

Andrzej Grabowski  
Uniwersytet Jagielloński

## Postpozytywizm na tropie Świętego Graala? Odpowiedź na krytykę Tomasza Pietrzykowskiego\*

Artykuł polemiczny Tomasza Pietrzykowskiego *W poszukiwaniu Świętego Graala. Andrzej Grabowski o prawniczym pojęciu obowiązywania prawa*<sup>1</sup>, który ukazuje się w bieżącym numerze „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej”, budzi me zakłopotanie. Pierwszym powodem jest niecodzienna liczba pochwał pod adresem rozprawy *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego*<sup>2</sup>. Za nie chciałbym Autorowi artykułu serdecznie podziękować. Niestety, mimo najlepszych chęci, komplementów tych nie jestem w stanie odwzajemnić, i to drugi powód zakłopotania. Artykuł T. Pietrzykowskiego zawiera bowiem wiele błędnych odczytań i nadinterpretacji koncepcji obowiązywania prawa stanowionego, zaproponowanej w pracy stanowiącej przedmiot analizy. Przedstawiona przez polemistę interpretacja koncepcji postpozytywistycznej oraz podniesione przez niego kontrargumenty w przeważającej mierze wynikają z niezrozumienia jej istoty, a często są wewnętrznie sprzeczne. W tym stanie rzeczy czuję się przede wszystkim zobowiązany do wskazania tych fragmentów rozważań T. Pietrzykowskiego, które nie odpowiadają prawdzie. To naturalne prawo autora, którego koncepcja została opacznie zrozumiana. W odpowiedzi skoncentruję się zatem na sprostowaniu mylnych twierdzeń, które znalazły się w artykule polemicznym oraz na ponownym objaśnieniu niektórych elementów koncepcji postpozytywistycznej, którą przedstawiłem w *Prawniczym pojęciu obowiązywania prawa stanowionego*.

Przyjmując chronologię wątków podjętych przez T. Pietrzykowskiego, najpierw sprostujemy dwa fragmenty jego interpretacji tez składających się na postpozytywistyczną koncepcję obowiązywania norm prawa stanowionego (część druga polemiki).

Po pierwsze, Autor polemiki uważa, że zaproponowane przeze mnie prawnicze domniemanie obowiązywania norm prawa stanowionego w istocie konsumuje „znane z problematyki konstytucyjnej «domniemanie konstytucyjności» aktów normatywnych” (s. 66).

\* Pragnę gorąco podziękować Redakcji *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej* oraz jej sekretarzowi Panu Pawłowi Skuczyńskiemu za umożliwienie mi publikacji odpowiedzi na krytykę T. Pietrzykowskiego już w bieżącym numerze *Archiwum*.

<sup>1</sup> Zob. wyżej, s. 64–77. Numery stron artykułu T. Pietrzykowskiego, z których pochodzą cytaty lub do których odnoszę się w odpowiedzi, podaję bezpośrednio w tekście.

<sup>2</sup> A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego. Krytyka niepozytywistycznej koncepcji prawa*, Kraków: Księgarnia Akademicka, 2009.

Twierdzenie to wydaje się dużym nieporozumieniem, gdyż z pewnością istoty obu domniemań są z gruntu odmienne, tak co do ich celu, jak i zakresu oraz funkcji w dyskursie prawniczym. Podstawowym celem prawniczego domniemania obowiązywania norm prawa stanowionego jest stosunkowo proste uzasadnienie tezy o obowiązywaniu albo nieobowiązywaniu normy prawa stanowionego w walidacyjnych *clear cases* oraz uporządkowanie struktury dyskursu walidacyjnego *sensu stricto* w walidacyjnych *hard cases*. Natomiast celem domniemania konstytucyjności jest uzasadnienie tezy o zgodności obowiązujących (to między innymi znaczy: niezdergowanych przez prawodawcę lub sąd konstytucyjny) norm prawnych z konstytucją. Także zakres obu domniemań jest odmienny: pierwsze obejmuje również normy konstytucyjne, których drugie – ze swej natury – sensownie obejmować nie może (domniemanie konstytucyjności w stosunku do norm zawartych w konstytucji jest bezprzedmiotowe). O żadnym „konsumowaniu” domniemania konstytucyjności przez prawnicze domniemanie obowiązywania norm prawa stanowionego nie może być mowy również z tego powodu, że to drugie nie zawiera w swej treści jakiegokolwiek elementu materialnego (treściowego), który – jak sądzę – jest najważniejszy w pierwszym. Toteż w moim przekonaniu właściwe jest przyjęcie, że z uwagi na zasadnicze różnice prawnicze domniemanie obowiązywania ewentualnie może zastąpić, ale nie może „skonsumować” domniemania konstytucyjności, o czym zresztą wspominam w książce<sup>3</sup>. Dodajmy jeszcze, że także podstawowa dla funkcji obu domniemań w dyskursie prawniczym kwestia rozkładu ciężaru argumentacji przedstawia się odmiennie. Domniemanie konstytucyjności przypisuje ciężar dowodu podmiotom kwestionującym konstytucyjność regulacji ustawowej lub podustawowej, a więc stronom postępowania zawsze zmierzającym do negatywnego rozstrzygnięcia walidacyjnego. Natomiast zagadnienie ciężaru argumentacji walidacyjnej, toczącej się w kontekście prawniczego domniemania obowiązywania norm prawa stanowionego, jest o wiele bardziej skomplikowane i uzależnione od przyjętego przez stronę sporu kierunku i sposobu argumentacji walidacyjnej<sup>4</sup>.

Po drugie, T. Pietrzykowski utrzymuje, że „z pewnym wahaniem” opowiadał się za przyjęciem, iż w przypadku zawieszenia trybunalskiego prawniczego domniemania obowiązywania norm prawa stanowionego sędziowie mają prawne możliwości odmowy zastosowania norm uprzednio uznanych za niekonstytucyjne przez Trybunał Konstytucyjny, mimo że orzeczenie TK jeszcze nie weszło w życie. Zatem w okresie, który projektując określiam jako *vacatio derogationis*, normy te nie obowiązują (s. 67). Nie jest prawdą, że tak uważam, ponieważ twierdzę jedynie, że mamy w tym przypadku do czynienia z zawieszeniem wspomnianego domniemania, co bynajmniej nie implikuje, iż wspomniane normy nie obowiązują<sup>5</sup>. Wprawdzie przyznaję, że w analizowanym przypadku odroczenia wejścia w życie orzeczenia TK o niekonstytucyjności ciężar argumentacji walidacyjnej spoczywa na stronie zmierzającej do pozytywnego rozstrzygnięcia walidacyjnego, czyli uznania, iż normy prawne pozostające w *vacatio derogationis* obowiązują<sup>6</sup>, ale to przecież nie oznacza, że normy te nie obowiązują. Co najwyżej można mi przypisać, czego nie kwestionuję, że jestem zwolennikiem uznania ich za nieobowiązujące. Niczego jednak definitywnie nie rozstrzygam<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 560–561.

<sup>4</sup> A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 518–521, 524, 526, 528–529, 530, 539, 542–544, 546–547.

<sup>5</sup> A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 542.

<sup>6</sup> A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 542–544. Na marginesie należy odnotować wartościowy przypis 6 (s. 67), w którym T. Pietrzykowski powołuje niejednolite w tej materii orzeczenia sądów polskich z ostatnich lat.

