

MICHAŁ Sopiński

UNIwersytet Warszawski
Wydział Prawa i Administracji
Katedra Filozofii Prawa i Nauki o Państwie
E-MAIL: M.SOPINSKI@WPiA.UW.EDU.PL

DATA ZGŁOSZENIA: 4.01.2018
DATA PRZYJĘCIA DO DRUKU: 21.03.2018

Od pozytywizmu do postpozytywizmu: poglądy teoretycznoprawne Neila MacCormicka na tle współczesnej teorii i filozofii prawa

STRESZCZENIE

Tematem artykułu jest kwestia przynależności późnych poglądów teoretycznoprawnych Neila MacCormicka do nurtu postpozytywistycznego we współczesnej teorii i filozofii prawa. Poglądy MacCormicka kształtowały się stopniowo, a ogromny wpływ na ich ostateczne brzmienie miało z jednej strony dziedzictwo anglosaskiego pozytywizmu prawniczego, z drugiej zaś jego własna biografia naukowa, ponieważ był on zarówno obserwatorem, jak i aktywnym uczestnikiem znaczących przemian, jakie dokonały się w teorii i filozofii prawa w drugiej połowie XX wieku. W artykule przedstawiono główne założenia instytucjonalnej teorii prawa, która stanowi podstawowy wkład Neila MacCormicka w rozwój współczesnej teorii i filozofii prawa. Jego przejście od poglądów pozytywistycznych w stronę postpozytywizmu wydaje się modelowym przykładem szerszego procesu, jakim są przemiany we współczesnej teorii i filozofii prawa. Co jednak szczególnie istotne, intelektualna spójność dorobku naukowego MacCormicka świadczy o tym, iż przeprowadzony przezeń zwrot w stronę postpozytywizmu ma charakter ewolucyjny, a nie rewolucyjny.

SŁOWA KLUCZOWE

instytucjonalna teoria prawa, pozytywizm prawniczy, postpozytywizm prawniczy, Neil MacCormick, Herbert Hart

Wprowadzenie

W książce *The Post-Sovereign Constellation, Law and Democracy in Neil D. MacCormick's Legal and Political Theory* Agustín José Menéndez oraz John Erik Fossum słusznie zauważają, że tym, co czyni poglądy teoretycznoprawne Neila MacCormicka tak inspirującymi i atrakcyjnymi dla kolejnych pokoleń badaczy, jest jego intelektualna uczciwość, a w szczególności umiejętność autorefleksji oraz zdolność do zakwestionowania niektórych elementów swojej koncepcji poprzez poważne rozważanie alternatywnych rozwiązań¹. O ogromnym dystansie MacCormicka do własnych prac, a także o jego otwartości na poglądy innych autorów świadczy krótki *passus* z eseju *MacCormick on MacCormick*, w którym szkocki filozof prawa przedstawia samego siebie jako zwolennika metody twórczej współpracy, nie zaś metody krytyczno-dialektycznej (w przeciwieństwie do Ronalda Dworkina), a następnie podkreśla, jak istotne jest dla niego uważne czytanie tekstów autorów, z których poglądami się nie zgadza, ponieważ skłania go to często do zmiany bądź przeformułowania własnego stanowiska pod wpływem cudzych argumentów².

W tym samym eseju MacCormick zastanawia się nad miejscem, jakie przyznaje mu się na mapie współczesnej teorii i filozofii prawa. Szkocki filozof zauważa, że zdaniem niektórych współczesnych badaczy udało mu się skutecznie przejść od pozytywizmu prawniczego do pozycji prawnaturalnych, jednakże sam nie zgadza się z tym stwierdzeniem i określa samego siebie jako postpozytywistę³. Podobną deklarację o przynależności do nurtu postpozytywistycznego składa także w swojej książce *Institutions of*

¹ "But it is proper to add that what renders both MacCormick's theory and Neil himself especially inspiring and attractive is his intellectual honesty; in particular, his capacity to put his own work to question by considering very seriously alternative views, and on such a basis, of engaging in a reflexive reconsideration of his theory". A. J. Menéndez, J. E. Fossum, *Introduction*, [w:] *The Post-Sovereign Constellation, Law and Democracy in Neil D. MacCormick's Legal and Political Theory*, eds. A. J. Menéndez, J. E. Fossum, Oslo 2008, s. 1–2.

² "[...] when I review a book for example, I always tend to start by trying to see it from the author's point of view. It takes me a long time to discover if I agree with a book, because if you try to understand it, you should read it sympathetically, with willing suspension of disbelief. If you read with sympathy and interest a thing [...], you will be willing from time to time to acknowledge a change, a shift of position because you have felt that some other argument you had not thought about, was a strong one, and you needed to acknowledge and adapt or adopt". N. MacCormick, *MacCormick on MacCormick*, [w:] *The Post-Sovereign...*, op. cit., s. 11–12.

³ *Ibidem*, s. 19.

Law, stwierdzając, że chociaż nie jest zwolennikiem prawa naturalnego, to nie jest już pozytywistą, lecz post-pozytywistą⁴. MacCormick uważa bowiem, że nie ma prawa nazywać siebie prawnonaturalistą ze względu na pozytywistyczne dziedzictwo Herberta Harta i Hansa Kelsena, które ukształtowało go jako filozofa prawa⁵.

Niestety najważniejsze prace MacCormicka nie doczekały się tłumaczenia na język polski, a jedną z niewielu polskich pozycji poświęconych jego poglądom jest praca Marka Smolaka pt. *Prawo, fakt, instytucja. Koncepcje teoretycznoprawne Prawniczego Pozytywizmu Instytucjonalnego*⁶. Dzieło to zostało napisane przed opublikowaniem przez MacCormicka jego ostatecznych poglądów na interesujące autora zagadnienia filozoficzne, toteż koncentruje się ono wyłącznie na wybranych problemach instytucjonalnej teorii prawa. Autor nie prezentuje szczegółowo biografii szkockiego filozofa prawa ani też nie formułuje ogólnych wniosków dotyczących jego spuścizny naukowej.

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie kształtowania się poglądów Neila MacCormicka na temat teorii i filozofii prawa ze szczególnym uwzględnieniem dziedzictwa anglosaskiego pozytywizmu prawniczego. Wydaje się, że intelektualne poszukiwania szkockiego filozofa prawa mogą stanowić swoisty papierek lakmusowy dla szerszego procesu, jakim są przemiany we współczesnej teorii i filozofii prawa⁷. Z uwagi na bardzo szeroki zakres zainteresowań badawczych MacCormicka należało jednak dokonać pewnej selekcji materiału, dlatego też w artykule szczególnie nacisk położono na instytucjonalną teorię prawa, której oryginalne założenia stanowią jedno z największych osiągnięć MacCormicka na gruncie filozofii prawa, natomiast kwestie dotyczące ewolucji jego teorii rozumowania prawniczego (problem odchodzenia od poglądów Herberta Harta i zbliżania się do stanowiska Ronalda Dworkina) oraz badań (opartych na dorobku szkockiego Oświecenia) nad europejskim konstytucjonalizmem w dobie pluralizmu prawnego zostały jedynie zasygnalizowane. Trzeba też podkreślić, iż rozwój

⁴ Idem, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford 2007, s. 24.

⁵ Idem, *MacCormick...*, op. cit., s. 20.

⁶ M. Smolak, *Prawo, fakt, instytucja. Koncepcje teoretycznoprawne Prawniczego Pozytywizmu Instytucjonalnego*, Poznań 1998.

⁷ Szerzej o odchodzeniu od różnych form pozytywizmu prawniczego w polskiej literaturze zob. m.in. L. Morawski, *Pozytywizm „twardy”, pozytywizm „miękki”, pozytywizm martwy*, „Ius et Lex” 2003, t. 2, nr 1, s. 319–345; idem, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2003; K. Dybowski, *Fikcyjność pozytywistycznego paradygmatu*, [w:] *Wykładnia prawa i inne problemy filozofii prawa*, red. L. Morawski, Toruń 2005, s. 161–170.

zainteresowań MacCormicka ściśle wiąże się z jego biografią. Rozważania dotyczące krystalizowania się oryginalnych koncepcji szkockiego filozofa prawa nie mogą zostać przeprowadzone w oderwaniu od pewnych faktów z jego życia, albowiem to właśnie one miały szczególny wpływ na rozwój jego poglądów teoretycznoprawnych.

