

*Karolina M. Cern**

PRAKTYCZNA WŁADZA SĄDZENIA W UJĘCIU NEILA MACCORMICKA¹

Streszczenie. Głównym celem artykułu jest rekonstrukcja idei praktycznej władzy sądenia, która w mojej opinii występuje jako ukryty filozoficzny kontekst w piśmiennictwie Neila MacCormicka w jego okresie post-pozytywistycznym. Po pierwsze, przybliżam źródło i inspirację jego rozumienia pluralizmu prawa. Po drugie, dogłębnie analizuję koncepcję zastosowania norm. W końcu, czerpiąc ze swoich wcześniejszych analiz, uzasadniam, że za pluralizmem prawnym i zastosowaniem norm istnieje koncepcja osądzająco-interpretacyjnej praktyki, którą rekonstruuje z prac MacCormicka.

Słowa kluczowe: pluralizm prawny, posługiwanie się normami, praktyczna władza sądenia, osądzająco-interpretacyjna praktyka.

1. WPROWADZENIE

Dobrze znane rozróżnienie Neila MacCormicka trzech rodzajów porządków: 1) porządku normatywnego (moralność); 2) instytucjonalnego porządku normatywnego (prawo); 3) porządku instytucjonalnego (polityka) (MacCormick 2001, 1; 2008a, 13–20; Cern 2009), zaowocowało jego ideą pluralizmu prawnego (*legal pluralism*) (Weiler 2012, 288)². Idea pluralizmu prawnego, ujmując rzecz bardziej precyzyjnie, jest implikowana m.in. przez trzy ważne teoretyczne

* Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Instytut Filozofii, Zakład Etyki, cern@amu.edu.pl.

¹ Artykuł powstał w ramach realizacji projektu „Demokratyczna legitymizacja wpływu orzeczeń sądowych na system tworzenia prawa”, nr 2015/19/B/HS5/03114, finansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki. Chciałabym bardzo serdecznie podziękować prof. Andrzejowi Grabowskiemu z Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz dr. Tomaszowi Raburskiemu z Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza za poświęcenie swego czasu na uważne przeczytanie niniejszego artykułu oraz opatrzenie go cennymi komentarzami i wskazówkami.

² O pluralizmie wartości (rozumianym przede wszystkim jako pluralizm etyczny), a także jego wpływie na refleksję z zakresu filozofii i teorii prawa ciekawie oraz wyczerpująco pisze Beata Polanowska-Sygulska (Polanowska-Sygulska 2008). W pracy tej autorki dyskutowana jest raczej problematyka prawniczego legalizmu (*legal legalism*) i możliwości jego obrony w obliczu tezy o pluralizmie wartości – uznawanych za „obiektywne i poznawalne [...]”; niektóre spośród nich bywają niewspółmierne” (tamże, 26) – niż bezpośrednio kwestia pluralizmu prawnego, odnoszącego się do równoczesnego obowiązywania różnych porządków prawnych na tym samym obszarze geograficznym, o którym mowa w niniejszym artykule.

konsekwencje wspomnianego rozróżnienia, z których każda, wzięta z osobna, stanowiła już poważny wkład MacCormicka w dziedzinę filozofii i teorii prawa. Mianowicie:

1. Państwo przestaje być oczywistym *locus* prawa, a zatem konceptualizowanie prawa odrywa się czy wręcz uwalnia od pojęcia państwa (MacCormick 2011, 19).

2. Rozróżnienie przez MacCormicka trzech wyżej wymienionych porządków pozwala myśleć o prawie nade wszystko przez pryzmat prawnych instytucji, a dokładniej w kategoriach – jak powiada Neil Walker – „zestawu stanowiących i aplikujących prawo instytucji, a także związanych z nimi praktyk oraz postaw, które, we wzajemnie wzmacniający się sposób, zapewniają systemową jakość porządku normatywnego” (Walker 2011, 8).

3. Prawne instytucje w ujęciu MacCormicka charakteryzuje, jak pisze Nico Kirsch, „instytucjonalny pluralizm” (Kirsch 2012, 222) czy wręcz, jak powiada Daniel Halberstam, „interpretacyjny pluralizm” w sensie „pluralizmu interpretacyjnych instytucji” (*a pluralism of interpretive institutions*) (Halberstam 2012, 168), który to termin ma zastosowanie do strukturalnie odmiennych instytucji, jednakże zorientowanych na „interpretowanie podzielanego systemu prawnego bądź norm” i zakłada „nierozstrzygniętą hierarchię interpretacyjnej władzy” (tamże).