<sup>7</sup> Jak piszę: „Sądzimy, że tak być powinno, ale (...) to wcale nie oznacza, że tak jest”; A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 543.

Po tych koniecznych uściśleniach przejdźmy do podstawowej tezy T. Pietrzykowskiego, który w części trzeciej polemiki przypisuje mi „poszukiwanie Świętego Graala”, twierdząc, że „Autor stara się (...) odkryć «istotę» (nazywaną przez niego «intensją») pojęcia obowiązywania” (s. 71). Jest to zarzut fundamentalny, ale – wbrew sugestiom polemisty – będący zupełnym nieporozumieniem. W książce bowiem wielokrotnie podkreślałam, że moim podstawowym celem jest klaryfikacja intensji prawniczego pojęcia obowiązywania prawa stanowionego, polegająca na „ujasnieniu” – by posłużyć się terminem wprowadzonym przez Macieja Zielińskiego<sup>8</sup> – znaczenia zwrotu o obowiązywaniu normy prawa stanowionego<sup>9</sup>. Mój zamiar jest zatem o wiele skromniejszy od tego, który imputuje mi polemista. Tej niczym nieuzasadnionej ontologicznej nadinterpretacji koncepcji postpozytywistycznej mógł T. Pietrzykowski łatwo uniknąć. Po pierwsze, gdyby zauważył, że zaproponowana w rozdziale siódmym książki definicja prawniczego pojęcia obowiązywania prawa stanowionego jest regulującą definicją nominalną, a więc – zgodnie z elementarną wiedzą logiczną<sup>10</sup> – definicją dotyczącą „znaczenia słów”, a nie „istoty rzeczy”<sup>11</sup>. Wprawdzie – opierając się na poglądach metodologicznych Kazimierza Ajdukiewicza – dopuszczam to, że definicja postpozytywistyczna może również pełnić funkcję definicji realnej, jednakże bardzo sceptycznie podchodzę do rezultatów takiej jej interpretacji<sup>12</sup>. Po drugie, w *Zakończeniu* książki, równie otwarcie, przyznaję: „Zdystansowany, bezstronny postpozytywizm podważa wiążącą dotychczas przyjmowanych koncepcji obowiązywania prawa, ale niestety nie oferuje w zamian rzeczy najważniejszej: wyjaśnienia jego istoty”<sup>13</sup>. Doprawdy, chyba trudno o bardziej jednoznaczne wyrażenie oceny rezultatów badań przedstawionych w *Prawniczym pojęciu obowiązywania prawa stanowionego*. Zatem o żadnym „poszukiwaniu Świętego Graala”, przynajmniej z mojej strony, mowy być nie może<sup>14</sup>.

Omówiona błędna interpretacja celów i rezultatów klaryfikacji intensji prawniczego pojęcia obowiązywania prawa stanowionego determinuje negatywną ocenę krytycznej argumentacji T. Pietrzykowskiego zawartej w trzeciej i na początku czwartej części jego artykułu. W większości bowiem argumenty Autora są bezprzedmiotowe, a ponadto ich jakość pozostawia wiele do życzenia. Odniosę się teraz wyłącznie do tych szczegółowych argumentów T. Pietrzykowskiego, które są ewidentnie nieuzasadnione lub wewnętrznie sprzeczne.

T. Pietrzykowski, by wykazać coś, czego – moim zdaniem – wykazać nie sposób, a mianowicie, że prawnicze pojęcie obowiązywania w ogóle pozbawione jest znaczenia (intensji), proponuje ujęcie obowiązywania prawa w kategorii faktu instytucjonalnego, nawiązującego do pojęcia reguł konstytucyjnych w rozumieniu Johna R. Searle’a (s. 67–72). Pomijając wątpliwości natury ogólnej, które można sformułować wobec koncepcji znanej jako instytucjonalna teoria prawa<sup>15</sup> (nią T. Pietrzykowski niewątpliwie się posiłkuje) rozważmy dwa istotne punkty krytyki.

<sup>8</sup> M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2002, s. 242.

<sup>9</sup> A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 228 i n., 542–544.

<sup>10</sup> Zob. np. J. Kotarbińska, *Definicja*, w: J. Kotarbińska, *Z zagadnień teorii nauki i teorii języka*, Warszawa 1990, s. 131 i n.

<sup>11</sup> A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 277 i n., 459 i n.

<sup>12</sup> A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 477–479. Jak piszę na s. 479: „[U]znanie postpozytywistycznej definicji prawniczego pojęcia obowiązywania prawa stanowionego za adekwatne względem rzeczywistości prawnej wyjaśnienie istoty obowiązywania prawa nie zostało uzasadnione”.

<sup>13</sup> A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 565 (rozstrzeleń w oryginale).

<sup>14</sup> Zupełnie na marginesie: w mojej opinii najpiękniejszy Graal znajduje się w bocznej kaplicy katedry w Walencji. Zachęcam do odwiedzin, przeżycia są doprawdy mistyczne i z obowiązywaniem prawa – na szczęście – nie mają nic wspólnego.

<sup>15</sup> Szerzej zob. M. Smolak, *Prawo, fakt, instytucja. Koncepcje teoretycznoprawne Prawniczego Pozytywizmu Instytucjo-*

Po pierwsze, polemista uważa, że pojęcie obowiązywania prawa sprowadza się do zbioru reguł instytucyjnych (*institutional rules*), ustalających kryteria pozwalające na uznanie danej normy za obowiązującą oraz reguł konsekwencjalnych (*consequential rules*, które T. Pietrzykowski zwie „konsekwencyjnymi”)<sup>16</sup>, określających normatywne konsekwencje obowiązywania normy. *Nec plus ultra*, jak pisze, bowiem jedynie ekstensja pojęcia obowiązywania odgrywa rolę w dyskursie prawniczym (s. 73). Przy okazji T. Pietrzykowski podkreśla, że jedynymi konsekwencjami normatywnymi obowiązywania normy są konsekwencje wynikające z treści danej normy: „uznanie normy za obowiązującą nie ma żadnych innych konsekwencji normatywnych poza tymi, jakie ona sama wyznacza swoim adresatom” (s. 69). Formułuje przy tym bardzo kontrowersyjne dla postpozytywisty twierdzenia<sup>17</sup>, zgodnie z którymi nie zachodzi „różnica logiczna” między „uprawnieniem do zachowania się  $\sim\phi$ , a «możliwością odmowy» zachowania się  $\phi$ ”, zaś „brak możliwości odmowy” realizacji normy odpowiada logicznie „obowiązku jej realizacji” (s. 70). Takie rozumowanie doprowadza T. Pietrzykowskiego do konkluzji głoszącej, że brak „prawnej możliwości odmowy” zachowania się w pewien sposób stanowi „raczej konsekwencję niż synonim obowiązywania normy nakazującej dane zachowanie się oraz braku normy umożliwiającej uchylene się od nałożonego przez nią obowiązku (na zasadzie np. *lex specialis*, klauzuli sumienia etc.)” (s. 71).