1. Rys biograficzny Neila MacCormicka

Donald Neil MacCormick przyszedł na świat 27 maja 1941 roku w Glasgow jako syn szkockich nacjonalistów: Johna MacCormicka oraz Margaret Miller i to właśnie szkockie pochodzenie zaważyło na jego późniejszej formacji ideowej⁸. Postać jego ojca – Johna MacCormicka (1904–1961) – zapisała się w historii szkockich starań o niepodległość chwalebnie, choć nie bez kontrowersji⁹. Nie może więc dziwić fakt, że Neil MacCormick od młodości był żywotnie zainteresowany szkocką historią, polityką, literaturą oraz filozofią, chociaż podstawą jego wykształcenia prawniczego stał się przede wszystkim angielski system prawa *common law*. Od 1963 roku uczył się w Balliol College w Oxfordzie, gdzie studiował jurysprudencję (BA 1965, MA 1969)¹⁰. Wkrótce po ukończeniu studiów opuścił Oxford i przyjął stanowisko dydaktyczne w Queen’s College Dundee (będącym wówczas częścią Uniwersytetu Saint Andrews), zamierzając wykorzystać je jako podstawę do praktyki prawniczej w Edynburgu¹¹. W 1967 roku powrócił do Oxfordu, z którym był następnie związany – tak intelektualnie, jak i zawodowo – aż do przejścia na emeryturę. Większość swojej naukowej kariery spędził jednak na Uniwer-

⁸ Szczegółowej biografii intelektualnej Neila MacCormicka poświęcony jest projekt internetowy „Neil MacCormick: Law, Philosophy and Politics” stworzony przez Maksymiliana Del Mara w ramach *Leverhulme Research Fellowship* na Queen Mary University of London. Zob. M. Del Mar, *Neil MacCormick: Law, Philosophy and Politics*, [online] <http://www.law.qmul.ac.uk/maccormick/1941-59/index.html> [dostęp: 20.11.2017].

⁹ John MacCormick był członkiem założycielem Partii Narodowej Szkocji w 1928 oraz w 1934 roku. Przez wiele lat pełnił również funkcję rektora Uniwersytetu w Glasgow. Jako prawnik w 1952 roku założył sprawą MacCormick przeciwko Lord Advocate, kwestionując prawo Królowej Elżbiety do posługiwania się w Szkocji tytułem Elżbieta II. Pomimo przegranej MacCormickowi udało się jednak zakwestionować obowiązujący wcześniej pogląd, wedle którego Parlament Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej z siedzibą w Pałacu Westminsterskim może uchylić lub zmienić podstawowe warunki Aktu Unii z 1800 roku. Zob. W. Twining, *Donald Neil MacCormick (1941–2009)*, [w:] *Biographical Memoirs of Fellows of the British Academy*, Oxford 2012, s. 461–462.

¹⁰ N. MacCormick, *1968 and all that*, [w:] *Balliol College Annual Record 2009*, Oxford 2009, s. 13.

¹¹ M. Del Mar, op. cit.

sytecie w Edynburgu, gdzie uzyskał tytuł doktora prawa, a począwszy od 1978 roku pracował jako profesor¹². Pełnił tam między innymi funkcję dziekana Wydziału Prawa w latach 1973–1976 i 1985–1988 oraz dziekana Wydziału Nauk Społecznych w latach 1993–1997, a pod koniec lat dziewięćdziesiątych był zastępcą rektora do spraw międzynarodowych¹³.

Na marginesie kariery akademickiej Neila MacCormicka należy także odnotować jego zaangażowanie w politykę. Pięciokrotnie kandydował z ramienia SNP (Scottish National Party) w wyborach do Izby Gmin, pełnił także funkcję – jako członek SNP – posła Parlamentu Europejskiego w latach 1999–2005¹⁴. Swoimi koncepcjami wpisał się na stałe do panteonu współczesnej filozofii prawa. Spośród wielu przyznanych mu wyróżnień, w tym kilku tytułów *honoris causa*, należy wymienić chociażby wybór na członka Akademii Brytyjskiej (British Academy) w 1986 roku czy też otrzymanie przezeń w 2004 roku Złotego Medalu za wybitne osiągnięcia od Królewskiego Towarzystwa Edynburskiego (Royal Society of Edinburgh's Gold Medal for Outstanding Achievement)¹⁵. Szkocki filozof prawa zmarł w Edynburgu 5 kwietnia 2009 roku po długiej chorobie¹⁶.

2. Ewolucja poglądów teoretycznoprawnych Neila MacCormicka

Jak już zostało podkreślone we wstępie, poglądy Neila MacCormicka na temat teorii i filozofii prawa ewoluowały, a podstawowe założenia jego myśli były stopniowo uzupełniane, ażeby najpełniej wybrzmieć dopiero w ostatnim okresie twórczym. Na jego poglądy wpływało wiele czynników oraz pozornie sprzecznych tradycji filozoficznych. Widać to chociażby w przytaczanych przez Williama Twininga wspomnieniach MacCormicka, w których to szkocki filozof prawa wyróżnia trzy podstawowe etapy, składające się na wybraną przez niego ścieżkę naukową:

Powiedziałbym, że lata 1965–1981 stanowiły dla mnie okres, w którym intelektualnie najmocniej byłem związany z pracami Herberta Harta. Tak, byłem [wówczas] jego zwolennikiem, choć zwolennikiem dość niezależnym, ponieważ na część moich poglądów wpływ miały inne tropy filozoficzne. Lata 1981–1995 były z kolei dla mnie

¹² L. Green, *Obituaries: Sir Neil MacCormick (1941–2009)*, [w:] *Balliol College...*, op. cit., s. 44.

¹³ W. Twining, op. cit., s. 449.

¹⁴ M. Smolak, *Prawo...*, op. cit., s. 9.

¹⁵ W. Twining, op. cit., s. 449–450.

¹⁶ L. Green, op. cit., s. 43–44.

okresem rewizji poglądów co do pewnych problemów filozofii prawa oraz stopniowego dystansowania się od Harta, a już zwłaszcza późnego Harta. Począwszy od 1995 roku rozpocząłem opracowywanie dzieła stanowiącego sumę moich dojrzałych poglądów, za punkt wyjścia przyjmując postpozytywistyczny instytucjonalizm rozwinięty [następnie przeze mnie] w książce *Institutions of Law*, zaś ostatecznie wyrażony w mojej pracy dotyczącej rozumu praktycznego w moralności i prawie [*Practical Reason in Law and Morality*]¹⁷.

Fragment ten stanowi klucz do zrozumienia ewolucji poglądów MacCormicka, gdyż wskazuje możliwą klasyfikację etapów jego twórczości, którą w polskim piśmiennictwie wykorzystuje chociażby Andrzej Grabowski¹⁸.

W pierwszym ze wspomnianych okresów MacCormick pozostawał pod wpływem Herberta Harta, który w 1952 roku otrzymał tytuł profesora nauk prawnych i rozpoczął pracę w University College na Oxfordzie, gdzie wykładał aż do 1973 roku¹⁹. Sam Oxford stanowił wówczas siedzibę szkoły języka potocznego, zaś wydanie przez Harta *The Concept of Law* (1961) stało się punktem wyjścia do prowadzenia analitycznych oraz językowych rozważań nad teorią prawa²⁰. Początkowo MacCormick był słuchaczem jego wykładów²¹. Następnie przez lata współpracował z Hartem naukowo, mimo że nigdy nie powstała między nimi ścisła relacja osobista²². Przebywając w Oxfordzie, Neil MacCormick miał również możliwość kontaktu z Johnem Finnisem oraz Josephem Razem, zaś po tym, jak Hart zrezygnował w 1968 roku z katedry filozofii prawa, nawiązał także współpracę z jego następcą i krytykiem – Ronaldem Dworkinem²³. Obracając się wówczas w kręgach wyrafinowanego pozytywizmu, MacCormick wielokrotnie bronił poglądów Harta, czym zasłużył sobie na miano jednego z jego najlepszych uczniów i kontynuatorów. Sam zresztą przedstawiał się wówczas jako zwolennik stworzonej przez niego teorii prawa, pozostając tym samym w sporze z Dwor-

¹⁷ Tłumaczenie własne z języka angielskiego fragmentu nieopublikowanych wspomnień Neila MacCormicka. Zob. W. Twining, op. cit., s. 453.

¹⁸ Zob. T. Gizbert-Studnicki, A. Dyrda, A. Grabowski, *Metodologiczne dychotomie. Krytyka pozytywistycznych teorii prawa*, Warszawa 2016, s. 425–426.

¹⁹ M. T. Kramer, *Herbert Lionel Adolphus Hart*, [w:] *Encyclopedia Britannica*, [online] <https://www.britannica.com/biography/H-L-A-Hart> [dostęp: 20.11.2017].

²⁰ M. Del Mar, op. cit.

²¹ W. Twining, op. cit., s. 453.

²² MacCormick wspomina ten okres następująco: "It was also, needless to say, an enormously busy time. We had a lot of teaching to do with stacks of undergraduate tutorials, and there were hugely exciting seminars and discussions going on at the BCL classes in jurisprudence and in Herbert Hart's and Ronald Dworkin's rooms at University". N. MacCormick, *1968...*, op. cit., s. 14.