Dokonanie przywołanego rozróżnienia trzech rodzajów porządków oraz opracowanie idei pluralizmu prawnego pozwoliły MacCormickowi sformułować pierwszą teorię prawa zakrojoną na miarę procesów integracyjnych Unii Europejskiej (UE), teorię uwzględniającą multcentryczny charakter porządku UE (Wojciechowski, Zirk-Sadowski, Golecki 2009).

2. PLURALIZM PRAWNY W UJĘCIU NEILA MACCORMICKA

Do powstania i opracowania przez MacCormicka idei pluralizmu prawnego w dużym stopniu przyczyniły się jego analizy filozofii prawa Herberta Harta, które przeprowadził on w powszechnie znanej i popularnej książce pod tytułem *H. L. A. Hart*, a o których pisał, że mają „rozwinąć argumenty Harta dalej niż sam Hart to uczynił” (MacCormick 2008c, vii). W interesującym mnie tutaj kontekście szczególnie ważne są analizy porządku normatywnego, które akurat w tej fazie rozwoju poglądów MacCormicka wpisywały się jeszcze w pozytywistyczny schemat konceptualizacji moralności (pierwsze wydanie jego monografii o Harcie miało miejsce w 1981 r.), choć zgodnie z klasyfikacją etapów twórczości Neila MacCormicka wskazaną przez Andrzeja Grabowskiego to właśnie rok 1981 otwiera „okres przejściowy (1981–1995), w którym [MacCormick] dystansuje się od myśli swego mistrza, ponownie rozważając centralne zagadnienia własnej teorii prawa” (Gizbert-Studnicki, Dyrda, Grabowski 2016, 425–426).

Otóż, MacCormick w *H. L. A. Hart* zauważa, że porządek normatywny jest wsparty (*underpinned*) na wartościach, które są „fundamentalnym elementem

całej ludzkiej świadomości” (MacCormick 2008c, 4), a zatem nie jest on najważniejszym ani ostatecznym założeniem w rozważaniach prowadzonych nad moralnością. Normy, przynależące do porządku normatywnego, zdaniem MacCormicka mają raczej za zadanie radzić sobie z różnorodnością wartości – i wynikających z nich preferencji – wskazujących nam niejednokrotnie w odmienny sposób to, jak należy w określonej sytuacji postąpić. Jednakże szczegółowymi analizami statusu wartości MacCormick nie był jeszcze w owym czasie szczególnie zainteresowany (tamże, 65), a ich rozumienie rozwijał nade wszystko – przynajmniej początkowo – opierając się na rozważaniach Harta (który z interpretacją MacCormicka nie do końca się później zgadzał). Z rozważań Harta – nade wszystko zawartych w *Law, Liberty and Morality* – MacCormick wnioskował, że dla Harta wartości są niedyskursywne oraz niedowodliwe, lecz bez postulowania pewnej dyspozycji do przypisywania wartości oraz ich przeciwieństw elementarnym pojęciom życia codziennego te ostatnie byłyby puste (tamże, 64). W tym sensie, zdaniem MacCormicka, wartości są racjami stojącymi poza bezpośrednimi racjami do podejmowania pewnych działań (tamże, 65). Co ciekawe, sam Hart w tejże pracy pisze o wartościach jako uniwersalnych, rozróżniając wartości formalne i materialne, z których te pierwsze, kształtujące bezstronny sposób odnoszenia się do siebie i innych oraz do wzajemnych roszczeń, nazywa również „cnotami uniwersalnymi” (Hart 1963, 71). Ich ochrona, zdaniem Harta, wcale nie oznacza żadnego konserwatyzmu ani też zapobiegania zmianom społecznym, gdyż według niego są to wartości formalne, których rozwijanie oznacza raczej kultywację krytycznego nastawienia, tj. nastawienia moralnego *par excellence* (tamże, 72–75).

Późniejsze rozważania MacCormicka nad porządkiem normatywnym, wspartym przez różnorodne wartości, które bywają źródłem odmiennych czy nawet wzajemnie sprzecznych drogowskazów działania, doprowadziły go do przekonania, że skoro wartości stanowią wsparcie czy zaplecze norm konstytuujących porządek normatywny, to możemy założyć też pewien pluralizm norm odnoszących się do wartości, a nawet przyjąć założenie o potencjalnym konflikcie między tymi normami. Ponadto, z uwagi na to, że (1) różne wartości wspierają normy konstytuujące porządek normatywny, a (2) same normy muszą zostać zinterpretowane w relacji do określonego kontekstu oraz do sposobu zachowania się osób weń zaangażowanych (MacCormick 1998, 306–307), w którym właśnie pojawia się pytanie o sposób postępowania, to można zauważyć, iż przynajmniej od czasu do czasu możemy się znaleźć w sytuacji „niezgody odnośnie do interpretacji norm” (Blichner 2011, 37)³.