W stosunku do przedstawionego sposobu argumentacji wypada sformułować dwa zarzuty. Pierwszy ma charakter szczegółowy – można odnieść wrażenie, że w przedstawionym rozumowaniu T. Pietrzykowski sam sobie przeczy. Najpierw podkreśla, iż jedynymi konsekwencjami normatywnymi obowiązującej normy prawnej są konsekwencje wyrażone w jej treści, a potem uznaje, że brak prawnej możliwości odmowy zachowania się w sposób przez obowiązującą normę prawną wyznaczony jest konsekwencją obowiązywania tejże normy. Sprzeczności między tymi dwoma twierdzeniami można uniknąć tylko wtedy, gdy uznamy, że każda obowiązująca norma prawna zawiera w swej treści zakaz odmowy jej realizacji. Jednakże zabieg ten wydaje się bardzo wątpliwy i sztuczny. Jeśli w danym systemie prawa obowiązuje na przykład norma zakazująca zabójstwa albo norma nakazująca dbanie o stan środowiska naturalnego, to trudno wskazać dyrektywy wykładni prawa, które uzasadniałyby wyinterpretowanie z treści tych norm abstrakcyjnego w swej istocie zakazu odmowy ich realizacji. Szczerze wątpię, czy w jakimkolwiek podręczniku, komentarzu albo głosie znajdziemy interpretację, zgodnie z którą treść normy sankcjonowanej wystawionej w art. 148 § 1 k.k. wyznacza – obok zakazu zabójstwa – także zakaz odmowy jej przestrzegania. Jednakże, nawet ten sposób obrony przed zarzutem wewnętrznej sprzeczności argumentacji jest nieskuteczny, gdyż T. Pietrzykowski *explicite* odrzuca zaproponowaną wyżej interpretację „naprawczą” swego argumentu, pisząc: „Norma prawnie nieobowiązująca nie konstituuje żadnego prawnego obowiązku (niezależnie od swojej treści), a norma prawnie obowiązująca jeden (ten wynikający z jej treści), a nie dwa – tj. zarówno obowiązek realizacji normy, jak i obowiązek zachowania się w sposób opisany w samej normie” (s. 70). Prowadzi to do konieczności uznania, że przedstawiona argumentacja jest wewnętrznie sprzeczna, co czyni ją bezwartościową.

nalnego, Poznań 1998, s. 122–153; T. Gizbert-Studnicki, *Ujęcie instytucjonalne w teorii prawa*, w: J. Stelmach (red.), *Studia z filozofii prawa 1*, Kraków 2001, s. 123–134.

<sup>16</sup> Szerzej zob. N. MacCormick, *Law as Institutional Fact*, w: N. MacCormick, O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht-London-Lancaster-Tokyo 1986, s. 52–53; N. MacCormick, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford 2007, s. 49 i n.

<sup>17</sup> Kwestię, czy są to twierdzenia poprawne, pozostawiam na inną okazję, pozwolę sobie jedynie przypomnieć, że w książce stanowiącej przedmiot polemiki zdecydowanie je odrzucam, por. A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 474, 478–479.

Drugi zarzut jest ogólniejszej natury. Sądzę, że można zasadnie kwestionować tezę T. Pietrzykowskiego, iż fakt instytucjonalny „bycia sędzią” czy „nadpłaty podatku” posiada identyczny charakter instytucjonalny, co „obowiązywanie normy”<sup>18</sup>. Zauważmy, że analiza klaryfikacyjna znaczenia zwrotu „norma prawa stanowionego obowiązuje”, którą przeprowadziłem w szóstym i siódmym rozdziale książki, nie dotyczy jakiegś konkretnej normy prawnej – na przykład zakazującej zabójstwa albo nakazującej dbałość o stan środowiska – lecz dowolnej normy prawa stanowionego. Dzięki temu wyrażona w sposób postpozytywistyczny intensja prawniczego pojęcia obowiązywania prawa stanowionego ma charakter uniwersalny – jest więc identyczna w stosunku do wszystkich norm prawa stanowionego. T. Pietrzykowski otwarcie to kwestionuje, twierdząc, że: 1) obowiązywanie normy zakazującej zabójstwa znaczy, czyli posiada konsekwencję normatywną w postaci zakazu zabójstwa, 2) obowiązywanie normy nakazującej dbanie o stan środowiska naturalnego znaczy, czyli posiada konsekwencję normatywną w postaci nakazu dbałości o stan tego środowiska itd. W skrócie, według niego  $VO(p) \equiv O(p)$ . Prowadzi to do niepojawiającej się w żadnej ze znanych koncepcji teoretycznych wieloznaczności pojęcia obowiązywania prawa stanowionego (obowiązywanie każdej normy prawnej znaczy coś innego, poza przypadkiem norm o identycznej treści). T. Pietrzykowski unika zarzutu wieloznaczności wyłącznie dzięki temu, że zdanie dotyczące obowiązywania normy prawa stanowionego uznaje za pozbawione znaczenia (w sensie intensji), a podstawowy problem, który stanowi przedmiot drugiej części mojej rozprawy traktuje jako pozorny, przypominający beznadziejne „poszukiwanie Świętego Graala” (s. 72).

Zastanówmy się jednak, czy rzeczywiście „obowiązywanie normy” należy do tej samej kategorii faktów instytucjonalnych, co „bycie sędzią” albo „nadpłata podatku”? To przyjęte przez T. Pietrzykowskiego bez dowodu założenie nasuwa następującą wątpliwość. Trudno zaprzeczyć, że poszczególne systemy prawne zawierają regulacje wyznaczające normatywne konsekwencje faktów instytucjonalnych „bycia sędzią” albo „nadpłaty podatku”, lecz wydaje się dyskusyjne, czy można w nich doszukać się także metanorm przepisujących konsekwencje prawne faktu „bycia normą obowiązującą”. Zauważmy, że gdyby przyjąć omówioną w poprzedzających akapitach interpretację krytyki T. Pietrzykowskiego, to konsekwencjami normatywnymi obowiązywania danej normy prawnej są wyłącznie te konsekwencje, które wynikają z jej treści, brak natomiast swoistych i niezależnych od treści danej normy regulacji konsekwencji normatywnych obowiązywania normy jako takiej. Istotę tego zarzutu można zilustrować przykładem zaproponowanym przez Arkadiusza Romanowskiego: o ile bez większego trudu możemy określić konsekwencje normatywne wynikające z uznania, że obowiązuje norma zakazująca prowadzenia pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości, o tyle trudno określić normatywne konsekwencje uznania, że pewna norma prawa stanowionego, której treści nie znamy, obowiązuje. W ten sposób identyfikujemy zasadniczą różnicę między „byciem sędzią” czy „nadpłatą podatku”, a „obowiązywaniem normy”. Konsekwencje normatywne „bycia sędzią” lub „nadpłaty podatku” są przez prawo ściśle określone i identyczne, bez względu na to, czy jest sędzią albo nadpłacił podatek Jan Kowalski, Wojciech Nowak lub Karol Zalewski. Natomiast jeśli przyjmiemy zaproponowaną przez T. Pietrzykowskiego interpretację „bycia normą obowiązującą” w siatce pojęciowej reguł instytucjonalnych i konsekwencjalnych, to konsekwencje normatywne tego zjawiska są

<sup>18</sup> Argument ten sformułował A. Romanowski, któremu dziękuję za zgodę na jego użycie w niniejszej replice. Należy dodać, że argument ten nieco upraszczam.

ewidentnie nieidentyczne. I właśnie w tym, jak sądzę, tkwi zasadnicza różnica między „byciem sędzią” czy „nadpłatą podatku” a „byciem obowiązującą normą prawną”.