²³ W. Twining, op. cit., s. 453.

kinem²⁴. W książce *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978) MacCormick stworzył ogólną teorię rozumowania prawniczego, która – jak twierdził – zgodna była z założeniami wyrafinowanej wersji pozytywizmu prawniczego²⁵. Niektórzy krytycy postrzegali tę pracę jako dzieło uzupełniające dorobek Harta tak dalece, że autor *Pojęcia prawa* mógłby je właściwie przedstawić sam, gdyby tylko położył w swojej teorii większy nacisk na rolę rozumowań prawniczych²⁶. Zwieńczenie pierwszego okresu w intelektualnej biografii Neila MacCormicka stanowiła publikacja książki *H. L. A. Hart* (1981)²⁷.

Kolejny etap w formowaniu się przekonań Neil MacCormicka to lata 1981–1995. W tym okresie dokonał on stopniowej rewizji swoich poglądów na filozofię prawa, dystansując się tym samym od Harta, a przede wszystkim od koncepcji pochodzących z jego późnego okresu. Już na przełomie lat siedemdziesiątych i osiemdziesiątych MacCormick – współpracując z Robertem Summersem i Zenonem Bańkowskim – zaangażował się w badania porównawcze nad rozumowaniami prawniczymi oraz pochylił się nad kwestią interpretacji prawa. Stanowiło to dla niego nowe doświadczenie, proces intelektualny, który nazwał „stałym odchodzeniem od Harta”²⁸. W zapatrywaniach MacCormicka dotyczących filozofii prawa pojawiły się wówczas dwie znaczące zmiany. Najpierw poświęcił on wiele czasu na studia nad przedstawicielami szkockiego Oświecenia, między innymi Davidem Hume’em oraz Adamem Smithem²⁹. Następnie, w dużej mierze dzięki Światowemu Kongresowi Filozofii Społecznej i Prawnej (World Congress of Social and Legal Philosophy), nawiązał kontakt z wiodącymi prawnikami z Europy kontynentalnej. Nie wyrzekając się intelektualnych korzeni szkockiego Oświecenia, nadał im wymiar europejski, ściśle współpracując między innymi z Ota Weinbergerem (Graz), Robertem Alexym (Niemcy), Aulisem Aarnio (Helsinki) i Aleksandrem Peczenikiem (Lund)³⁰. Spotkawszy się z Chaimem Perelmanem (Bruksela) – pionierem „nowej retoryki” oraz prekursorem nowoczesnej teorii argumentacji – MacCormick był na tyle zainteresowany zaproponowaną przez niego wizją wykorzystania logiki nieformalnej w badaniach nad prawem, że przetłumaczył część jego prac na język angielski³¹.

²⁴ M. Del Mar, op. cit.

²⁵ N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978.

²⁶ W. Twining, op. cit., s. 454.

²⁷ N. MacCormick, *H.L.A. Hart*, London 1981.

²⁸ W. Twining, op. cit., s. 455.

²⁹ Zob. m.in. N. MacCormick, *Adam Smith on Law*, “Valparaiso University Law Review” 1981, No. 15 (2), s. 243–263.

³⁰ W. Twining, op. cit., s. 455.

³¹ Ibidem.

W 1982 roku MacCormick opublikował zbiór esejów *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy*, w którym zaproponował racjonalistyczną, liberalną ideologię demokratyczną, stanowiącą wyjście pośrednie pomiędzy ujęciem indywidualistycznym a marksistowskim kolektywizmem³². Niemniej jednak zasadniczy punkt wyjścia w teorii prawa rozwijanej przez MacCormicka stanowiło podejście instytucjonalne, zasygnalizowane po raz pierwszy w wykładzie inauguracyjnym z 1973 roku, a następnie stopniowo dopracowywane w kolejnych dziełach, między innymi w napisanej razem z Ota Weinbergerem książce pt. *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism* (1986)³³. Systematyczne publikowanie prac teoretycznoprawnych, w których MacCormick wyrażał swoje poglądy na temat natury prawa, rozumowań prawniczych oraz szkockiego nacjonalizmu, spowodowało, że zaczął się on cieszyć międzynarodowym uznaniem. Prowadzenie badań naukowych nie było jednak jego jedyną aktywnością. Na marginesie trzeba bowiem stwierdzić, iż MacCormick był w latach 1981–1997 mocno zaangażowany w bieżącą administrację akademicką oraz w działania polityczne na rzecz niepodległości Szkocji³⁴.

W 1997 roku MacCormick zrezygnował z obciążenia administracyjnego, ażeby skoncentrować się wyłącznie na filozofii prawa. W decyzji tej przyświecał mu zamiar ponownego rozważenia swojego stanowiska co do głównych problemów teorii prawa, polityki oraz moralności. W tym celu sformułował niezwykle ambitny projekt stworzenia sumy swoich poglądów: *Law, State and Practical Reason*, która w czterech tomach miałaby zawrzeć całość jego systemu³⁵. Pierwszy tom: *Questioning Sovereignty* MacCormick wydał w 1999 roku³⁶. Dwa kolejne tomy: *Rhetoric and the Rule of Law* (2005) oraz *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory* (2007) zostały przez niego ukończone przed przejściem na emeryturę³⁷. Ostatni, dopełniający tetralogię tom: *Practical Reason in Law and Morality* (2008) – wydano zaś niedługo przed przedwczesną śmiercią Neila MacCormicka³⁸.

³² N. MacCormick, *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy*, Oxford 1982.

³³ N. MacCormick, O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht 1986.

³⁴ Zob. m.in. M. Del Mar, op. cit.

³⁵ Na to, że projekt ten stanowił sumę poglądów MacCormicka, wskazuje chociażby L. Green: "Neil's summa was four volumes of legal philosophy, collectively entitled *Law, State and Practical Reason*, finished just before his death". L. Green, op. cit., s. 44.

³⁶ N. MacCormick, *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford 1999.

³⁷ Idem, *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford 2005; idem, *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*, Oxford 2007.

³⁸ Idem, *Practical Reason in Law and Morality*, Oxford 2008.

3. Dziedzictwo anglosaskiego pozytywizmu prawniczego

Poglądy MacCormicka zrodziły się na gruncie anglosaskiego pozytywizmu prawniczego, czerpiąc jednocześnie inspirację z dorobku angielskiej jurysprudencki analitycznej oraz pewnych elementów normatywizmu Hansa Kelsena. Z faktem tym wiąże się szereg konsekwencji, wśród których najważniejszą jest niemożność czytania MacCormicka w oddzieleniu od stojącej za nim tradycji filozoficzno-prawnej. Żadna bowiem analiza nie może być zawieszona w intelektualnej próżni. Dlatego też niezbędne jest przedstawienie w tym miejscu podstawowych założeń anglosaskiego pozytywizmu prawniczego na dwóch podstawowych etapach jego rozwoju (zaczynając od klasycznego pozytywizmu w ujęciu Johna Austina, a kończąc na wyrafinowanym pozytywizmie Herberta Harta)³⁹.

Fundamenty anglosaskiego pozytywizmu prawniczego zostały zbudowane przez Johna Austina, który był przedstawicielem XIX-wiecznego nurtu nazywanego jurysprudencką analityczną. W 1832 roku opublikował on pracę *The Province of Jurisprudence Determined*, w której wyłożył podstawy swojej koncepcji prawa. W ujęciu Johna Austina istota „rzeczywistego prawa” zawierała się w rozkazach – regułach nakładających na ludzi pewne określone obowiązki – których spełnienie narzucane jest przez suwerena pod groźbą sankcji. W dużym uproszczeniu podaną przez Austina definicję sprowadza się do sloganu: „prawo jest to rozkaz poparty groźbą”⁴⁰. W *The Province of Jurisprudence Determined* angielski filozof pisał, iż „prawo, w dosłownym i właściwym sensie, może być określone jako reguła zachowania ustanowiona dla jakiejś myślącej istoty przez inną myślącą istotę, mającą nad tą pierwszą władzę”⁴¹. Teoria prawa zawdzięcza Austinowi także słynne sformułowanie – przyjmowanej już przez Jeremy’ego Benthama – tezy

³⁹ Oczywiście należy pamiętać, iż wyodrębnienie etapów anglosaskiego pozytywizmu prawniczego ma charakter umowny, zwłaszcza w odniesieniu do koncepcji wyrafinowanego pozytywizmu Herberta Harta, która właściwie od początku podlegała licznym uzupełnieniom (m.in. autorstwa Josepha Raza) oraz krytykom (m.in. autorstwa Ronalda Dworkina czy Lona Fullera). Nie jest jednak moim zamiarem szczegółowe przedstawienie poszczególnych przeobrażeń pozytywizmu prawniczego, a jedynie zarysowanie filozoficznego tła dla poglądów teoretycznoprawnych Neila MacCormicka. Na temat chronologii przemian w obrębie pozytywizmu prawniczego istnieje liczna literatura przedmiotu, także wspomniane przeze mnie wcześniej pozycje polskojęzyczne. Zob. L. Morawski, *Pozytywizm...*, op. cit., s. 319–345; T. Gizbert-Studnicki, A. Dyrda, A. Grabowski, op. cit., passim; K. Dybowski, op. cit., s. 161–170.