Taka niezgoda może również pojawić się w odniesieniu do normatywnego porządku instytucjonalnego i jego norm oraz przyczynić się do debaty nad nimi w celu ich zbalansowania do pewnego stopnia (MacCormick 2005, 186). Następstwem takiej debaty (czy debat) może być rozwój dalszych interpretacyjnych

³ Patrz też: MacCormick 2008a, 245–246, gdzie autor powiada, że nawet jeśli podane racje nie są w pełni satysfakcjonujące, to i tak decyzję trzeba podjąć i będzie ona wiążąca.

argumentów, włączając w to rywalizujące ze sobą argumenty, które zawsze istnieją (tamże, 154), a także rozważenie „konkurujących ze sobą interpretacji” (tamże, 54) oraz teorii (tamże, 154). Ponadto może dojść do rozważenia i przedyskutowania rywalizujących ze sobą osądów dotyczących wartości (tamże, 77)⁴, które są również powiązane z racjami, stanowiącymi uzasadnienia orzeczeń sądowych (tamże, 114) „poszukujących rozwiązania sprzeczności [w prawie], gdy się pojawiają” (tamże, 54). Jak słusznie zauważa w tym kontekście Lars Christian Blichner: „Dlaczego normatywne porządki instytucjonalne się rozwijają? [...] Po pierwsze, nie udaje nam się rozwiązać konfliktów, ponieważ istnieje niezgoda odnośnie do interpretacji norm. [...] Po drugie, istnieje niezgoda co do tego, kto powinien być uprawniony (*who should be in charge*) i kto powinien interpretować normy” (Blichner 2011, 37). Innymi słowy, rozwiązanie problemu dotyczącego konfliktu wartości wspierających porządek normatywny, a w dalszej kolejności wspierających również instytucjonalny porządek normatywny (który stanowi „kontynuację porządku normatywnego (czy porządków normatywnych)” – tamże, 32), może przebiegać, jak rozumiem MacCormicka, przede wszystkim na drodze instytucjonalizacji specyficznej osądowo-interpretacyjnej praktyki⁵, prowadzącej do stworzenia wielu instytucji prawa przynależnych do „różnych gałęzi prawa, zogniskowanych na różnych wartościach czy grupach wartości” (MacCormick 2005, 113), które je orientują (tamże, 114, 254) oraz stanowią podstawę dokonywania oceny i rozstrzygnięć w odniesieniu do rywalizujących ze sobą orzeczeń (tamże, 114). Instytucje występujące w różnych gałęziach prawa w sposób nieunikniony muszą stawiać czoła różnym problemom, ale – co tutaj kluczowe – rozwiązując je, bynajmniej nie rozwiązują jednocześnie żadnej „totalności” problemów dotyczących wartości zakorzenionych w systemie normatywnym, w którym te wartości odgrywają rolę, lecz rozwiązują je po prostu w swoim dla siebie zakresie – jako instytucje przynależące do normatywnego porządku instytucjonalnego. Innymi słowy, decyzje związane z instytucjami prawa nie roszcują sobie pretensji do osiągnięcia uniwersalnej jedności czy spójności w zakresie udzielania odpowiedzi na problemy dotyczące wartości, ponieważ – jak twierdzi szkocki filozof – „prawo, oczywiście, nie posiada żadnej konkluzywnej wartości moralnej” (tamże, 13); owe instytucje prawa oferują po prostu odpowiedzi na problemy związane z wartościami wspierającymi poszczególne gałęzie prawa.

Powyższe stanowisko MacCormicka implikuje, po pierwsze, że mogą istnieć różne kompleksy instytucji prawa (przynależące do odpowiednich gałęzi prawa), które odpowiadają na pewne grupy problemów dotyczących wartości, preferencji

⁴ MacCormick 2005, 77: „Every statement of law, both in judicial justifications and in doctrinal commentaries, rests at least on an implicit, and often on an explicit and articulated, interpretative argument. Such arguments presuppose, and often articulate value systems and value judgement”.