Kolejny punkt krytyki T. Pietrzykowskiego, który uważam za szczególnie nieuzasadniony, wiąże się z zagadnieniem kreowania obowiązków prawnych przez obowiązujące normy prawne. Polemista przypisuje mi przyjęcie absurdalnego założenia, jakoby „sposób zachowania opisany w treści normy jest już (liczy się jako) «prawny obowiązek» jej adresata, niezależnie od tego czy norma taka zyskała status normy «prawnie obowiązującej» czy nie”, co pozwala mu na sformułowanie *prima facie* bardzo sugestywnego przykładu normy, nakazującej każdemu zapłacenie T. Pietrzykowskiemu stu złotych (s. 70). Jednakże przypisanie mi takiego założenia zasadniczo różni się z prawdą, zatem sformułowany przykład posiada znikomą wartość – natury czysto erystycznej. Dzieje się tak dlatego, że w dyskutowanej pracy wprost odrzucam związek definicyjny lub normatywny między obowiązaniem normy prawa stanowionego a kreowaniem przez nią obowiązków prawnych, co najmniej w tym sensie, że jest on zupełnie nieprzydatny do objaśnienia intensji prawniczego pojęcia obowiązania norm prawa stanowionego, co zresztą T. Pietrzykowski w swym artykule dostrzega (s. 71). Jak piszę w rozdziale siódmym rozprawy: „Postpozytywistyczne pojmowanie obowiązania prawa nie uzasadnia tezy, że potencjalny adresat dowolnej normy prawnej ma prawny obowiązek przestrzegania lub stosowania obowiązującej normy prawnej”<sup>19</sup>. Podkreślam również, iż postpozytywistyczne pojęcie obowiązania w ogóle „nie określa normatywnych (prawnych) konsekwencji obowiązania norm prawnych”<sup>20</sup>. Przytoczone cytaty, zinterpretowane *a maiori ad minus*, świadczą o tym, że przypisanie mi takiego założenia jest zupełnie nieuzasadnione. Jeśli bowiem proponuję taką koncepcję obowiązania prawa stanowionego, zgodnie z którą z wypowiedzi o obowiązaniu dowolnej normy prawnej nie wynika, że kreuje ona jakiegokolwiek konkretne obowiązki prawne wobec jej potencjalnych adresatów, to doprawdy trudno uznać za zasadne, jakoby zakładał, że nawet nieobowiązująca norma prawna nakłada jakieś obowiązki na swych adresatów. Założenie takie w ogóle wydaje mi się trudne do obrony, chociaż zdarzają się autorzy, którzy je akceptują (a zastanawia przy tym to, że sam T. Pietrzykowski zdaje się do nich zaliczać, o czym szerzej za chwilę).

Naturalnie nie oznacza to, że *a limine* odrzucam możliwość obrony tezy T. Pietrzykowskiego (zgodnej z powszechnymi intuicjami prawniczymi, aczkolwiek trudnej do wyeksplikowania, zwłaszcza dla pozytywistów prawniczych), iż warunkiem uznania zachowania wyznaczonego przez daną normę prawną za „prawny obowiązek” jest to, że norma ta obowiązuje. W interesującym mnie w książce kontekście klaryfikacji intensji prawniczego pojęcia obowiązania należy jednak pamiętać o tym, że – jak to wyraził Hans Kelsen – „warunek nie może być identyczny z tym, co warunkuje”<sup>21</sup>. Jeśli więc przyjmujemy tezę, za którą T. Pietrzykowski niewątpliwie się opowiada<sup>22</sup>: „Tylko jeżeli norma obowiązuje, to określa ona prawne obowiązki jej adresatów”, mamy do czynienia z implikacją intensywną (wyrażającą warunek konieczny), którą – zgodnie z prawami logiki<sup>23</sup> – możemy przekształcić w implikację ekstensywną (wyrażającą warunek wystarczający): „Jeśli norma określa prawne obowiązki swych adresatów, to norma ta obowiązuje”. Takiego twierdzenia, zbliżonego do tezy właściwych dla realistycznej koncepcji obowiązania prawa, oczywiście nie jestem w stanie zaakceptować

<sup>19</sup> A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 479.

<sup>20</sup> A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 476–477.

<sup>21</sup> H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, wyd. II zm., Wien 1960, s. 219.

<sup>22</sup> To nie przeszkadza T. Pietrzykowskiemu w opowiedzeniu się później również za tezą z nią sprzeczną.

<sup>23</sup> Zob. np. W. Wolter, M. Lipczyńska, *Elementy logiki. Wykład dla prawników*, Warszawa–Wrocław 1980, s. 100–101.

jako klaryfikacji znaczenia prawniczego pojęcia obowiązywania norm prawa stanowionego, gdyż koncepcja ta – używając określenia Ulfrida Neumanna, z którym w pełni się zgadzam – „mija się z samopojmowaniem systemu prawa w sposób wręcz groteskowy”<sup>24</sup>.

Przy okazji omawianego argumentu po raz kolejny należy zauważyć, że argumentacja T. Pietrzykowskiego jest wewnętrznie sprzeczna. Najpierw bowiem, jak sędzę słusznie, twierdzi on, że „norma prawnie nieobowiązująca nie konstytuuje żadnego prawnego obowiązku (niezależnie od swojej treści)” (s. 70). Później, proponując korektę treści pospozytywistycznej definicji obowiązywania norm prawa stanowionego w perspektywie jej ewentualnego zastosowania w stosunku do sędziów, zapewne nieświadomie, parafrazuje słowa Wiesława Langa<sup>25</sup>, gdy pisze: „Nieobowiązywanie normy nie pociąga wszakże za sobą identycznych konsekwencji prawnych dla wszystkich rodzajów adresatów. W przypadku sędziego nie oznacza zwłaszcza, że ma on «prawną możliwość odmowy» zastosowania nieobowiązującej normy, ale że nie ma prawnej możliwości odmowy jej niezastosowania. Mówiąc prościej – nie wolno mu jej zastosować, a nie – wolno mu jej nie zastosować (czy «odmówić» jej zastosowania)” (s. 70). W ten sposób T. Pietrzykowski sam sobie przeczy, ponieważ *explicite* uznaje, że nieobowiązujące normy prawne jednak kreują pewne, niewynikające wprost z ich treści, obowiązki prawne, ponieważ jego zdaniem sędziom „nie wolno” ich stosować. Może to i prawda, wszakże obowiązek tego typu z pewnością nie wynika z nieobowiązywania pewnej normy prawa stanowionego, ani tym bardziej z treści takiej nieobowiązującej normy, lecz z treści innych – obowiązujących – norm prawnych, wyznaczających powinny sposób stosowania prawa przez sądy i inne organy. Tym samym zaproponowana przez T. Pietrzykowskiego korekta brzmienia definicji regulującej prawniczego pojęcia obowiązywania prawa stanowionego okazuje się nieuzasadniona, ponieważ każde uzasadnienie bazujące na sprzecznych argumentach nie spełnia podstawowych kryteriów niepostmodernistycznej naukowości.

W części czwartej polemiki T. Pietrzykowski przechodzi do przedstawienia konkurencyjnej – alternatywnej względem postpozytywistycznej – koncepcji obowiązywania prawa, której sam jest autorem. Koncepcji tej poświęciłem fragment dyskutowanej książki, jak się okazało, słusznie uznając ją za dotyczącą wyłącznie zagadnienia ekstensji prawniczego pojęcia obowiązywania prawa stanowionego<sup>26</sup>. Nie będę powtarzał przedstawionych tam argumentów uzasadniających wniosek o jej nieprzydatności do klaryfikacji intensji prawniczego pojęcia obowiązywania, lecz jedynie skomentuję kontrargumenty podniesione przez polemistę. Komentarz wydaje się niezbędny, gdyż T. Pietrzykowski w tej części polemiki, moim zdaniem, przekracza granice merytorycznego dyskursu naukowego<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> U. Neumann, *Problem obowiązywania prawa*, „Państwo i Prawo” 2007/7, s. 34. Szerzej zob. A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 358–359.

