachodu zapominają, że sama w sobie praworządność znaczy niewiele”³⁰.

²⁷ R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998, s. 398–399; R. Dworkin, *Law's Empire*, Londyn 1986, s. 65–68.

²⁸ Tak M. Zirk-Sadowski, op. cit., s. 182.

²⁹ Szczęśliwie większość znanych koncepcji praw natury odwołuje się do ogólnych zasad moralnych, które za priorytet uznają ochronę życia i zdrowia jednostki przed wszelką formą nadużycia i przemocy.

³⁰ N. Davies, krytykując „beźmyślną” i w pewnym sensie bezprawną praworządność, dalej pisze tak: „(...) prawo ustanawiane przez gangsterów będzie prawdopodobnie sprzyjać gangsterom. Prawo ustanawiane przez kanibali wprowadzi karę za wegetarianizm. W hitlerowskich Niemczech sądy i sędziowie byli całkowicie zależni od rządowej policji. W ZSRR używano pojęcia <<socjalistyczny wymiar sprawiedliwości>>, który miał tyle samo wspólnego z prawdziwą sprawiedliwością co krzesło elektryczne ze zwykłym krzesłem.

Przypomnienie wybranych poglądów teorii naturalistycznych i pozytywistycznych filozofii prawa miało na celu zaprezentowanie pewnego paradoksu, postrzeganie prawa jako faktu społecznego zasadniczo nie kłóci się z obiema teoriami. Można wyróżnić jednak dwa przemyślenia. Po pierwsze zgodnie z podejściem naturalistycznym prawo, aby stać się faktem społecznym, musi wiązać się z naturalnie istniejącymi wartościami społecznymi. Po drugie – brak kodowania wartości w prawie nie wpływa negatywnie na jego legalność. Takie prawo przestaje być jednak faktem społecznym, a staje się jedynie faktem instytucjonalnym.

IV.

Najbliższy przedstawianej koncepcji prawa jako faktu społecznego jest tzw. realizm prawniczy. Doktryna ta jest utożsamiana z pracami O. W. Holmesa³¹ i K. Llewellyna³². Drugi z wymienionych autorów wymienił podstawowe założenia tej koncepcji, zgodnie z którą m.in.: 1) prawo jest zmienne, 2) prawo nie jest samo w sobie celem, lecz środkiem do osiągania celów i dlatego powinno się badać jego skuteczność, 3) społeczeństwo podlega ciągłym zmianom, szybszym niż zmiany prawa, dlatego konieczne jest badanie zgodności prawa z potrzebami danego społeczeństwa. Realisci postulowali empiryczne badanie prawa metodami zaczerpniętymi z nauk przyrodniczych. Podstawą analizy prawa ma być jego faktyczne działanie. Zgodnie z koncepcją realistyczną prawo obowiązuje, jeżeli: a) jest dostatecznie prawdopodobne, że będzie ono realizowane lub w przypadku jego przekroczenia będzie to sankcjonowane przez odpowiedni organ państwa, b) adresaci norm prawnych uznają je za obowiązujące, choćby w taki sposób, że w większości nie będą skłonni do stawiania oporu, gdy za przekroczenie danych norm będzie wymierzona sankcja³³.

Przedstawione założenia realizmu prawniczego są bliższe prakseologii czy socjologii prawa, jednak ich treść ilustruje doniosły problem filozofii prawa. Jak postulowano wcześniej, prawo jest faktem społecznym, by określić je takim mianem to: 1) normy tego prawa muszą istnieć w świadomości społecznej i spełniać

Zob. N. Davies, *Europa walczy 1939–1945. Nie takie proste zwycięstwo*, Kraków 2008, s. 393–394.

³¹ Zob. O. W. Holmes, *The Path of The Law*, Harvard Law Review 1987, nr 10, s. 457–478. Podaję za M. Zirk Sadowski, *op. cit.*, s. 228.

³² K. Llewellyn, *Some Realism about Realism – responding to Dean Pound*, Harvard Law Review 1931, nr 44, s. 1235 i nast. Podaję za K. Opałek, J. Wróblewski, *Współczesna teoria i socjologia prawa w Stanach Zjednoczonych*, Warszawa 1963, s. 158 i nast.