⁵ Po angielsku wyraziłabym to jako *judgemental-interpretative practice*. W tym kontekście przekształcenia porządku normatywnego w instytucjonalny porządek normatywny Blichner powiada o jurydyfikacji (*juridification*) (Blichner 2011).

lub interesów. Instytucje prawa, za którymi znajduje się nie wprost wspierający je pluralizm wartości (uświadamiany do pewnego stopnia dzięki powyżej wskazanym debatom), tworzą pewnego rodzaju pluralizm prawny (Fossum 2011, 274)⁶ w obrębie „wspólnego prawnego uniwersum zarządzanego (*governed*) przez normy prawa międzynarodowego” (MacCormick 2001, 117). To założenie pluralizmu wartości, które są „niedoskonale współmierne” (*imperfectly commensurable*), tak naprawdę wskazuje na wspomniane już przeze mnie pozytywistyczne dziedzictwo myśli MacCormicka, co zresztą on sam przyznaje (MacCormick 2005, 116). W późniejszych pracach poglądy MacCormicka ewoluują, oczywiście, w stronę poglądów Johna Finnis’a i Ronalda Dworkina, co oznacza, że MacCormick zakłada istnienie pewnych dóbr – w tym dobra wspólnego – które są rozmaicie interpretowane w ramach planów życiowych czy wizji dobrego życia przez poszczególne osoby i grupy.

3. ZAGADNIENIE POSŁUGIWANIA SIĘ NORMAMI (*NORM-USAGE*)

Niewątpliwie stanowisko MacCormicka na temat porządku normatywnego nie zostanie w pełni przedstawione, o ile nie wskaże się na pewne wątpliwości dotyczące tego porządku. Przedstawiając ów porządek, szkocki filozof najczęściej podaje przykład spontanicznego formowania kolejki w codziennym życiu (MacCormick 1998, 306–307; 2008a, 13–14; 2008b, 51–52). Jego zdaniem to formowanie kolejki reprezentuje wspólne, świadome i spontaniczne działanie, którego celem jest realizacja „pewnej powszechnej czy częściowo podzielanej normatywnej opinii (*some common or overlapping normative opinion*)” (MacCormick 2008a, 13–14), która – co tutaj istotne – bynajmniej nie musi mieć uniwersalnej natury, choć jest opinią dotyczącą tego, jak ktoś *powinien* działać. Takie działanie przebiega odpowiednio do pewnej *interpretacyjnej* praktyki (tamże, 15), jakkolwiek wcale nie w zgodzie z jakimkolwiek jej kanonicznym sformułowaniem (MacCormick 1998, 309; 2008a, 17) (tego, jak należałoby ukształtować kolejkę), gdyż w pełni satysfakcjonujące jest częściowe dzielenie konsensusu (*overlapping consensus*) (MacCormick 2008a, 18) przez uczestników tej praktyki. Z tego wynika zaś, że wspólne podejmowanie działań oznacza również wspólne koordynowanie tych działań, albowiem przyświeca mu podzielana idea o tym, co „słusznie należałoby uczynić” (*of the right thing to do*) (MacCormick 1998, 306–307), która funkcjonuje w sposób satysfakcjonujący, nawet jeśli niekoniecznie perfekcyjny (MacCormick 2008a, 14–15)⁷. Ponadto, dzięki „odniesieniu do takiego [normatywnego] porządku jest możliwe ustanowienie różnicy między

⁶ Fossum 2011, 274: „Prawo [...], będąc porządkiem normatywnym, nie jest wolne od wartości (*is not value-free*) czy etycznie neutralne i, jako takie, przypomina etyczną moralność (*ethical morality*)”.

⁷ MacCormick 2008a, 15: „queuing is a socially located and essentially interpersonal activity that is oriented to a common normative opinion. But the common opinion does not presuppose any single common prearticulation of the norm at the heart of the normative opinion”.

dobrym a złym działaniem” (MacCormick 2001, 4). W nawiązaniu do takiej sytuacji MacCormick stwierdza, że „czasami porządek normatywny jest, bądź częściowo jest, »nieformalnym porządkiem normatywnym«” (MacCormick 1998, 309) i jako taki typ porządku wskazuje w pierwszym kroku konwencje, które znowu w drugim kroku okazują się „domniemanymi normami nieformalnego porządku normatywnego” (tamże). Koniecznie trzeba jednak podkreślić, iż MacCormick jest w pełni świadom różnicy między tym, co etyczne, a tym, co moralne – co wyraża w następującym stwierdzeniu:

Sąd dotyczący tego, co jest warte naszej troski, zainteresowania, uwagi i działania jest sądem [wydawany] w królestwie powinności, aczkolwiek nie w królestwie „obowiązku”. Jest on uniwersalistyczny w węższym sensie niż [sąd dotyczący] obowiązku. To, co wartościowe dla mnie musi być wartościowe dla kogokolwiek – ale nie dla każdego (MacCormick 2008b, 22).