<sup>25</sup> W. Lang, *Obowiązywanie prawa*, Warszawa 1962, s. 240: „Normatywne zanegowanie obowiązku organu do stosowania określonej normy oznacza natomiast stworzenie obowiązku nie stosowania tej normy, nie zaś uprawnienie do stosowania lub niestosowania normy. Zanegowanie uprawnienia organu do stosowania określonej normy daje w rezultacie również obowiązek nie stosowania tejże normy” (rozstrzeżenie w oryginale).

<sup>26</sup> Zob. A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 369–371.

<sup>27</sup> Swoistą zapowiedzią takiego postępowania jest zarzut postawiony przez T. Pietrzykowskiego w przypisie 14 jego polemiki (s. 71). Twierdzi on, że nietrafnie powołuje się na „słynny «argument *tū-tū*» Alfa Rossa”, gdy argumentuje przeciwko deflacyjnej koncepcji obowiązywania prawa, stanowiącej konsekwencję normatywnego pojmowania obowiązywania (T. Pietrzykowski nie podaje strony, przypuszczam, że chodzi mu o fragment znajdujący się na s. 442–443 książki). Jest to zarzut niczym nieusprawiedliwiony, bowiem nigdzie nie korzystam z „argumentu *tū-tū*” autorstwa Rossa, lecz posługując się wprowadzonym przez duńskiego teoretyka prawa pojęciem *tū-tū*, sam formułuję „argument z *tū-tū*”, zgodnie z którym przeprowadzam analizę klaryfikacyjną w ten sposób, aby pojęcie obowiązywania prawa nie stało się zbędne na skutek jego semantycznej „pustości”, ponieważ „byłoby to swoiście cyrkularne *reductio ad absurdum* naszych dociekań”; por. A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 291, 442. Toteż moje powołanie się na własny „argument z *tū-tū*” jest jak najbardziej sensowne, gdyż argument ten – wbrew sugestii T. Pietrzykowskiego – podąża dokładnie w przeciwnym kierunku niż rozumowanie przedstawione przez Rossa w słynnym artykule *Tū-Tū*, „Harvard Law Review” 1957/70, s. 812–825.

Pierwszy kontrargument T. Pietrzykowskiego, służący do obrony zaproponowanej przez niego koncepcji obowiązywania, sprowadzającej je do pojmowanej ekstensjonalnie koniunkcji cech przynależności i stosowności normy prawnej, paradoksalnie w pełni potwierdza tok rozumowania, który doprowadził mnie do odrzucenia takiej „kombinowanej” koncepcji jako akceptowalnej klaryfikacji intensji prawniczego pojęcia obowiązywania prawa stanowionego. T. Pietrzykowski bowiem przyznaje, że jego koncepcja, bazująca na pojęciach wprowadzonych przez Eugenia Bulygina<sup>28</sup>, dotyczy wyłącznie zagadnienia ekstensji, a nie intensji rozważanego pojęcia. Tym samym mój adwersarz w pełni potwierdza to, co napisałem w pracy<sup>29</sup>.

Drugi kontrargument T. Pietrzykowskiego sprawił mnie w zdumienie. Jego atak na poznańską koncepcję normy prawnej, którą posłużyłem się w trakcie klaryfikacji intensji prawniczego pojęcia obowiązywania prawa stanowionego<sup>30</sup>, nie jest poparty żadną rzeczową argumentacją. Zdaniem T. Pietrzykowskiego, zastosowanie poznańskiej koncepcji normy prowadzi do „całego szeregu kłopotliwych konsekwencji teoretycznych”, co ilustruje przykładem „tzw. derywacyjnej koncepcji wykładni”, która jest „w oczywisty sposób nieużyteczna ani jako opis rzeczywistych procesów interpretacyjnych, ani jako normatywna teoria wykładni” (s. 73). Gdy ktoś formułuje tak kategoryczny osąd derywacyjnej koncepcji wykładni, stanowiącej niezaprzeczalny dorobek polskiej teorii prawa i stale niekonfrontacyjnie rozwijanej w kierunku stworzenia zintegrowanej koncepcji wykładni prawa<sup>31</sup>, to można oczekiwać, że zostanie on należycie uzasadniony. Tymczasem T. Pietrzykowski ogranicza się do przytoczenia jednej nieweryfikowalnej quasi-empirycznej opinii oraz typowego, wielokrotnie już dyskutowanego zarzutu zwolenników klaryfikacyjnej koncepcji wykładni (przypis 21, s. 73–74). Ponadto odsyła do swego, intrygująco zatytułowanego artykułu *Powrót platońskiej jaskini* (przypis 22, s. 74), który nie jest dostępny pod podanym przez niego adresem *online*, ani – jeśli wierzyć rezultatom zastosowania standardowych wyszukiwarek internetowych – pod żadnym innym<sup>32</sup>. Nieuzasadniony atak T. Pietrzykowskiego na poznańską koncepcję normy oraz derywacyjną koncepcję wykładni być może doczeka się riposty ze strony ich twórców lub zwolenników, aczkolwiek osobiście w to powątpiewam, gdyż nie widzę obszaru do merytorycznej dyskusji. Dla porządku przypomnę, że w rozprawie ani nie zakładałam, ani nie odrzucam koncepcji derywacyjnej<sup>33</sup>,

<sup>28</sup> Warto dodać, że wprowadzie T. Pietrzykowski opiera się na Bulyginowskiej siatce pojęciowej, lecz jego koncepcja nie ma z teorią obowiązywania opracowaną przez argentyńskiego filozofa nic wspólnego. Po pierwsze, E. Bulygin w żadnej z prac nie posługuje się koniunkcją przynależności i stosowności normy do wyjaśnienia „zagadki obowiązywania”, wręcz przeciwnie, zdecydowanie opowiada się za precyzyjnym rozróżnieniem poszczególnych znaczeń „obowiązywania”. Źródłowy artykuł E. Bulygina, *Time and Validity*, w: A.A. Martino (red.), *Deontic Logic, Computational Linguistic and Legal Information Systems*, vol. II, Amsterdam-New York-Oxford 1982, s. 65–81, kończy następująca przestroga: „The paper also shows the importance of distinguishing between different concepts misleadingly covered by the rather ambiguous term ‘validity’. Problems relating to applicability of norms require a separate treatment and should not be confused with problems regarding membership or existence of norms in the system, on the one hand, and with those of normative validity, on the other. Lack of clear conceptual distinctions is one of the main sources of troubles in legal philosophy”. Po drugie, rozróżnienie przez E. Bulygina trzech znaczeń zwrotu stwierdzającego obowiązywanie normy bez wątplenia dotyczy problematyki intensji, programowo dyskredytowanej i traktowanej przez T. Pietrzykowskiego *per analogiam* do „poszukiwania Świętego Graala”.

<sup>29</sup> Por. A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 369–371.

<sup>30</sup> A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 257 i n.

<sup>31</sup> Por. M. Zieliński, *Derywacyjna koncepcja wykładni jako koncepcja zintegrowana*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006/3, s. 93–101; M. Zieliński, O. Bogucki, A. Choduń, S. Czepita, B. Kanarek, A. Municzewski, *Zintegrowanie polskich koncepcji wykładni prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2009/4, s. 23–39.