⁴⁰ J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze*, Kraków 2004, s. 116.

⁴¹ Fragment ten podaje w tłumaczeniu M. Piechowiaka. Zob. M. Piechowiak, *Pozytywizm prawniczy*, [w:] *Powszechna encyklopedia filozofii*, Lublin 2007, s. 421.

o rozdziale prawa i moralności (*Separation Thesis*)⁴². Stwierdzenie, że prawo może mieć dowolną treść, zdeterminowało więc dalszy rozwój pozytywizmu prawniczego, mając wpływ między innymi na Hansa Kelsena (pozytywizm kontynentalny) oraz Herberta Harta (pozytywizm anglosaski), których teorie były całkowicie neutralne moralnie⁴³. Dlatego też koncepcja pozytywizmu prawniczego autorstwa Johna Austina – pomimo wielu charakterystycznych dla niej uproszczeń – bardzo długo odgrywała znaczącą rolę w anglosaskiej kulturze prawnej. Odpowiedzialność za zmianę tego paradygmatu przypisuje się dziełu *The Concept of Law* (1961) autorstwa Herberta Harta⁴⁴. Stanowiło ono intelektualny przełom: książka stała się swoistą biblią współczesnej filozofii prawa, zaś sam Hart prekursorem zupełnie nowego ujęcia pozytywizmu prawniczego⁴⁵. Jak zauważa Adam Dyrda, „rozważania na niemal każdy istotny temat teoretycznoprawny rozpoczynają się, przynajmniej w kręgu przedstawicieli angloamerykańskiej jurysprudenckiej, od powołania odpowiednich poglądów Harta”⁴⁶.

Wizja prawa zaproponowana przez Harta stanowiła spójne połączenie klasycznego pozytywizmu prawniczego ze współczesną mu filozofią języka, określaną mianem oksfordzkiej szkoły języka potocznego⁴⁷. Koncepcja ta wyjaśniała pojęcie prawa przy użyciu metod analizy lingwistycznej, pokazując, jak funkcjonuje ono w ludzkim schemacie pojęciowym, a jednocześnie nie definiując go w tradycyjnym rozumieniu tego słowa, czyli nie sprowa-

⁴² “The existence of law is one thing; its merit or demerit is another”. J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, London 1954, s. 184

⁴³ A. Grabowski, *W stronę postpozytywizmu prawniczego. Szkic z metodologii prawnoznawstwa*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” 2011, nr 312, s. 150–151.

⁴⁴ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1961; idem, *Pojęcie prawa*, tłum. J. Woleński, Warszawa 1998.

⁴⁵ Świadczyć o tym mogą chociażby słowa Dworkina, który krytykując koncepcję Harta, docenia jednak jej szczególną wartość: „Zdecydowałem się skupić na jego [Harta] wersji nie tylko ze względu na jej jasność i elegancję, lecz przede wszystkim dlatego, że zarówno tutaj, jak prawie wszędzie na terenie filozofii prawa każda konstruktywna myśl musi w punkcie wyjścia rozważyć jego poglądy”. R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, tłum. T. Kowalski, Warszawa 1998, s. 47.

⁴⁶ A. Dyrda, *Konwencja u podstaw prawa. Kontrowersje pozytywizmu prawniczego*, Warszawa 2013, s. 23–24.

⁴⁷ Wedle Mileny Koryckiej-Zirk: „Hart jako przedstawiciel oksfordzkiej filozofii języka potocznego zakładał, że analizy języka powinny mieć charakter deskryptywny, tzn. koncentrować się na opisie wyrażonej w języku potocznym aktualnej struktury myślenia. [...] Deskrypcjonści wykazują wręcz, że nieostrość wyrażenia języka naturalnego może być uznana za zaletę, nie wadę, gdyż umożliwia funkcjonowanie wyrażenia w rozmaitych kontekstach językowych i pozajęzykowych”. M. Korycka-Zirk, *Reguły prawne jako istota pojęcia prawa w ujęciu H.L.A. Harta*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2010, t. VI, s. 88.

dzając do prostszych pojęć, albowiem z samej swej natury są one nieostre. Fenomen nieostrości tekstów prawnych, wynikający ze sformułowania ich w języku naturalnym, Hart określał mianem otwartej struktury (*open texture*) prawa. Równocześnie dalsze rozważania angielskiego filozofa, dotyczące możliwych sposobów funkcjonowania pojęcia prawa w języku potocznym, prowadziły go do uznania, że prawo to – bazujący na instytucjach je tworzących i stosujących – system, na który składają się reguły normatywne oraz społeczne. W takim ujęciu podstawowym problemem teoretycznym stało się pojęcie „praktykowanych reguł społecznych”⁴⁸. Herbert Hart wyróżniał wśród nich zwyczaje (*customs*) oraz konwencje (*conventions*)⁴⁹. Poza przepisami prawnymi istnieją bowiem takie dyrektywy ludzkiego zachowania, których przestrzeganie również się od niego wymaga, a także przewiduje się negatywne konsekwencje w razie odstępstwa od nich. Do takich dyrektyw należą chociażby zasady etykiety, przepisy gier sportowych czy też reguły językowe⁵⁰. Niektóre z nich mogą mieć charakter zobowiązujący do określonego zachowania, inne zaś mogą przewidywać szczególne wymogi formalne, których celem będzie przyznanie pewnym działaniom skutków prawnych.

Skoro prawo realizuje się poprzez różne rodzaje reguł, to niezbędne okazało się przeprowadzone przez Harta wyodrębnienie reguł pierwotnych (*primary rules*) od wtórnych (*secondary rules*)⁵¹. Pozwalało ono bowiem odróżnić reguły pierwszego stopnia (*first-order rules*), które odnoszą się do ludzkich zachowań społecznych, od reguł drugiego stopnia (*second-order rules*), dotyczących działań instytucji tworzących bądź stosujących prawo. Cały system prawa można było zatem określić jako związek reguł pierwotnych i wtórnych⁵². Poprzez reguły pierwotne na ludzi nakładane są określone prawa i obowiązki, zobowiązują się oni bowiem – niezależnie od własnej woli – wykonywać pewne czynności, zaś od innych się powstrzymać⁵³. Z kolei reguły wtórne służą do określenia sposobu, w jaki należy wprowadzać, zmieniać, usuwać bądź interpretować reguły pierwotne⁵⁴. Dotyczą one więc reguł pierwotnych w tym sensie, że to na nich właśnie operują. Gdyby reguł wtórnych nie było, to zarówno zastosowanie, jak i wykładnia reguł pierwotnych nie byłyby możliwe. To dzięki regułom wtórnym moż-

⁴⁸ H. L. A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 85.

⁴⁹ A. Dyrda, op. cit., s. 24–25.

⁵⁰ H. L. A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 21–22.

⁵¹ A. Dyrda, op. cit., s. 25.

⁵² J. Stelmach, B. Brożek, op. cit., s. 117.

⁵³ H. L. A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 116.

⁵⁴ Ibidem, s. 135–137.

na bowiem usunąć najpoważniejsze wady charakterystyczne dla reguł pierwotnych, czyli ich niepewność, statyczność oraz nieskuteczność⁵⁵.

Na problem niepewności reguł pierwotnych odpowiada reguła uznania (*rule of recognition*)⁵⁶. Jest ona kluczowa dla zaproponowanej przez Harta koncepcji wyrafinowanego pozytywizmu prawniczego. Stanowi regułą społeczną wykorzystywaną przez podmioty instytucjonalne w procesie stosowania prawa, albowiem dostarcza kryteria, dzięki którym można uznać wszystkie inne reguły za obowiązujące w danym systemie prawa. Tym samym reguły uznania decydują zarówno o możliwości, jak i przyczynie zastosowania określonej reguły pierwotnej. Znajdując się u podstaw systemu prawa, nie wymaga ona wedle Harta dalszego uzasadnienia. Nie można również powiedzieć, że obowiązuje ona w ścisłym tego słowa znaczeniu, a jedynie, że stanowi wyraz aktualnej praktyki społecznej. Oznacza to więc, iż ustalenie ostatecznej reguły uznania ma charakter empiryczny, albowiem polega na sprawdzeniu tego, jaką regułą stosują praktycznie sędziowie, urzędnicy oraz zwykli obywatele⁵⁷. Istnienie reguł prawnych nie wynika – zdaniem Harta – z zakresu treściowego czy też wartości moralnej, lecz jest zdeterminowane przez ich źródło – test pochodzenia (*test of pedigree*)⁵⁸. Tym samym kwestia istnienia reguł prawnych stanowi wedle Harta egzemplifikację tezy o rozdziale prawa i moralności, co wyraża się w stwierdzeniu, że obowiązywanie pewnych reguł prawnych w określonym porządku prawnym wynika z ich instytucjonalnego rozpoznania w drodze kryteriów zawartych w regule uznania (rozumianej jako fakt społeczny)⁵⁹.