W centrum zainteresowania jest teraz tak naprawdę znane i podstawowe twierdzenie MacCormicka, że jako ludzie „z natury posługujemy się normami (*are norm-users*)” (MacCormick 2008a, 245). Co to dokładnie znaczy? I jak się ma to twierdzenie do wcześniejszych badań nad porządkiem normatywnym jako wspartym przez wartości? Szkocki filozof tłumaczy to następująco:

moralność polega na tym, że my – ludzie posługujemy się normami zanim jesteśmy twórcami norm. A jeśli tak jest, to wynika z tego, że nasze poczucie obowiązku (*our sense of duty*) i powinności (*obligation*) względem siebie nawzajem jest i musi być wcześniejsze względem jakiegokolwiek autorytatywnego ich na nas nałożenia (MacCormick 2008b, 29).

Ale co to dokładnie znaczy? Wydaje się, że można wskazać przynajmniej dwie strategie interpretacji tego twierdzenia, że jako ludzie źródłowo, gdyż „z natury”, posługujemy się normami.

(1) Pierwsza strategia polega na wskazaniu racjonalności działań ludzkich jako warunku podejmowania działań moralnych. Z tej perspektywy powyższe stwierdzenie może oznaczać, że musimy być wprzód racjonalni w tym sensie, iż musimy potrafić postępować zgodnie z pewnymi regułami (*being rule-followers*), aby dopiero w następnym kroku móc w ogóle pytać o rozumność takich działań, które właśnie polegają na postępowaniu zgodnie z regułami czy też pytać o rozumność samych reguł. Taki byłby też sens stwierdzenia MacCormicka, że „heteronomia poprzedza autonomię, a poglądy czy praktyki, które autonomicznie popieramy (*endorse*), zazwyczaj wyłaniają się w procesach socjalizacji” (MacCormick 2008a, 17). Taka strategia interpretacyjna wydaje się całkiem bliska tej, jaką można zastosować do znanego sformułowania sprawiedliwości Ulpiana. Otóż definicję mówiącą, że „sprawiedliwość jest stałą i niezmienną wolą przyznającą każdemu co mu się należy” (*Institucje Justyniana* 1986, 15) można zinterpretować w ten sposób, że sprawiedliwość odnosi się w pierwszej kolejności do nałożenia pewnego porządku, który gwarantuje nam przewidywalność (prawnych) konsekwencji działań, dzięki czemu każdy wie (mniej lub bardziej wyraźnie), lub przynajmniej wiedzieć powinien, co mu wolno, a czego nie wolno

czynić w świetle prawa i jakie konsekwencje prawne wynikają z podejmowanych przezeń działań (czy też czynności prawnych). W drugiej kolejności można dopiero postawić pytanie o to, jaki porządek prawny jest sprawiedliwy i ustalić, jakie warunki muszą zostać spełnione, aby był to sprawiedliwy, instytucjonalny porządek normatywny. Na przykład, by raz jeszcze przywołać Ulpiana, porządek taki powinien umożliwić jego adresatom „żyć uczciwie, drugiego nie krzywdzić, przyznawać każdemu, co mu się należy” (tamże: 16), bo jeśli tego nie uczyni, to za takowym porządkiem odnaleźć będzie można tylko czystą siłę, a nie wolę sprawiedliwości (*iustitia*), z której to przecież, według Ulpiana, „termin prawo (*ius*) się wywodzi” (Wołodkiewicz, Zabłocka 2005, 14).

Co więcej, ponieważ sam MacCormick wielokrotnie czerpie inspiracje z prawa rzymskiego, toteż zaprezentowana interpretacja jego twierdzenia, iż z natury posługujemy się normami, wydaje się przynajmniej częściowo usprawiedliwiona. Ponadto, biorąc pod uwagę przytoczone trzy nakazy życia, które prawo winno uwzględniać i czynić zadość ich przestrzeganiu, wydaje się jeszcze klarowniejsze to, dlaczego ten szkocki myśliciel twierdzi, że

sprawiedliwość, a przynajmniej sprawiedliwość według prawa, jest raczej kompleksową funkcją związków (*lines*) między słusnością (*rightness*) a [tym, co] złe (*wrongness*) i stanowi odzew (*responses*) na działania, które je przecinają, a także dokonuje [ich] hierarchizacji z uwagi na cały zestaw ważnych wartości (MacCormick 2005, 113).