<sup>32</sup> Dodam, że poszukiwałem tego artykułu „w sieci” wielokrotnie w ostatnich kilku miesiącach (styczeń – czerwiec 2010).

<sup>33</sup> A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 257, przypis 139 *in fine*.

natomiast – w istocie – posługują się poznańską koncepcją normy prawnej, uznając ją za aktualnie dominującą w polskiej kulturze prawnej<sup>34</sup>.

Pomijając wątek ataku na poznańską koncepcję normy, należy sprostować kilka mylnych sugestii i ocen, wyrażonych przez polemistę w dyskutowanym kontrargumencie. T. Pietrzykowski twierdzi, że „arbitralnie” przyjmuję poznańską koncepcję normy, przez co „zwidziony wydumany obrazem prawa jako zbioru «norm»”, utożsamiam prawo „ze zbiorem mitycznych, «zakodowanych» w przepisach «norm postępowania»”, co prowadzi mnie „w ślepą ulicę” (s. 73–74). T. Pietrzykowski nie dostrzega, że w książce przedstawiam pięć argumentów („argument z pochodności”, „argument z pierwotności”, „argument z bezużyteczności”, „argument ze spójności terminologicznej” i „argument z adekwatności”), których celem jest uzasadnienie odnoszenia obowiązującego do norm, a nie przepisów czy aktów prawnych<sup>35</sup>. Ponadto, co prawda w minimalnym stopniu, ale jednak uzasadniam wybór semantycznej koncepcji normy zaproponowanej przez Zygmunta Ziemińskiego jeszcze na początku lat sześćdziesiątych ubiegłego wieku<sup>36</sup> i stanowiącej bazę derywacyjnej koncepcji wykładni. Nie czynię tego w większym wymiarze, gdyż uważam za oczywisty, a więc niewymagający szerszego uzasadnienia, pogląd o dominującej roli właśnie tej koncepcji normy prawnej we współczesnej polskiej kulturze prawnej<sup>37</sup>. T. Pietrzykowski zdaje się także nie zauważać, że przyjęta przeze mnie definicja normy prawnej, zapożyczona od Macieja Zielińskiego, nie nakłada na normę prawną wymogu jej semantycznej „jednoznaczności”, a jedynie „dostatecznej jednoznaczności”, co stanowi istotną różnicę<sup>38</sup>. Natomiast jeśli idzie o „ślepą ulicę”, w której jakoby się znalazłem, to przyjmując na chwilę poetykę T. Pietrzykowskiego, bez wahania oświadczam, że wolę się w niej znaleźć, a nie na „autostradzie A4”<sup>39</sup>. W teże „ślepej ulicy” przebywam bowiem w znacym towarzystwie tych wszystkich filozofów i teoretyków prawa, którzy podzielają pogląd, że prawo składa się z norm prawnych – na przykład twórców dwudziestowiecznej koncepcji teoretycznoprawnej, nie bez przyczyny zwanej „normatywnym pozytywizmem prawniczym”, czyli Hansa Kelsena i Herberta Harta, zdecydowanej większości współczesnych, „twardych” albo „miękkich” pozytywistów prawniczych oraz praktycznie wszystkich polskich teoretyków prawa, z wyjątkiem uczniów Józefa Nowackiego, którzy w imię lojalności (w pełni to rozumiem) postępują niezgodnie z *communis opinio doctorum* (czego już zrozumieć nie jestem w stanie). Wypada w tym miejscu przypomnieć, że koncepcja Nowackiego, do której *implicite* na-

<sup>34</sup> Por. A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 257–258. Naturalnie, uznanie pewnej koncepcji lub poglądu za dominujący jest argumentacyjnie ryzykowne, niemniej – przynajmniej w kontekście krytyki T. Pietrzykowskiego – nie widzę jakichkolwiek sensownych powodów, aby zrewidować wyrażony w książce pogląd. Szerzej o zastosowaniu „argumentu z koncepcji (poglądu) dominującego” zob. J. Holoher, „Pogląd dominujący” jako figura argumentacyjna. *Aspekt teoretyczno- i dogmatycznoprawny*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego – Zeszyty Prawnicze Towarzystwa Biblioteki Słuchaczy Prawa” 2009/16, s. 97–112.

<sup>35</sup> A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 252–257.

<sup>36</sup> Z. Ziemiński, *Przepis prawny a norma prawna*, „Ruch Prawniczy i Ekonomiczny” 1960/1, s. 105–122.

<sup>37</sup> A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 257–258. Wypada wyjaśnić, iż uznając tę koncepcję za dominującą głównie dlatego, że mimo jej krytyki ze strony licznych przedstawicieli innych ośrodków akademickich nie dostrzegam obecnie żadnej polskiej koncepcji normy prawnej, która mogłaby z nią z sukcesem konkurować. Podstawowy problem leży w tym, że krytycy poznańskiej koncepcji normy nie przedstawiają koncepcji alternatywnych. Naturalnie, uznanie tej koncepcji za dominującą nie oznacza, że jest to koncepcja obiektywnie najlepsza albo pozbawiona wad, o czym dyskutują także przedstawiciele ośrodka poznańskiego; por. np. polemikę Ł. Pohla i W. Patryasa, w: „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006/1.

<sup>38</sup> A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 258–259.

<sup>39</sup> Dla niezorientowanych: autostrada A4, bardzo często krytykowana za oferowaną kierowcom jakość jazdy, łączy Kraków z Katowicami.

wiązuje w swej krytyce T. Pietrzykowski, została już zgodnie odrzucona przez polskich teoretyków prawa<sup>40</sup>.

W kontekście ataku na przyjętą w rozprawie definicję normy prawnej, T. Pietrzykowski kwestionuje również sens i zasadność postawionego przeze mnie pytania, czy „normy aplikacyjne” (w rozumieniu Bulygina) w istocie są normami prawnymi, uznając je za nieistotne (s. 74). W moim przekonaniu jest to pytanie istotne dlatego, że posłużenie się pojęciem stosowalności norm celem uzyskania satysfakcjonującej prawników klaryfikacji znaczenia zwrotu o obowiązywaniu normy prawa stanowionego nie powinno prowadzić do tego, że wiele norm prawnych (w rozumieniu poznańskim czy jakimkolwiek innym) nie będzie należało do zakresu objętego definicją prawniczego pojęcia obowiązywania. Elementarne wymogi metodologiczne przemawiają za tym, aby w dyskursie teoretycznoprawnym precyzyjnie identyfikować pojęcia i ich znaczenia oraz zakresy. Jeżeli więc, moim zdaniem w sposób w pełni uprawniony i niearbitralny, przyjąłem w pracy będącej przedmiotem polemiki, że prawo składa się z norm prawnych, a następnie uznałem, że pojęcie normy prawnej będę pojmował zgodnie z definicją autorstwa Zielińskiego, to w konsekwencji byłem zmuszony do rozważenia pytania o adekwatność klaryfikacji bazującej na pojęciu stosowalności wprowadzonym przez Bulygina.