³³ S. Wronkowska, [w:] A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1992, s. 111.

rolę zgodną z oczekiwaniami, 2) można obiektywnie udowodnić istnienie takich norm. Trzymając się ściślej filozofii J. Searle prawo jest faktem społecznym kiedy ludzie uznają je za prawo i wierzą, że pełni ono swoją rolę. Tezy te korespondują wyraźnie z realizmem prawniczym, w którym uważa się, że prawo obowiązuje jeśli jest dostatecznie prawdopodobne, że będzie ono realizowane oraz adresaci norm prawnych uznają je za obowiązujące, choćby w taki sposób, że w większości nie będą skłonni do stawiania oporu, gdy za przekroczenie danych norm będzie wymierzona sankcja.

V.

Na podstawie przedstawionych koncepcji filozoficznych można zaproponować następujący zbiór cech prawa, które będąc legalnie ustanowionym i istniejącym faktem instytucjonalnym, będzie jednocześnie faktem społecznym. Prawo, które jest faktem społecznym i w odczuciu społecznym będzie pełnić swoje funkcje w oparciu o wartości ludzkie, powinno być:

1) *Quasi* adekwatne – normy prawa będą zawsze pozostawać w tyle względem życia społecznego. Regulacje normatywne nie będą nigdy w pełni dostosowane do aktualnych potrzeb, ale powinny się wtórnie dopasowywać do realiów. Prawo nie powinno jednak wyprzedzać i kreować rzeczywistości społecznej. Zgodnie z poglądem E. Jenksa cały rozwój prawa zawdzięczamy tym, którzy je łamali³⁴. S. Grzybowski podsumowując swój opis dziejów prawa, zauważył, że (...) dzieje prawa toczyły się własnymi drogami. Prawo nie tworzyło stosunków społeczno-gospodarczych i kulturalnych, lecz pozostawało pod ich wpływem, rejestrując dokonywujące się przemiany. Ponieważ ostatecznie monopol władzy, siły i przymusu pozostał przy organizacjach państwowych, które powoływały do życia przepisy prawa oraz organy wymiaru prawa, łudzono się nieraz, że prawo może tworzyć stosunki społeczne i przekształcać je zupełnie dowolnie. Podejmowane w tym kierunku próby były zawsze nieudolne. Porządek prawny może jedynie ułatwiać i przyspieszać rozwój stosunków społecznych, gospodarczych i kulturalnych, stworzyć przychylne warunki dla niezależnego rozwoju. Wiara w nieograniczoną moc prawa była wielkim nieporozumieniem, aż nadto często pojawiającym się od czasów starożytności po epokę absolutyzmu oświeconego. Sądzono mylnie, że za pomocą prawa da się utrzymać ocalić i utrzymać przy życiu przeszłość, że zahamuje się rozwój rodzący się poza prawem”³⁵.

³⁴ E. Jenks, *Law and politics in the middle ages*, Londyn 1905, podaję za S. Grzybowski, op. cit., s. 33.

³⁵ S. Grzybowski, op. cit., s. 232.

2) Formalnie uwiecznione – prawo jako fakt społeczny musi być jednocześnie faktem instytucjonalnym, ustanowione legalnie przez władze legitymującą się autorytetem. Udowodnienie istnienia norm prawa pozytywnego musi opierać się ustalonych źródłach prawa, powszechnie znanych i udostępnionych. Właśnie ta cecha prawa sprawia, że można obiektywnie udowodnić istnienie jego norm. Jak podniesiono wcześniej, jest to jeden z dwóch kluczowych warunków uznawania prawa za fakt społeczny.

3) Oparte na przymusie instytucjonalnym – wykonalność prawa musi być poparta siłą instytucji państwa, która działając legalnie, posiada skuteczny atrybut egzekutywy. Niejako „rywałami prawa” są zasady etyczne, religia, etyka czy zasady współżycia społecznego, jednak to prawo pozytywne jest wsparte realnym przymusem. Norma prawna powinna mieć pierwszeństwo przed innymi normami, niewywodzącymi się z obowiązującego systemu prawa.

4) Zdeterminowane naturalnie – czyli oparte na naturalnych potrzebach i wartościach ludzkich³⁶. Prawo powinno pomagać skutecznie realizować potrzeby i chronić takie wartości³⁷. Ustalenie, że działanie prawa w społeczeństwie zależy od poziomu jego zgodności wartościami jest o wiele prostsze od ich wskazania. Jak powszechnie wiadomo, nie istnieje zamknięty katalog potrzeb ani uniwersalnych prawd moralnych uznawanych przez ludzi, można jednak wymienić kilka udanych prób wyodrębnienia najmniej dyskusyjnych katalogów, np. koncepcje św. Tomasza Akwinu³⁸, J. Finnis³⁹, E. Fromma⁴⁰, K. Obuchowskiego⁴¹ czy A. H. Masłowa⁴². Pozytywista prawny H. Kelsen uważał, że nie istnieją wartości uniwersalne moralnie „w obliczu nadzwyczajnej różnorodności tego, co ludzie rzeczywi-