Przyjęcie reguły uznania, odgrywającej kluczową rolę w koncepcji wyrafinowanego pozytywizmu Herberta Harta, pozwoliło zatem zmienić perspektywę postrzegania systemu prawa, widzianego już nie przez pryzmat instytucji tworzących prawo, lecz w oparciu o instytucje stosujące prawo⁶⁰. Wcześniej – w pozytywizmie opartym na dziedzictwie Johna Austina – nie brano pod uwagę tego, że przyjęcie pewnych określonych reguł – tak przez urzędników, jak i obywateli – determinuje rację podejmowanych przez nich czynności. Redukowano tym samym fenomen prawa do widocznego z zewnątrz nawyku, szukając uzasadnienia dla takiej postawy w podkreśleniu wymogu naukowości i empiryczności w naukach społecznych. Dla Harta takie nastawienie było nie do zaakceptowania. Uważał on bowiem, że za-

⁵⁵ J. Stelmach, *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, Kraków 1999, s. 36.

⁵⁶ M. Korycka-Zirk, op. cit., s. 85.

⁵⁷ H. L. A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 142.

⁵⁸ A. Dyrda, op. cit., s. 28–29.

⁵⁹ M. Korycka-Zirk, op. cit., s. 85.

⁶⁰ A. Dyrda, op. cit., s. 26.

miast postawy zewnętrznego obserwatora należy przyjąć wewnętrzny punkt widzenia (*internal point of view*), czyli postawę akceptacji wobec istniejących reguł bez względu na to, czy posiadają one moralne uzasadnienie⁶¹. Zdaniem Harta już sam fakt zaakceptowania przed podmiot pewnej reguły sprawia, iż nie jest ona wymuszonym siłą nakazem suwerena. Wedle Adama Dyrdy:

[...] wewnętrzny punkt widzenia oznacza zarazem akceptację i używanie reguł jako wskazówek (*accepting and using a rule as a guide*) i odznacza się dobrowolną kooperacją w celu podtrzymania istnienia tych reguł. Równie ważna jest także inna cecha tej wewnętrznej postawy, a mianowicie to, że w najbardziej podstawowy sposób włącza się ona w rozumowania praktyczne (*practical reasoning*), dając, eliminując i oceniając rozmaite racje do działania⁶².

To ostatnie stwierdzenie wiąże się więc z kwestią podmiotów, które muszą przyjąć wewnętrzny punkt widzenia, ażeby system prawa mógł funkcjonować. Zdaniem Harta na pewno muszą to zrobić podmioty stosujące prawo, albowiem to one posiadają *imperium* do wydawania określonych decyzji, mających moc obowiązującą nawet wtedy, gdy podmioty, do których są one kierowane, odbierają je za błędne. Doprowadziło to Harta do konstatacji, iż prawo nie wynika jedynie z reguł społecznych, lecz może na nie wpływać i kształtować ich treść poprzez powołane do tego instytucje, mające na celu zabezpieczenie spójności całego systemu.

W swoich pracach teoretycznoprawnych Neil MacCormick wielokrotnie opiera się na pozytywistycznych ustaleniach Herberta Harta (co do wewnętrznego punktu widzenia oraz rozróżnienia pomiędzy regułami pierwotnymi i wtórnymi) oraz Hansa Kelsena (między innymi co do hipotetycznego istnienia *Grundnorm* ustalającej ważność całego porządku prawnego)⁶³. Szkocki filozof prawa jest świadomy dziedzictwa pozytywizmu prawniczego i wyraźnie odróżnia sferę bytu od sfery powinności (zgadzając z niektórymi twierdzeniami zawartymi w *Czystej teorii prawa* Kelsena)⁶⁴. Równocześnie jednak MacCormick odrzuca zbyt oczywistą dychotomię pomiędzy pozytywizmem prawniczym oraz doktryną prawa naturalnego. W dziele *Institutions of Law* szkocki filozof odnosi się także do pojęć zaczerpniętych z doktryny prawa naturalnego, a w szczególności skupia się na analizie pojęcia dobra wspólnego dokonanej przez Johna Finnisia w tradycji

⁶¹ H. L. A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 3–4.

⁶² A. Dyrda, op. cit., s. 32–33.

⁶³ A. J. Menéndez, *Is European Union law a pluralist legal order?*, [w:] *The Post-Sovereign...*, op. cit., s. 282–283.

⁶⁴ A. J. Menéndez, J. E. Fossum, op. cit., s. 2.

arystotelesowsko-tomistycznej⁶⁵. Wedle MacCormicka prawo powinno być sprawiedliwe oraz służyć dobru wspólnemu, albowiem są to ogólne warunki wymagane dla pomyślnego wspólnego życia. Racjonalna teoria prawa powinna wedle tego zakładać, że istnienie jakiegokolwiek instytucjonalnej normy jako prawa musi być pewnym minimalnym zaspokojeniem podstawowych wymagań sprawiedliwości.

4. Postpozytywistyczny charakter instytucjonalnej teorii prawa Neila MacCormicka

O przejściu MacCormicka z pozycji pozytywistycznych na pozycje postpozytywistyczne świadczy instytucjonalna teoria prawa, której zasadnicze zręby przedstawił w *Institutional Theory of Law* (wraz z Ota Weinbergerem), a następnie dopracował w *Institutions of Law*⁶⁶. Instytucjonalna teoria prawa opiera się na stwierdzeniu, że prawo jest zinstytucjonalizowanym porządkiem normatywnym⁶⁷. Równocześnie wpisuje się ona w szerszy nurt filozofii prawa (rozwijany już od początku XX wieku, chociażby przez Maurice'a Hauriou)⁶⁸. Kierunek ten można określić mianem instytucjonalnego podejścia do prawa, czyli systemu pojmowanego zarówno jako zbiór instytucji, jak również norm⁶⁹.

Instytucjonalna teoria prawa dotyczy natury prawa. Jednym z jej celów jest zmniejszenie podziału między filozofią analityczną oraz empiryczną⁷⁰. Należy przy tym zauważyć, że już Herbert Hart stworzył koncepcję prawa jako faktu społecznego (*social fact*), lecz nie rozwinął tego zagadnienia w takim stopniu, jak zrobili to przedstawiciele instytucjonalizmu. Wedle Roberta Summersa uniwersalność prawa stanowi pewien fakt dlatego, że nie może ono istnieć bez działania tworzących go instytucji⁷¹. Prawo nabie-

⁶⁵ N. MacCormick, *Institutions...*, op. cit., s. 116.

⁶⁶ "According to [the] conception of legal positivism, the present version of institutional theory is non-positivist, or, if you wish, 'post-positivist'". Ibidem, s. 278–279. Zobacz także: A. Grabowski, op. cit., s. 157.

⁶⁷ "Law is institutional normative order" (N. MacCormick, *Institutions...*, op. cit., s. 1). "Law as institutional normative order thus come to be a complex and systematic whole" (ibidem, s. 304).

⁶⁸ M. Wojciechowski, *Instytucjonalna teoria prawa*, [w:] *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa*, red. J. Zajadło, Warszawa 2007, s. 135.

⁶⁹ M. J. Golecki, *Między pewnością a efektywnością. Marginalizm instytucjonalny wobec prawotwórczego stosowania prawa*, Warszawa 2011, s. 107.

⁷⁰ M. Wojciechowski, op. cit., s. 136.

⁷¹ R. Summers, *Form and Function in a Legal System: A General Study*, Cambridge 2006, s. 3–5.

ra zatem cech zjawiska społecznego, a nie tylko językowo-normatywnego. Zresztą wedle MacCormicka badania analityczne, moralne i empiryczne – jako wzajemnie ze sobą powiązane – należy uznawać łącznie za niezbędne do zrozumienia prawa. Równocześnie jednak przedstawiciele instytucjonalnej teorii prawa starają się nie odpowiadać na pytanie o to, czym jest prawo, a jedynie podkreślają jego celowościowy charakter⁷².