Kolejny kontrargument T. Pietrzykowskiego, służący obronie zaproponowanej przez niego koncepcji obowiązywania i – tym samym – obaleniu negatywnego uzasadnienia koncepcji postpozytywistycznej, również dotyczy adekwatności ewentualnej definicji obowiązywania prawa stanowionego opierającej się między innymi na pojęciu stosowalności norm. Polemista podaje w wątpliwość argument, zgodnie z którym ani normy sankcjonowane, ani normy pozbawione sankcji, ani normy kompetencyjne nie podlegają analizie w kategoriach przynależności do systemu prawa i stosowalności<sup>41</sup>. Nie widzi żadnych powodów, by tak postępować (s. 74–75). Tymczasem powody te są oczywiste. Czy bowiem można powiedzieć, że normy sankcjonowane są stosowalne? Moim zdaniem nie, gdyż o wiele bardziej naturalne jest stwierdzenie, że adresaci norm sankcjonowanych ich przestrzegają, a nie, że je stosują. Czy powiemy, że ktoś „stosuje” normę prawną zakazującą kradzieży, gdy nie kradnie? Także posługując się siatką pojęciową zaproponowaną przez Bulygina, normy sankcjonowane nie są stosowalne z tego prozaicznego powodu, że nie istnieją żadne normy aplikacyjne, które nakazywałyby ich zastosowanie przez organy stosujące prawo<sup>42</sup>. Organy te bowiem, *ex definitione*, stosują normy sankcjonujące, których są adresatami i których stosowanie jest im nakazane przez odpowiednie normy aplikacyjne. Po drugie, czy można powiedzieć, że normy pozbawione sankcji są stosowalne? Tu także nie istnieją żadne odpowiadające im normy aplikacyjne, które nakazywałyby ich zastosowanie przez jakikolwiek podmiot – w szczególności adresata *legi imperfectae* albo sędziego. I wreszcie, czy normy kompetencyjne mogą być uznane za stosowalne? Tutaj należy przypomnieć, że Bulygin uznaje za stosowalne tylko te normy, które zgodnie z normami aplikacyjnymi winny być stosowane podczas rozstrzygania

<sup>40</sup> Świadczą o tym jednoznacznie opinie M. Zielińskiego i Z. Ziemińskiego, T. Gizbert-Studnickiego, T. Stawieckiego i P. Winczorka oraz A. Batora, które w pełni aprobują. Ich prace powołane są w: A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 254, przypis 126.

<sup>41</sup> T. Pietrzykowskiemu chodzi tu prawdopodobnie o argument oznaczony jako A–IX; por. A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 348–349.

<sup>42</sup> Należy uzupełnić, że zaproponowaną przez P. Navarrę i J.J. Moresa modyfikację, polegającą m.in. na wprowadzeniu pojęcia wewnętrznej stosowalności norm prawnych, która umożliwia objęcie pojęciem stosowalności także kategorii norm sankcjonowanych, T. Pietrzykowski odrzuca, akceptując rezultat krytycznej analizy tej korektury, przedstawionej w książce (przypis 23, s. 75).

spraw sądowych, zaś normy kompetencyjne – za reguły wtórne w rozumieniu Harta<sup>43</sup>. W tym kontekście wydaje się, że także o stosowalności norm kompetencyjnych trudno się sensownie wypowiadać – w siatce pojęciowej Hartowskiego wyrafinowanego pozytywizmu stosowalne są reguły pierwotne, a nie wtórne (bo przecież na podstawie reguł pierwotnych sędziowie rozstrzygają sprawy sądowe). Tak więc o obowiązywaniu wspomnianych trzech kategorii norm prawnych możemy mówić w sensie ich przynależności do systemu prawa (czego nigdzie nie kwestionuję), ale już nie w sensie ich stosowalności.

Kolejny, przedostatni już kontrargument T. Pietrzykowskiego, wynika również z niezrozumienia przez polemistę postpozytywistycznej koncepcji obowiązywania i wspierającej ją argumentacji. Po pierwsze, podważając prawdopodobnie argument A–II<sup>44</sup>, służący odrzuceniu definicji obowiązywania bazującej na pojęciu przynależności normy prawa stanowionego do systemu prawa, T. Pietrzykowski twierdzi, że „nie ma powodu, aby przez «obowiązujący system prawa»” rozumieć cokolwiek innego niż ogólnie skuteczny i uznawany za prawo system reguł postępowania „«obowiązujących» w dyskutowanym znaczeniu” (s. 75), a więc w znaczeniu indywidualizmu walidacyjnego<sup>45</sup>. Tymczasem powód jest oczywisty, jeśli zważyć, że argument ten dotyczy wyłącznie kwestii, czy możemy posłużyć się pojęciem systemu prawa obowiązującego do objaśnienia definicji D<sub>1</sub> prawniczego pojęcia obowiązywania prawa stanowionego, zgodnie z którą: „Norma prawa stanowionego obowiązuje wtedy i tylko wtedy, gdy przynależy do systemu prawa”<sup>46</sup>. Jeżeli przyjmujemy, w duchu indywidualizmu walidacyjnego, iż system prawa obowiązuje dzięki temu, że obowiązują poszczególne normy prawne należące do tego systemu, to jest oczywiste, że do tak rozumianego pojęcia obowiązującego systemu prawa nie możemy się odwołać, gdy objaśniamy treść przytoczonej, modelowej definicji D<sub>1</sub>. Zatem powodem, którego T. Pietrzykowski nie dostrzega, jest konieczność uniknięcia błędu *idem per idem* w definiowaniu prawniczego pojęcia obowiązywania prawa stanowionego. Błędu, który niewątpliwie zachodzi, gdy rozumiemy następująco: „Norma prawa stanowionego obowiązuje wtedy i tylko wtedy, gdy przynależy do systemu prawa obowiązującego”, zaś: „System prawa obowiązuje wtedy i tylko wtedy, gdy obowiązują normy do niego należące”.

W ramach tego samego kontrargumentu polemista przyznaje, skądinąd oczywistą prawdę, że oparte na definicji D<sub>1</sub> rozstrzygnięcia walidacyjne nie mogą być ostatecznie pewne. Przy okazji formułuje zarzut głoszący, że postpozytywistyczna definicja obowiązywania prawa unika argumentu A–I (dowodzącego, że bazujące na pojęciu przynależności normy do systemu prawa prawnicze pojęcie obowiązywania norm prawa stanowionego dotyczyć może jedynie obowiązywania *prima facie*)<sup>47</sup> tylko dzięki pozostawieniu bez odpowiedzi „pytania z czego wynika posiadanie lub brak «prawnej możliwości odmowy» realizacji normy” (s. 75). Także ten zarzut oparty jest na nieporozumieniu. Postpozytywistyczna definicja regulująca prawniczego pojęcia obowiązywania prawa stanowionego w istocie tego nie wyjaśnia, gdyż dotyczy znaczenia zwrotu o obowiązywaniu normy prawnej, a bezpośrednio nie służy rozstrzygnięciu problemu ekstensji tegoż pojęcia. Przypomnijmy raz jeszcze, że klaryfikacja intensji prawniczego pojęcia obowiązywania

<sup>43</sup> Szerzej zob. A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 341 i n., wraz z powołanymi tam tekstami źródłowymi.

<sup>44</sup> A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 302–308. Użyte w odpowiedzi symboliczne oznaczenia argumentów pochodzą z książki.

<sup>45</sup> Por. przypis 24, s. 75, w którym notabene T. Pietrzykowski błędnie objaśnia pojęcie holizmu walidacyjnego – co do poprawnego rozumienia tego pojęcia zob. A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 217, 302–303.

<sup>46</sup> A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 288 i n. Oznaczenie definicji symbolem D<sub>1</sub> także pochodzi z książki.