³⁶ Jak twierdzi J. Craig Venter (amerykański biotechnolog, założyciel i dyrektor oraz główny naukowiec w firmie Celera Genomics, która stała się sławna z powodu prowadzonych prac nad ludzkim genomem niezależnie od *Human Genome Project*), wraz z odcyfrowaniem genomu ludzkiego i zaawansowanymi postępami w jego odczytywaniu uświadomienie sobie determinizmu biologicznego na ludzkie zachowania jest trudny do przecenienia. Zob. J. C. Venter, *Genetyczne podstawy ludzkich zachowań*, w: *Niebezpieczne idee we współczesnej nauce*, Sopot – Warszawa 2008, s. 39.

³⁷ Kwestię tę rozwijam w: L. J. Żukowski, *Spółeczna skuteczność prawa administracyjnego*, Rzeszów – Przemyśl 2015, s. 20 i nast.; L. J. Żukowski, *Spółeczna skuteczność prawa administracyjnego a zadania własne samorządu terytorialnego*, [w:] *Sposoby realizacji zadań publicznych*, B. Dolnicki (red.), Warszawa 2017, s. 798–809.

³⁸ Zob. Św. Tomasz z Akwinu, *Suma...*, op. cit., s. 96 i nast., podaję za M. Zirk-Sadowski, op. cit., s. 32.

³⁹ M. Zirk-Sadowski, op. cit., s. 162. Zob. J. Finnis, *Prawa naturalne i uprawnienia naturalne*, Warszawa 2001; J. Finnis, *Fundamentals of Ethics*, Georgetown University Press – Oxford University Press 1983.

⁴⁰ E. Fromm, *The sane society*, Nowy Jork 1955, s. 27 i nast.

⁴¹ K. Obuchowski, *Psychologia dążeń ludzkich*, Warszawa 1983, s. 71–276.

⁴² A. H. Maslow, *Motywacja i osobowość*, Warszawa 1990, s. 72.

ście w różnych czasach i w różnych miejscach uważali za dobre i złe, sprawiedliwe i niesprawiedliwe, nie da się stwierdzić istnienia elementu, który byłby wspólny dla treści wszystkich systemów moralnych”⁴³. Jednak zgodnie z aktualną wiedzą wywodzącą się z psychologii społecznej, nie jest to argument łatwy do obrony.

J. Haidt prowadzący badania na temat uniwersalnych wartości moralnych wykazał, że na podstawie praw ewolucji wykształciły się u ludzi podstawowe i powszechnie odczuwane „wartości moralne”. Wyróżnił pięć fundamentów moralności ludzkiej, do której zaliczył: 1) sprawiedliwość/oszustwo, 2) lojalność/zdrada, 3) autorytet/bunt, 4) świętość/upodlenie oraz 5) troska/krzywda. 1) Fundament sprawiedliwość/oszustwo ukształtował się w toku ewolucji w reakcji na adaptacyjne wyzwanie czerpania korzyści ze współpracy bez narażania się na ryzyko, że zostaniemy wykorzystani. Uwrażliwia on ludzi na sygnały wskazujące, że druga osoba będzie dobrym lub złym partnerem współpracy. Sprawia, że unikamy i kažemy oszustów. 2) Fundament lojalność/zdrada wyewoluował w odpowiedzi na adaptacyjne wyzwanie budowania i utrzymywania koalicji. Sprawia, że jesteśmy wyczuleni na oznaki tego, czy druga osoba jest (lub nie jest) lojalnym członkiem grupy społecznej. 3) Fundament autorytet/bunt ukształtował się w odpowiedzi na wyzwanie budowania relacji przynoszących korzyści w obrębie hierarchii społecznej. Uwrażliwia nas na oznaki pozycji społecznej lub statusu oraz na sygnały tego, że inni ludzie zachowują się właściwie, zważywszy na zajmowaną przez nich pozycję. 4) Fundament świętość/upodlenie wyewoluował w odpowiedzi na konieczność unikania rozmaitych patogenów i pasożytów. Aktualnie ma on znaczenie symboliczne, ludzie potrafią wartościować różne obiekty, nadawać im znaczenie pozytywne bądź negatywne – niekiedy nawet irracjonalnie. Ma on istotne znaczenie dla zachowania spójności grupy⁴⁴. 5) Fundament troska/krzywda wyewoluował w reakcji na adaptacyjne wyzwanie zapewnienia opieki osobom bezbronnym (głównie dzieciom). Aktualnie sprawia on, że jesteśmy wrażliwi na oznaki cierpienia i okrucieństwa i potrzeby pomocy⁴⁵. Na gruncie tych fundamentów kształtują się uniwersalne wartości moralne ludzi i wynikające z nich potrzeby społeczne. Bez wątpienia prawo jako fakt społeczny powinno pomagać organizować świat tak, aby wartości te były chronione, a potrzeby z nich wynikające skutecznie realizowane. Już sama tendencja do uznawania autorytetu prawa wynika z jednego z podstawowych