Punktem wyjścia w pozytywizmie instytucjonalnym MacCormicka jest – zapożyczone z teorii aktów mowy Elisabeth Anscombe oraz Johna Searle'a – rozróżnienie pomiędzy faktami surowymi (*brute facts*) oraz instytucjonalnymi (*institutional facts*)⁷³. Należy zauważyć, iż fakty surowe nie są niczym innym, jak czystymi czynnościami faktycznymi, gdyż istnieją w świecie zupełnie niezależnym od ludzkiej myśli lub hierarchii wartości, a także nie przypisuje się im żadnego znaczenia konwencjonalnego⁷⁴. Poza nimi istnieją jednak również fakty instytucjonalne, których nie można zredukować do statusu faktów surowych⁷⁵. Ich istnienie zakłada bowiem pewną myśl nadającą im znaczenie konwencjonalne na mocy norm ludzkich, na przykład poprzez prawo⁷⁶. A zatem zdolność do identyfikacji faktów instytucjonalnych prowadzi do stopniowego odkrywania znaczenia prawa oraz rzeczywistości społecznej (*social reality*)⁷⁷. Rozróżnienie pomiędzy faktami surowymi oraz instytucjonalnymi stanowi przy tym rozwinięcie poglądów Johna Austina – filozofa z Oksfordu i przyjaciela Herberta Harta – który twierdził, iż język jest performatywny, to znaczy, że nie tylko odzwierciedla rzeczywistość, ale też kształtuje i wytwarza jej nowe oblicza⁷⁸.

Przytoczone wcześniej stwierdzenie MacCormicka, iż prawo stanowi przejaw instytucjonalnego porządku normatywnego (*institutional-normative order*), wymaga wyjaśnienia trzech składających się na nie elementów – pojęcia normatywności, porządku oraz instytucji⁷⁹. Aby to zrobić, MacCormick używa przykładu ustawiania się w kolejce (*queuing*)⁸⁰. W niektórych

⁷² M. J. Golecki, op. cit., s. 108.

⁷³ G. E. M. Anscombe, *On Brute Facts*, "Analysis" 1958, No. 18, s. 69–72; J. R. Searle, *Speech Acts*, Cambridge 1969, passim.

⁷⁴ N. MacCormick, *Norms, Institutions, and Institutional Facts*, "Law and Philosophy" 1998, Vol. 17, No. 3, s. 301–302.

⁷⁵ M. Smolak, op. cit., s. 24.

⁷⁶ N. MacCormick, O. Weinberger, op. cit., s. 11.

⁷⁷ Ibidem, s. 12.

⁷⁸ M. La Torre, *Changes and Continuities in MacCormick's Concept of Law*, [w:] *The Post-Sovereign...*, op. cit., s. 32.

⁷⁹ N. MacCormick, *Rhetoric...*, Oxford 2005, s. 2.

⁸⁰ Jak twierdzi L. Ch. Blichner: "As indicated, in order to clarify what he means by normative order, MacCormick uses the practice of queuing as an example". L. Ch. Blichner,

kulturach ustawianie się kolejki stanowi dobrze rozumianą praktykę, nawet jeśli ludzie tworzący tę kolejkę są sobie zupełnie obcy. Polega to na tym, że w pewnych kontekstach życia społecznego, na przykład czekając na autobus albo przy kasie w supermarkecie, ludzie ustawiają się jeden za drugim w uporządkowany sposób, aby w spokoju zaczekać na swoją kolej.

Dla MacCormicka zwyczaj tworzenia kolejki może jednak stanowić instytucję podlegającą określonym normom⁸¹. Istnienie tego zwyczaju zależy od dość wysokiego stopnia zrozumienia przez ludzi jego podstawowego celu (wejścia do autobusu, obsługi przy kasie) oraz przestrzegania narzuconych przezeń reguł (stawanie na końcu kolejki). Jak zauważa MacCormick, istnieją też normy pozwalające człowiekowi nie stać w kolejce, na przykład w sytuacjach awaryjnych albo z uwagi na jego cechy (kobiety w ciąży, osoby starsze, niepełnosprawni). Występujące w społeczeństwie normy oraz wyjątki od nich mogą być zarówno niejawne, jak i formalnie uporządkowane i zarządzane przez władzę⁸². Przykładem byłyby tu chociażby maszyny wydające bilety z numerkiem. Podsumowując, wedle MacCormicka ustawianie się w kolejce to zinstytucjonalizowana praktyka społeczna.

Równocześnie należy zwrócić uwagę na to, czym jest dla MacCormicka porządek normatywny (*normative order*). W dziele *Rhetoric and the Rule of Law* wprowadza on pojęcia porządku prawnego (*legal order*) oraz systemu prawnego (*legal system*)⁸³. Porządek prawny stanowi dla szkockiego filozofa właściwą egzemplifikację porządku normatywnego, ponieważ istnieje wtedy, gdy życie społeczne jest szczegółowo uregulowane, a tym samym przebiega na podstawie pewnych wytycznych, które można by nazwać przepisami prawa. Kolejnym warunkiem jego istnienia jest przewidywal-

Juridification from Below The Dynamics of McCormick's Institutional Theory of Law, [w:] *The Post-Sovereign...*, op. cit., s. 35.

⁸¹ Wedle MacCormicka: "The queue belongs to a form of normative order that exists because there is an overlapping, largely shared, common understanding of the right way to behave". N. MacCormick, *Norms...*, op. cit., s. 308–309.

⁸² "Queuing as normative order is without any institutional guidance except from the norms of queuing past on from one individual to the next and that is activated whenever a particular individual encounter another individual in a situation that, according to the norms, calls for queuing up. Roughly speaking this normative order becomes institutionalized when someone else than the queuing individuals impose some form of order on the queue, that be in the form of a manager of the queue, the putting up of a fence or a machine giving out numbers. This institutional normative order can develop into a fairly complex set of rules and the need for interpretation of these rules". L. Ch. Blichner, op. cit., s. 44.

⁸³ N. MacCormick, *Rhetoric...*, op. cit., s. 2–3.

ność działań podejmowanych przez władze publiczne. Poczucie bezpieczeństwa poszczególnych członków społeczeństwa wynika wówczas z tego, iż istnieje pomiędzy nimi powszechna zgoda co do norm, które uznane są za obowiązujące. Z kolei o systemie prawnym wedle MacCormicka można mówić wyłącznie wtedy, gdy istnieje porządek prawny⁸⁴. Stanowi on bowiem zmaterializowane odbicie obowiązującego porządku prawnego.

Ponadto, w ujęciu MacCormicka pewne normy mogą istnieć jako fakty instytucjonalne niezależnie od wymiaru, w jakim ludzie się z nimi zgadzają. Może bowiem istnieć różnica między naszymi oczekiwaniami dotyczącymi ustawiania się w kolejce a rzeczywistymi zachowaniami innych. Rodzi to wówczas potrzebę interwencji organów publicznych, mających władzę nad tymi, którzy nie postępują zgodnie z ustalonym porządkiem normatywnym. Aby mogło się to wydarzyć, potrzebne są jednak takie zależności pomiędzy różnymi normami, dzięki którym system normatywny stawałby się spójny⁸⁵. Wedle MacCormicka w zinstytucjonalizowanym porządku normatywnym istnieje problem identyfikacji (*problem of identity*), odnoszący się do wyboru przez podmiot stosujący prawo – celem wydania określonej decyzji – takich norm, które byłyby właściwe do oceny konkretnej sytuacji, oraz problem zmiany (*problem of change*), dotyczący aktualności prawa w środowisku społecznym, które znajduje się w ciągłym ruchu⁸⁶.

Podstawowe założenie instytucjonalnej teorii prawa stanowi, że prawo jest zbiorem norm oraz faktów instytucjonalnych, które swoje znaczenie zawdzięczają treści określonych reguł konstytucyjnych⁸⁷. Tym, co – zdaniem Mariusza Jerzego Galeckiego – różni instytucjonalną teorię prawa od badań Johna Searle'a, jest uznanie, iż „instytucje prawne nie istnieją jedynie w oparciu o nadające sens pewnym działaniom reguły konstytucyjne. Istotną rolę dla wyznaczenia tego sensu w kontekście instytucji prawnych pełnią reguły normatywne, wskazujące sposób powinnego działania”⁸⁸. W takim ujęciu – jak zauważa Marek Smolak – instytucja jest „pewnym sposobem

⁸⁴ Wedle MacCormicka: “A legal system belongs to the real social world, as distinct from a pure world of ideas, to the extent that a corresponding legal order exists however imperfectly”. Ibidem, s. 3.

⁸⁵ M. Smolak, op. cit, s. 83–87.

⁸⁶ “The problem of identity concerns the possibility of settling at any moment in time whether any particular norm or normative proposition is relevant and binding for institutional adjudicators” (...) „The problem of change arises from the felt need of humans to adjust their expectations to a changing natural, technological, and social environment”. N. MacCormick, *Rhetoric...*, op. cit, s. 4–5.

⁸⁷ N. MacCormick, O. Weinberger, op. cit, s. 21–27.