<sup>47</sup> A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 292–297.

zmierza jedynie do uzyskania satysfakcjonującej, zarówno dla dogmatyka, jak i prawnika praktyka, teoretycznoprawnie poprawnej odpowiedzi na pytanie: co to znaczy, że norma prawa stanowionego obowiązuje? Definicja ta jednak w ogóle nie dotyczy sposobu osiągnięcia akceptowalnego rozstrzygnięcia problemu ekstensji, skrótowo wyrażanego przez pytanie: czy dana norma prawa stanowionego obowiązuje? W związku z powyższym także ten kontrargument T. Pietrzykowskiego jest bezprzedmiotowy.

Ostatni kontrargument T. Pietrzykowskiego odnosi się do argumentu A–X<sup>48</sup>, a w szczególności wyrażonego w jego ramach zarzutu regresu *ad infinitum*, grożące go nam w przypadku klaryfikacji intensji prawniczego pojęcia obowiązywania prawa stanowionego za pomocą pojęcia stosowalności norm. W tej kwestii nie mam wiele do dodania, poza tym, że – przynajmniej *prima facie* – tu po raz pierwszy gotów jestem zaakceptować wywód T. Pietrzykowskiego, w myśl którego prawo składa się nie tylko z norm prawa stanowionego, ale także z pozapozytywnych reguł o charakterze konwencjonalnym, które również, w jakimś sensie tego pojęcia, „obowiązują”. Jednakże mój zdecydowany protest budzi konkluzja tego kontrargumentu, w której polemista zarzuca mi, że postpozytywistyczne pojęcie obowiązywania prawa stanowionego zostało skonstruowane „w sposób zapoznający tę bez wątpienia realną i kluczową dla zrozumienia ontologii porządku prawnego różnicę”, co stanowi „poważną wadę” zaproponowanej przeze mnie koncepcji (s. 76). Zarzut „zapoznania” tej różnicy jest jednak zupełnie nieuzasadniony – już nawet w tytule pracy zaznaczam, że proponowane pojęcie obowiązywania dotyczy norm prawa stanowionego, a we *Wstępie* otwarcie stwierdzam, że w książce „w zasadzie pomijam (...) kwestie związane z obowiązywaniem prawa niestanowionego (czyli np. prawa zwyczajowego)”<sup>49</sup>. Gdybym więc rzeczywiście konstruował pojęcie obowiązywania w sposób „zapoznający” różnicę prawdopodobnie zachodzącą między obowiązywaniem norm prawa stanowionego i konwencjonalnych, zazwyczaj zwyczajowych norm prawa niestanowionego, to przecież powyższe zastrzeżenie nie miałoby miejsca. Odwrotnie niż zarzuca mi T. Pietrzykowski, przystępując do pracy nad książką, doskonale zdawałem sobie sprawę z istnienia reguł niebędących normami prawa stanowionego, które jednak w swych analizach pomiąłem tylko dlatego, że chciałem wznowić dyskusję nad obowiązywaniem prawa w polskiej teorii prawa, a nie chciałem (lub – jeśli ktoś woli – nie potrafiłem) równocześnie zbudować koncepcji obowiązywania, która obejmowałaby wszelkie rodzaje pozytywnych i niespozytywizowanych norm, reguł czy zasad prawnych. Od czegoś, *prima facie* najprostszego, trzeba było zacząć.

W podsumowaniu swej polemiki T. Pietrzykowski wyraża negatywną ocenę postpozytywistycznej koncepcji obowiązywania prawa stanowionego, uznając jej zasadniczą tezę za „chybioną”. Przypomina, że problem intensji pojęcia obowiązywania nie istnieje, a właściwym rozwiązaniem jedyne istotnego problemu walidacyjnego – to znaczy problemu ekstensji pojęcia obowiązywania norm prawnych – nie jest naszkicowany w ostatnim rozdziale dyskutowanej pracy argumentacyjno-dyskursywny sposób jego rozstrzygnięcia, lecz opracowana przez niego koncepcja obowiązywania, bazująca na koniunkcji dwóch warunków – przynależności do systemu i stosowalności – które norma obowiązująca winna spełniać (s. 77). Oczywiście T. Pietrzykowski ma pełne prawo do wyrażenia takiej oceny i nie zamierzam ponownie jej komentować<sup>50</sup>. Zmuszony jestem jednak zwrócić uwagę, że polemista korzysta z niedopuszczalnego, moim zdaniem,

<sup>48</sup> A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 352–354.

<sup>49</sup> A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 3 (rozstrzeleń w oryginale).

<sup>50</sup> Por. A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 369–371.

chwytu erystycznego. Otóż, konkluzją ostatniego kontrargumentu T. Pietrzykowskiego jest omówiony wyżej zarzut, że postpozytywistyczna koncepcja obowiązywania prawa stanowionego dotyczy wyłącznie norm prawa stanowionego, a pomija niepozytywizowane, konwencjonalne reguły konstytuujące zręby porządku prawnego. Alternatywna koncepcja obowiązywania autorstwa T. Pietrzykowskiego także nie obejmuje „reguł porządku prawnego mających charakter relewantnych prawnie konwencji społecznych”, co polemista otwarcie przyznaje, ale nie stanowi to dla niego problemu, gdyż stwierdza, że także moje analizy „poświęcone są właśnie «prawniczemu pojęciu obowiązywania» prawa stanowionego” (s. 77). Uważam to za niepoprawny zabieg argumentacyjny, co uzasadnię za pomocą przykładu. Załóżmy, że pewna firma farmaceutyczna, „AG”, sprzedaje lekarstwo na grypę. Konkurencyjna firma farmaceutyczna, „TP”, przeprowadza negatywną kampanię reklamową, której motywem przewodnim jest to, że lekarstwo firmy „AG” nie leczy anginy, co stanowi „poważną wadę”. Następnie firma „TP” wprowadza na rynek konkurencyjny lek na grypę. Ten lek anginy również nie leczy, co firma „TP” otwarcie przyznaje, no ale przecież – jak twierdzi – to żaden problem, bo lek firmy „AG” jest także lekiem stosowanym wyłącznie przeciwko grypie.

Postpozytywistyczna koncepcja obowiązywania prawa stanowionego zapewne nie jest pozbawiona wad i elementów bardzo kontrowersyjnych. Nie oczekuję, a tym bardziej nie chciałbym, aby była odrzucana albo akceptowana bez merytorycznej dyskusji. Mam jednak ogromną nadzieję, że w obronie postpozytywistycznej koncepcji obowiązywania prawa już nigdy nie będę musiał pisać równie ostrych i stanowczych replik, wymuszonych przez polemistów, usiłujących ją obalić za pomocą tak merytorycznie ułomnych argumentów<sup>51</sup>.

<sup>51</sup> Może warto odnotować, że stanowcza krytyka postpozytywistycznej koncepcji obowiązywania prawa stanowionego, w ramach której T. Pietrzykowski posługuje się głównie stereotypowymi argumentami pozytywistycznymi, pozostaje w sprzeczności z wyrażoną już przez niego pełną akceptacją dla propozycji stworzenia postpozytywistycznej teorii prawa – zob. T. Pietrzykowski, *Czym jest postpozytywizm prawniczy?*, „Radca Prawny” 2009/6, s. 5–11. W artykule tym wyraża on swą „najgłębszą sympatię i intelektualną solidarność” dla podjęcia budowy aparatu pojęciowego właściwego dla „postpozytywistycznej filozofii prawa”, s. 5.