⁴³ Zob. H. Kelsen, *Czysta teoria prawa*, Warszawa 2014, s. 135.

⁴⁴ Ludzie potrafią kultywować własną religię, klub sportowy, kraj czy dany rodzaj jedzenia, potępiając jednocześnie reprezentantów innych kategorii z danego zbioru obiektów, pojęć czy idei.

⁴⁵ J. Haidt, *Prawy umysł. Dlaczego dobrych ludzi dzieli religia i polityka?*, Sopot 2014, s. 206–207.

fundamentów moralnych. Ludziom „opłaca się” utrzymywać hierarchię społeczną, a więc także legitymowaną władzę tworzącą i egzekwującą prawo w celu skutecznego realizowania interesów społecznych. Zapewnienie sprawiedliwości społecznej, troski o innych, poszanowania lojalności społecznej i uznawanych świętości leży u podstaw większości respektowanych systemów prawnych, które stają się prawdziwym faktem społecznym i ludzie mają uczucie, że obcuja z „prawdziwym” prawem. Do etykiety „prawdziwe” należy włączyć także fakt jego instytucjonalnego potwierdzenia i obowiązywania. Należy dodać, że założenia Haidta nie są teoretycznymi, dogmatami lecz efektem wieloletnich badań.

Ustalenie zamkniętego i sztywnego katalogu podstawowych wartości ludzkich jest jednak niemożliwe. Jak wykazał empirycznie J. Haidt⁴⁶, istnienie wspólnych fundamentów moralnych jest mocno różnicowane geograficznie. Wprawdzie wymienione czynniki są traktowane jako fundamenty moralne dla zdecydowanej większości ludzi, jednak „głębokość” i hierarchia jaka jest nadawana danemu fundamentowi zależny od kultury. Wydaje się, że aby prawo było odbierane jako fakt społeczny, żeby ludzie „wiedzieli”, że mają do czynienia z prawem, które nie jest wyłącznie faktem instytucjonalnym, musi ono czerpać z pięciu wymienionych fundamentów moralnych.

S. Grzybowski słusznie zwracał uwagę na fakt, że analizując pierwotne źródła prawa, zbyt często odwołuje się do zagadnień mistycznych czy religijnych, „zapomina się o pochodzeniu człowieka ze świata zwierzęcego – i jak wolno mniemać – zbyt późno poszukuje się zarodków prawa”. Nie wdając się w głębszą analizę poszczególnych etapów rozwoju prawa, należy wskazać, że od początku istnienia naszego gatunku istniały potrzeby zdeterminowane istnieniem naturalnych wartości, które były chronione przez różne prawa. Dopiero na etapie tzw. prawa archaicznego⁴⁷, które było poparte instytucjonalnym przymusem, istnieniem państwa i kodyfikacją, prawo obowiązujące społecznie stało się silnym faktem instytucjonalnym. Prawo pozytywne, kształtowane przez państwo było zawsze wtórne względem norm i zasad kształtowanych w trakcie poprzednich etapów rozwoju prawa (załączków prawa i prawa prymitywnego⁴⁸).

⁴⁶ Ibidem, s. 135–207.

⁴⁷ Jego klasycznym reprezentantem jest prawo rzymskie, zob. R. Taubenschlag, *Rzymskie prawo prywatne*, Warszawa 1955, s. 11–65; M. Kuryłowicz, M. Żołnierczuk, J. Kosiorkiewicz, *Historia prawa państw antycznych*, Lublin 1980, s. 9 i nast.

⁴⁸ Podstawowymi dziełami informującymi o rozwoju prawa prymitywnego są prace antropologów. Zob. B. Malinowski, *Crime and Custom in the savage society*, New York 1926; H. J. Hagbin, *Law and order in Polynesia*, New York 1934.