Sprawiedliwość ta winna bowiem także uwzględniać, odpowiednio, idee: (a) uczciwego – czy dobrego – życia; (b) równego szacunku dla odmiennych wizji uczciwego (dobrego) życia tak, aby drugiego nie krzywdzić; (c) ideę równego szacunku wobec innych, którzy te odmiennie wizje dobrego życia realizują, czyli sprawiedliwie i bezstronnie ich traktować oraz oceniać, przyznając w ten sposób każdemu to, co mu się należy.

(2) Wydaje mi się jednak, że powyższa strategia interpretacyjna jest tylko częściowo satysfakcjonująca, gdyż właściwsza strategia interpretacyjna mogłaby jeszcze dodatkowo wnieść coś ważnego do naszego rozumienia twierdzenia, iż źródłowo czy – jak pisze szkocki filozof – „z natury” jesteśmy tymi, którzy posługują się normami. Mianowicie uważam, że według MacCormicka musimy ponadto wziąć pod uwagę kluczowy dla niniejszych rozważań związek pomiędzy poziomem zaledwie racjonalności działań (czyli przestrzegania reguł) a poziomem normatywności podejmowania działań (posługiwanie się normami), który związany jest z poszukiwaniem „racji na rzecz takich regularności” (MacCormick 2008a, 61)⁸ działania, które normy artykułują, albowiem „wzgląd na normy prowadzi ludzi ku wzorcom działania. Nasze ludzkie interesy sprawiają, że jesteśmy gotowi poszukiwać wzorców raczej tego rodzaju, który wiąże oczekiwania i sądy naszych bliskich, niż innego rodzaju” (tamże, 32). Ten kluczowy związek jest moim zdaniem pomyślany przezeń jako dokonywanie osądu (w sensie *judging*),

⁸ Ten związek, jak przyznaje MacCormick, wydobył już Hart.

czyli jako aktywizacja władzy sądenia. Co więcej, będę poniżej argumentować, że to właśnie dokonywanie krytycznego osądu podnosi pojęcie czystej racjonalności, czyli po prostu przestrzegania reguł i podążania za nimi, do poziomu moralności, ujmowanej przez MacCormicka jako posługiwanie się normami. Ważne jest tutaj to, że w celu dokonania osądu moralnego trzeba się znaleźć w pewnym *intersubiektywnym kontekście* (MacCormick 2008b, 16), który można wręcz uznać za *locus* samego osądu moralnego. Takie posługiwanie się normami jest oczywiście oparte na pewnym nawyku, który jednak zakłada jego refleksyjne kształtowanie (MacCormick 2008a, 62–68).

Chciałabym zwrócić uwagę, że szkocki filozof zdecydowanie, wyraźnie i wielokrotnie obstaje przy tezie, iż „jako autonomiczni moralni agenci [...] bardziej przypominamy sędziów” (MacCormick 2008b, 4, 9, 57–68; 2011, 20) niż prawodawców. Zaś „władze w prawie, w ich najprostszej postaci, są władzami różnicowania w prawie tego, czego czynienie jest dobre, a czego złe (*what it is right or wrong to do*)” (MacCormick 2008a, 155). Mianowicie temu przekonaniu, że u podstaw konceptualizacji prawa znajdują się nie tyle reguły (pierwszego i drugiego rzędu, jak u Harta, którego za to przekonanie zresztą MacCormick krytykuje w szóstym rozdziale *Institutions of Law*), ile sądy dotyczące tego, co jest dobrze, a co źle czynić, podporządkowana jest MacCormicka interpretacja obowiązku (tamże, 103–155).

4. OSĄDZANIE I SĄDZENIE

Pewna kwestia musi jeszcze zostać wyraźnie zaznaczona. Otóż rozważania MacCormicka na temat moralności i jej relacji do prawa odnoszą się do władzy sądenia (Cern 2014, Chapter I), której *locus* jest intersubiektywny, a zatem nie odnoszą się do publicznej władzy sądenia. To zaś pociąga za sobą całkiem poważny problem – mianowicie, jeśli władza sądenia nie jest publiczną władzą sądenia, to nie może być postrzegana jako bezpośrednie źródło legitymizacji prawa. Innymi słowy, jej raczej *nie*-publiczny czy nawet prywatny charakter wytwarza pewną przepaść pomiędzy prywatnym osądzaniem, którego ludzie dokonują podczas licznych codziennych sytuacji, a dokonywanym przez różnych urzędników oficjalnym sądzeniem (Waldron 2011)⁹. Z drugiej strony MacCormick wskazuje, że aktywna krytyka prawa jest jak najbardziej pożądana, w szczególności w demokracji konstytucyjnej (MacCormick 2008a, 258). W konsekwencji można przyznać za Blichnerem, iż niewątpliwie „wciąż jest pewna konceptualna różnica pomiędzy prawem a moralnością” (Blichner 2011, 50) w filozofii MacCormicka.