⁸⁸ M. J. Golecki, op. cit, s. 108.

uformowania działań ludzkich, sposobem określonym przez założenie istnienia zespołów, reguł czy też norm, albowiem tylko przy takim założeniu zespół działań ludzi, składających się na przykład na sporządzenie testamentu, jest przejawem instytucji spadkobrania⁸⁹.

W instytucjonalnej teorii prawa wyróżnia się więc szereg reguł, które decydują o istnieniu oraz działaniu danej instytucji⁹⁰. Poszczególne ich typy to: reguła instytutowa (*institutive rule*), reguła konwencjonalna (*consequential rule*) oraz reguła terminatywna (*terminative rule*)⁹¹. Pierwsza z reguł powołuje instytucję za pomocą przypisania określonym faktom konwencjonalnego znaczenia, a tym samym odróżnienia ich od faktów surowych. Druga zaś stanowi o normatywnych następstwach działania tejsze instytucji poprzez przypisanie skutków prawnych tym zdarzeniom, które mają znaczenie w odniesieniu do innych instytucji. Trzecia reguła nakreśla natomiast ramy czasowe działań instytucjonalnych, albowiem wiadome jest, iż instytucje prawne rozciągają się w czasie (mają swój początek i koniec). Tym samym – jak zauważa Galecki – pojęcie instytucji prawnej można

[...] rozumieć jako odnoszące się do pojęć prawnych regulowanych przez zbiór reguł instytutowych, konsekwencjonalnych i terminatywnych w tym sensie, że można o danej instytucji stwierdzić, iż istnieje ona w określonym czasie, od momentu wystąpienia zdarzenia lub działania, z którym reguła instytutowa łączy skutek w postaci powstania instytucji, do wystąpienia zdarzenia lub działania, które w związku z treścią reguły terminatywnej kończy jej istnienie⁹².

Podsumowując najważniejsze założenia instytucjonalnej teorii prawa, należy podkreślić, iż prawo wedle MacCormicka wyznacza pewne ramy działania członków społeczeństwa uporządkowanego poprzez normy. Ludzie – zachowując się w określony sposób (na przykład stając w kolejce) – oczekują rewanżu ze strony innych jednostek, czyli takiego samego zachowania, albowiem tylko ono pozwala urzeczywistnić istnienie porządku prawnego⁹³. Tym samym prawo podlega ciągłej interpretacji. Ludzie dostosowują je do takich problemów praktycznych, z jakimi akurat się borykają. Dłate-

⁸⁹ M. Smolak, op. cit, s. 24.

⁹⁰ Wedle MacCormicka i Weinbergera: "The existence of the institution as such is relative to a given legal system, and depends upon whether or not the system contains an appropriate set of institutive, consequential and terminative rules. If it does, then the occurrence of given events or the performance of given acts has by virtue of the rules the effect of bringing into being the existence of the institution". N. MacCormick, O. Weinberger, op. cit, s. 66.

⁹¹ M. Smolak, op. cit, s. 67–68.

⁹² M. J. Golecki, op. cit, s. 109.

⁹³ N. MacCormick, *Rhetoric...*, op. cit, s. 6.

go też MacCormick stwierdza, że nie powinno się tworzyć kontrastu pomiędzy podejściem instytucjonalnym oraz interpretacyjnym, bowiem już sama idea porządku instytucjonalnego (*idea of institutional order*) zależy od tego, jak ludzie działają oraz interpretują działania innych⁹⁴. W związku z tym faktem pojawia się jednak pytanie o słuszność dokonywanych interpretacji, a także o poszczególne kryteria dotyczące wartościowania argumentów (między innymi w procesie stosowania prawa). Wyczerpująca odpowiedź na to pytanie została sformułowana przez MacCormicka w ramach teorii rozumowania prawniczego, która dopełnia podstawowe założenia pozytywizmu instytucjonalnego – ta problematyka wykracza jednak poza przyjęte ramy niniejszego artykułu.

Przeprowadzony w *Institutions of Law* zwrot ku refleksyjnemu nastawieniu wobec prawa – a tym samym w stronę moralności – jest niezwykle istotny z punktu widzenia przynależności poglądów MacCormicka do postpozytywizmu⁹⁵. Wedle Augustína José Menéndeza poglądy te stanowią kontynuację projektu Herberta Harta w tym sensie, że pokazują, iż kwestia przymusu stanowi wyłącznie jedną z prawnych technik społecznej integracji, wyraźnie przedstawiając przy tym sferę, w której przymus nie może sam w sobie ufundować systemu prawa ani zapewnić mu niezbędnej stabilności⁹⁶. Jednakże równocześnie przekraczają one zamierzenia Harta, gdyż prowadzą do uznania, że prawo powinno być rozumiane oraz ujmowane teoretycznie także z perspektywy jego adresatów (obywateli), a nie tylko aktorów instytucjonalnych⁹⁷.

Podsumowanie

Neil MacCormick krótko podsumowuje swoje poglądy teoretyczne na temat filozofii prawa w cytowanym już wcześniej eseju *MacCormick on MacCormick* i podkreśla, że to właśnie *Institutions of Law* stanowi centrum tego, co próbował osiągnąć na owym polu, a przynajmniej podwaliny wszystkich jego pozostałych osiągnięć⁹⁸. Twierdzi, iż konstruuując zręby instytucjonal-

⁹⁴ Ibidem.

⁹⁵ K. M. Cern, *Praktyczna władza sądenia w ujęciu Neila MacCormicka*, „Acta Universitatis Lodzianensis. Folia Iuridica” 2017, nr 78, s. 37.

⁹⁶ A. J. Menéndez, *From Constitutional Pluralism to a Pluralistic Constitution? Constitutional Synthesis as a MacCormickian Constitutional Theory of European Integration*, [w:] *Law and Democracy in Neil MacCormick's Legal and Political Philosophy. The Post-Sovereign Constellation*, eds. A. J. Menéndez, J. E. Fossum, Dordrecht 2011, s. 216.

⁹⁷ Ibidem, s. 214.

⁹⁸ N. MacCormick, *MacCormick...*, op. cit., s. 12.

nej teorii prawa, próbował zmierzyć się z problemami ontologicznymi oraz epistemologicznymi związanymi z pojęciem prawa, zaś odpowiedź, jaką udało mu się uzyskać, była raczej trywialna i zawierała się w stwierdzeniu, że prawo to instytucjonalny porządek normatywny⁹⁹. Zdaniem szkockiego filozofa prawa instytucjonalny porządek normatywny jest potwierdzeniem tego, że ludzie są w stanie kierować swoim postępowaniem za pomocą pewnych norm, a także, że normy stanowią nieodłączną częścią bycia człowiekiem. Ten ontologiczny punkt wyjścia ma zatem zasadnicze znaczenie dla ustanowienia jakiegokolwiek porządku prawnego. Ludzie są z natury użytkownikami norm, a zatem są zdolni odróżnić to, co zrobić można, od tego, czego robić się nie powinno¹⁰⁰. Wedle MacCormicka porządek prawny jest więc zinstytucjonalizowaną kontynuacją porządku normatywnego lub wielu normatywnych porządków, które są obecne w każdym społeczeństwie, a tym samym opiera się on na fundamencie zwyczajowym¹⁰¹.

Wstępnie ukształtowana pod wpływem anglosaskiego pozytywizmu prawniczego (spuścizna Herberta Harta), a następnie konfrontowana z poglądami autorów wywodzących się spoza kręgu pozytywistycznego (między innymi Ronalda Dworkina, Johna Finnis, Roberta Alexego, Chaima Perelmana) oraz cały czas na bieżąco uzupełniana przez Neila MacCormicka, instytucjonalna teoria prawa w swym ostatecznym brzmieniu stanowi modelowy przykład drogi, jaką przebyła teoria i filozofia prawa w drugiej połowie XX wieku. Wiodła ona od pozytywizmu prawniczego i jego miękkich, inkluzywnych, wyrafinowanych wersji do odrodzenia doktryny prawa natury oraz rozwoju nurtu, który należy nazywać postpozytywizmem. Zdaniem Tomasza Pietrzykowskiego współczesny postpozytywizm należy bowiem rozumieć jako spojrzenie na prawo, które opiera się na kilku podstawowych tezach: pierwsza z nich dotyczy odróżnienia wewnętrznego (perspektywa uczestnika) od zewnętrznego (perspektywa obserwatora) oraz hermeneutycznego punktu widzenia; drugą stanowi teza o konwencjonalności porządku prawnego (prawo jest tym, co za prawo w danym porządku jest uznawane); trzecia zaś postuluje uwzględnienie standardów moralnych jako prawnie obowiązujących¹⁰². W podobny sposób ujmuje to Andrzej Grabowski, opisując sześć tez programowych, na których opiera się współ-

⁹⁹ "Institutions of Law tries to tackle the question, is there really law, and what sort of thing is it? The answer, you know, rather trivially, is that law is institutional normative order". Ibidem, s. 12.