Podstawowym warunkiem społecznym determinującym istnienie prawa i jego rozwoju jako faktu społecznego jest konflikt interesów, w którym dysproporcja siły co najmniej dwóch układów (grup czy jednostek ludzkich) powoduje, że potrzebny jest obiektywny, generalny i abstrakcyjny zbiór reguł, do których można się w razie potrzeby odnieść. Jak zauważył S. Grzybowski, pierwotne poczucie prawa, oparte na ochronie własności, własnych grup i zarządzanych przez nie terenów, jest wspólne dla wielu organizmom świata zwierząt. Poczucie tzw. „prawa do czegoś” jest wspólne większości organizmów żywych, szczególnie zaś ssakom⁴⁹. Imperatyw ludzki „prawa do czegoś” prowadzi nieuchronnie do generowania konfliktów. Przy braku takich konfliktów prawo nie miałoby żadnej racji bytu⁵⁰.

Na tym tle można wyróżnić dwie podstawowe funkcje prawa jako faktu społecznego, tj: 1) ochrona interesów ludzi we wzajemnych relacjach, 2) ochrona interesów ludzi w relacjach z władzą (państwem i jego instytucjami). Pierwsza funkcja będzie realizowana głównie przez prawo karne i cywilne, druga przez prawo administracyjne. Szersza analiza tych dwóch funkcji wykracza poza ramy tekstu, należy jednak wskazać, że szczególnie ważna jest druga funkcja. Dysproporcja sił między jednostką a państwem sprawia, że legalność działania władzy oraz związek prawa pozytywnego z wartościami społecznymi będą kluczowymi aspektami dla uznania prawa za fakt społeczny. Obie funkcje prawa powinny być ograniczone, państwo powinno ingerować legislacją tylko w te sfery, gdzie nie działa tzw. samoregulacja życia społecznego⁵¹. Istotne jest, aby druga funkcja prawa jako faktu społecznego chroniła jednostkę przed państwem poprzez maksymalizację wymogu legalności działania władzy. Ten paradoks samoregulacji życia zbiorowego i obowiązku legalności działania władz i wiążącej się z tym koniecznej regulacji prawnych form działania państwa wynika z dysproporcji sił. Państwo tworzy prawo na podstawie legitymacji społecznej, powinno więc co najmniej analogicznie regulować działania własne co obywateli, przy czym normy prawne powinny konkretniej i intensywniej wiązać organy państwa niż jednostki. Kluczem do zachowania realizacji drugiej funkcji prawa jako faktu społecznego jest istnienie w państwie realny trójpodział władzy.

⁴⁹ S. Grzybowski, op. cit., s. 29.

⁵⁰ Trudno sobie wyobrazić zbiór reguł prawnych na wyspie zamieszkałej przez jednego człowieka. Chyba, że mówilibyśmy o konfliktach wewnętrznych takiej jednostki, takich jak „możność – konsekwencja”, która musiałaby sobie wytworzyć zespół obowiązujących norm, np. jak nie jeść po zachodzie słońca (możność), bo to zakłóca spokojny sen (konsekwencja).

⁵¹ Zob. na ten temat: Z. Kmiecik, *Zarys teorii postępowania administracyjnego*, Warszawa 2014, s. 92; Z. Kmiecik, *Skuteczność regulacji administracyjnoprawnej*, Łódź 1994, s. 102 i nast.

VI.

Adaptując koncepcję J. Searle na grunt rozważań o prawie, należy z całą mocą wskazać, że choć fakty instytucjonalne są podklasą faktów społecznych, to dla istnienia legalnego systemu prawnego w społeczeństwie pełne uznanie prawa jako faktu społecznego musi być poparte jego instytucjonalnym charakterem. Nawet kiedy prawo nie pełni swoich funkcji społecznych i w związku z tym nie jest uznawane za prawo „w pełni”, jego legalne obowiązywanie trwa i jakiegokolwiek zmiany mogą zachodzić tylko w trybie przewidzianym prawem. W innym wypadku istnienie prawa pozytywnego i jego rola traci sens.

Proponowane ujęcie ma charakter teoretyczny i nie rości sobie tytułu do bycia uniwersalną prawdą na temat prawa, taki postulat byłby arogancją. Spór o społeczny odbiór prawa jest przestrzenią do ciągłego aktualizowania naukowej debaty nad prawem.

LAW AS A SOCIAL FACT

This paper presents theoretical considerations about understanding the law as a social fact. Paper refers to philosophical problems about social reception of the entire law system. Proposed concept of law as a social fact is based on the J. Searle philosophy and chosen classic concepts of the philosophy of law. Paper also refers to other social studies, mainly psychology.