Kwestia ta jest moim zdaniem niezwykle ważna. Sądzę, że zgodnie z postpozytywistycznym stanowiskiem tego myśliciela nie tyle społeczna praktyka

⁹ Jeremy Waldron pisze o Janusowym obliczu tej przepaści. Porównaj też MacCormick 2005, 100, gdzie autor identyfikuje uzasadnienia orzeczeń sędziowskich jako „racje publiczne” (*public reasons*).

(rozumiana jako fakt), ale właśnie *moralna* praktyka osądzania konstytuuje zaplecze prawa¹⁰, i to osądzająco-interpretacyjna praktyka komunikacyjna generuje olbrzymią siłę społecznej integracji. W tym wszystkim chodzi bowiem o to, że nie tyle wyniki czy konsekwencje aktywności osądzająco-interpretacyjnej, ile raczej sama ta praktyka generuje podstawową siłę społecznej integracji oraz inkluzji innych. Dokonana przez MacCormicka rehabilitacja i zarazem transformacja znaczenia krytycznego refleksyjnego nastawienia, konstytutywnego dla moralności, stanowi więc – zdaniem Augustína José Menéndez – kontynuację projektu Harta w tej mierze, w jakiej „ukazuje, że przymus jest tylko jedną z prawnych technik społecznej integracji, ale także czyni wyraźnym zakres, do którego przymus nie może sam w sobie ufundować systemu prawa ani zapewnić stabilności systemowi prawa” (Menéndez 2011, 214). Jakkolwiek, co Menéndez słusznie podkreśla, to również przekracza projekt Hartowski, gdyż prowadzi MacCormicka do stwierdzenia, że „prawo rzeczywiście musi być rozumiane i teoretycznie ujmowane nie z perspektywy instytucjonalnych aktorów, ale z perspektywy adresatów prawa, to jest obywateli” (tamże, 216).

Mam nadzieję, że ta interpretacja rzuca nieco światła na wyznanie poczynione przez samego MacCormicka: „Nie jestem upoważniony do nazywania siebie zwolennikiem prawa naturalnego (*natural lawyer*) [...], ale pozytywistą już nie jestem, lecz postpozytywistą” (MacCormick 2008a, 5; 2011, 24). Pytanie brzmi: dlaczego w ogóle MacCormick rozważa nazwanie siebie zwolennikiem prawa naturalnego? Rzecz w tym, że od momentu, w którym – jego zdaniem – moralna praktyka osądzania z uwagi na wartości, wspierające normy, konstytuuje normatywne źródło instytucjonalnego porządku normatywnego, twierdzi on też, iż „jest bardziej przekonującym myśleć, że dobry agent moralny to model, do zinstytucjonalizowania którego dąży dobrze zaprojektowany system prawny” (MacCormick 2008b, 66). Rzecz jasna, w żadnym razie po prostu osądzanie (w sensie osądzająco-interpretacyjnej praktyki) nie jest wszystkim, co istotne w tej kwestii (tamże, 198), to znaczy ani w odniesieniu do (poszukiwanego modelu) moralności, ani w odniesieniu do prawa – albowiem znaczenia konstruowania i stanowienia norm nie można zignorować. Niemniej jednak tym, co zostaje zinstytucjonalizowane w instytucjonalnym porządku normatywnym postulowanym przez MacCormicka, jest – moim zdaniem – przede wszystkim argumentacyjno-osądzająca cecha moralnego rozumowania, na bazie której to stanowienie norm dopiero wchodzi w grę

¹⁰ Według Jerzego Stelmacha i Bartosza Brozka „można jednak uznać, że każdy współczesny pozytywista podpisze się przynajmniej pod trzema tezami: 1) tzw. tezą o źródłach społecznych (*social sources thesis*), głoszącą, że prawo ma swoje źródło w pewnej praktyce bądź faktach społecznych; 2) tzw. tezą o konwencjonalności (*conventionality thesis*), wedle której kryteria obowiązywania prawa ustanawiane są na drodze konwencji; oraz 3) tzw. tezą o rozdzielnoci (*separability thesis*), głoszącą, że nie istnieje żaden pojęciowy związek między prawem a moralnością, a zatem, że standardy moralne nie muszą mieć wpływu na kryteria obowiązywania prawa” (Stelmach, Brozek 2006, 271–272).