¹⁰⁰ N. MacCormick, *Institutions...*, op. cit., s. 245.

¹⁰¹ Ibidem, s. 304.

¹⁰² T. Pietrzykowski, *Czym jest postpozytywizm prawniczy?*, „Radca Prawny” 2009, nr 6, s. 5–11.

czesny postpozytywizm (teza ontologiczna, teza epistemologiczno-aksjologiczna, teza metodologiczna, teza przedmiotowa, teza o integracji, teza o odpowiedzialności)¹⁰³.

Reasumując, należy jednoznacznie stwierdzić, że instytucjonalna teoria prawa Neila MacCormicka (w swym ostatecznym brzmieniu) wpisuje się w nakreślony powyżej zarys elementów postpozytywistycznej teorii prawa. Równocześnie trzeba też powiedzieć, iż postać MacCormicka (zarówno ze względu na prezentowane przez niego poglądy teoretycznoprawne, jak też wydarzenia z jego biografii naukowej) stanowi znakomity przykład na to, że współczesny postpozytywizm prawniczy nie powinien być odbierany jako zerwanie z dorobkiem pozytywizmu prawniczego, lecz jako jego stopniowa i twórcza kontynuacja – ewolucja zamiast rewolucji.

FROM POSITIVISM TO POST-POSITIVISM: NEIL MACCORMICK'S LEGAL THOUGHTS ON THE CONTEMPORARY LEGAL THEORY AND PHILOSOPHY OF LAW

ABSTRACT

The subject of this article is Neil's MacCormick late legal views and their adherence to the post-positivist approach in the theory and philosophy of law. MacCormick's views were shaped gradually. The impact on their final version was, on the one hand, the legacy of Anglo-Saxon legal positivism, and on the other, his own scientific biography, because he was both an observer and active participant in the significant changes that were made in theory and philosophy of law in the second half of the twentieth century. This article presents the main assumptions of institutional theory of law, which is Neil MacCormick's fundamental contribution to the development of contemporary law theories and philosophy of law. MacCormick's transition from the positivist to post-positivist ideas seems to be a model example of a broader process which are the transformations in the contemporary theory and philosophy of law. However, what is particularly important is the intellectual coherence of MacCormick's entire academic achievement, which shows that the Scottish philosopher's turn to post-positivism is evolutionary rather than revolutionary.

KEYWORDS

institutional theory of law, legal positivism, post-positivism, Neil MacCormick, Herbert Hart

¹⁰³ A. Grabowski, *op. cit.*, s. 159–161.

BIBLIOGRAFIA

1. Anscombe G. E. M., *On Brute Facts*, "Analysis" 1958, No. 18.
2. Searle J. R., *Speech Acts*, Cambridge 1969.
3. Blichner L. Ch., *Juridification from Below The Dynamics of McCormick's Institutional Theory of Law*, [w:] *The Post-Sovereign Constellation, Law and Democracy in Neil D. McCormick's Legal and Political Theory*, eds. A. J. Menéndez, J. E. Fossum, Oslo 2008.
4. Cern K. M., *Praktyczna władza sądzenia w ujęciu Neila McCormicka*, „Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica” 2017, nr 78.
5. Del Mar M., *Neil McCormick: Law, Philosophy and Politics*, [online] <http://www.law.qmul.ac.uk/maccormick/1941-59/index.html> [dostęp: 20.11.2017].
6. Del Mar M., *Neil McCormick: Law, Philosophy and Politics*, [online] <http://www.law.qmul.ac.uk/maccormick/1965-72/index.html> [dostęp: 20.11.2017].
7. Del Mar M., *Neil McCormick: Law, Philosophy and Politics*, [online] <http://www.law.qmul.ac.uk/maccormick/1989-98/index.html> [dostęp: 20.11.2017].
8. Dworkin R., *Biorąc prawa poważnie*, tłum. T. Kowalski, Warszawa 1998.
9. Dybowski K., *Fikcyjność pozytywistycznego paradygmatu*, [w:] *Wykładnia prawa i inne problemy filozofii prawa*, red. L. Morawski, Toruń 2005.
10. Dyrda A., *Konwencja u podstaw prawa. Kontrowersje pozytywizmu prawniczego*, Warszawa 2013.
11. Gizbert-Studnicki T., Dyrda A., Grabowski A., *Metodologiczne dychotomie. Krytyka pozytywistycznych teorii prawa*, Warszawa 2016.
12. Golecki M. J., *Między pewnością a efektywnością. Marginalizm instytucjonalny wobec prawotwórczego stosowania prawa*, Warszawa 2011.
13. Grabowski A., *W stronę postpozytywizmu prawniczego. Szkic z metodologii prawoznawstwa*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” 2011, nr 312.
14. Green L., *Obituaries: Sir Neil McCormick (1941–2009)*, [w:] *Balliol College Annual Record 2009*, Oxford 2009.
15. Hart H. L. A., *Pojęcie prawa*, tłum. J. Woleński, Warszawa 1998.
16. Hart H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford 1961.
17. Korycka-Zirk M., *Reguły prawne jako istota pojęcia prawa w ujęciu H.L.A. Harta*, „Studia Iuridica Toruniensis” 2010, t. VI.
18. Kramer M. T., *Herbert Lionel Adolphus Hart*, [w:] *Encyclopedia Britannica*, [online] <https://www.britannica.com/biography/H-L-A-Hart> [dostęp: 20.11.2017].
19. La Torre M., *Changes and Continuities in McCormick's Concept of Law*, [w:] *The Post-Sovereign Constellation, Law and Democracy in Neil D. McCormick's Legal and Political Theory*, eds. A. J. Menéndez, J. E. Fossum, Oslo 2008.
20. McCormick N., *1968 and all that*, [w:] *Balliol College Annual Record 2009*, Oxford 2009.
21. McCormick N., *Adam Smith on Law*, „Valparaiso University Law Review” 1981, No. 15 (2).
22. McCormick N., *H.L.A. Hart*, London 1981.
23. McCormick N., *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*, Oxford 2007.
24. McCormick N., *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford 2005.
25. McCormick N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1994.
26. McCormick N., *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy*, Oxford 1982.

27. MacCormick N., *MacCormick on MacCormick*, [w:] *The Post-Sovereign Constellation, Law and Democracy in Neil D. MacCormick's Legal and Political Theory*, eds. A. J. Menéndez, J. E. Fossum, Oslo 2008.
28. MacCormick N., *Norms, Institutions, and Institutional Facts*, "Law and Philosophy" 1998, Vol. 17, No. 3.
29. MacCormick N., Weinberger O., *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht 1986.
30. MacCormick N., *Practical Reason in Law and Morality*, Oxford 2008.
31. MacCormick N., *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford 1999.
32. MacCormick N., *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford 2005.
33. Menéndez A. J., Fossum J. E., *Introduction*, [w:] *The Post-Sovereign Constellation, Law and Democracy in Neil D. MacCormick's Legal and Political Theory*, eds. A. J. Menéndez, J. E. Fossum, Oslo 2008.
34. Menéndez A. J., *Is European Union Law a Pluralist Legal Order?*, [w:] *The Post-Sovereign Constellation, Law and Democracy in Neil D. MacCormick's Legal and Political Theory*, eds. A. J. Menéndez, J. E. Fossum, Oslo 2008.
35. Menéndez A. J., *From Constitutional Pluralism to a Pluralistic Constitution? Constitutional Synthesis as a MacCormickian Constitutional Theory of European Integration*, [w:] *Law and Democracy in Neil MacCormick's Legal and Political Philosophy. The Post-Sovereign Constellation*, eds. A. J. Menéndez, J. E. Fossum, Dordrecht 2011.
36. Morawski L., *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2003.
37. Morawski L., *Pozytywizm „twardy”, pozytywizm „miękki”, pozytywizm martwy*, „Ius et Lex” 2003, t. 2, nr 1.
38. Piechowiak M., *Pozytywizm prawniczy*, [w:] *Powszechna encyklopedia filozofii*, Lublin 2007.
39. Pietrzykowski T., *Czym jest postpozytywizm prawniczy?*, „Radca Prawny” 2009, nr 6.
40. Smolak M., *Prawo, fakt, instytucja. Koncepcje teoretycznoprawne Prawniczego Pozytywizmu Instytucjonalnego*, Poznań 1998.
41. Stelmach J., Brożek B., *Metody prawnicze*, Kraków 2004.
42. Stelmach J., *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, Kraków 1999.
43. Summers R., *Form and Function in a Legal System: A General Study*, Cambridge 2006.
44. Twining W., *Donald Neil MacCormick (1941–2009)*, [w:] *Biographical Memoirs of Fellows of the British Academy*, Oxford 2012.
45. Wojciechowski M., *Instytucjonalna teoria prawa*, [w:] *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa*, red. J. Zajadło, Warszawa 2007.