i zostaje ukonstytuowane. W tym właśnie kontekście Blichner słusznie podkreśla, że „z perspektywy posługiwania się normami prawo, które nie może być publicznie obronione w sposób rozumny (*reasonably*), nie jest prawem” (Blichner 2011, 34). Według mnie to nie wszystko, uważam bowiem, że trzeba dodać, iż prawo jest „wewnętrznie argumentacyjne (*arguable*)” (MacCormick 2008a, 260), ponieważ jednym z najważniejszych twierdzeń MacCormicka w rozważanej kwestii jest to, że zarówno prawo, jak i moralność są wspierane przez praktyczno-osądzające rozumowanie tego samego *genus* (MacCormick 2008b, 4).

Biorąc pod uwagę powyższe, nie mogę się jednak w pełni zgodzić z Blichnerem ani wtedy, gdy twierdzi, że w myśli MacCormicka „bez pre-prawnego porządku społecznego porządek prawny nie byłby możliwy” (Blichner 2011, 32), ani wtedy, gdy twierdzi, iż „instytucjonalizacja »posługiwania się normami« (*norm-usage*)” jest decydująca dla „przejścia od porządku normatywnego do instytucjonalnego porządku normatywnego” (tamże, 31). Wszak regularność działań podejmowanych ze względu na podzielane standardy zachowania, a rozumiana jako zaledwie przestrzeganie podzielanych reguł, stanowi dopiero preludium do zrozumienia tego rodzaju działań, które podejmowane są ze względu na porządek normatywny. Do działań tego drugiego rodzaju przynależy bowiem z istoty zarówno interpretacja działania, jak i podzielanych reguł, którym ma się uczynić zadość, co jest w sposób nieunikniony związane z dokonaniem autonomicznego osądu nad nimi oraz stojącymi za nimi i wspierającymi je (uzasadniającymi) wartościami. W grę tutaj wchodzi taki autonomiczny osąd, który uwzględnia innych, których dane działanie i określające je reguły dotyczą¹¹ (tak bowiem należy rozumieć intersubiektywny kontekst jako *locus* moralności) – i to właśnie oznacza MacCormickowskie „posługiwanie się normami”. Pojęcie posługiwania się normami implikuje swobodne, nieformalne uznanie powinności (*ought*), a dokładniej tego, czy powinność ma swoje zastosowanie, czy też nie ma zastosowania do określonej sytuacji. To swobodne uznanie powinności przyjmuje jednak postać interpretacji, o której z uwagi na całość rozważań MacCormicka, moim zdaniem, można powiedzieć, że dokonywana jest we *współpracy* z innymi, nawet jeśli przebiega w tenże swobodny sposób. Z tej perspektywy zauważmy, iż konfrontujemy nasze interpretacje z interpretacjami innych czy nawet je kooperatywnie konstruujemy i osądzamy, stosownie do żywionych wartości, preferencji i interesów, w świetle naszych przekonań odnośnie do tego, jak powinno się zachować w danej sytuacji, ale zgodnie z wymogami bezstronności.

W związku z tym uważam, iż u podstaw poglądów MacCormicka znajduje się przekonanie, że nasza codzienna praktyka w żaden sposób nie jest wolna od

¹¹ Jak podkreśla MacCormick, „wymogi moralności są wymogami [formułowanymi] raczej w imieniu innych osób niż roztrząsająca je osoba. [...] Bezstronność pomiędzy sobą i innymi trudno kultywować, wszelako jest ona fundamentalna dla moralności” (MacCormick 2008b, 160).

przybierania krytycznego refleksyjnego nastawienia, od interpretowania, osądzania oraz normatywnej refleksji. Innymi słowy, podstawowe założenie, które dostrzegam w myśli tego szkockiego filozofa stanowi, że demokratyczna wspólnota konstytucyjna powinna uznać ową codzienną krytyczno-normatywną praktykę za źródło, z którego wypływają jej demokratyczne instytucje. Idea takowej wspólnoty powinna opierać się na tego typu osądzająco-interpretacyjnej praktyce, na jej instytucjonalizacji i – stosownie do tego – na instytucjonalnej praktyce interpretacyjnej, ponieważ ta ostatnia jest w rzeczy samej po prostu instytucjonalnym przedłużeniem tej pierwszej, którego to przedłużenia zadaniem jest kooperatywne konstruowanie lepszych odpowiedzi na podnoszone problemy. W tym kontekście identyfikujemy dwa podstawowe cele artykulacji tego przekonania. Po pierwsze, jest nim odparcie twierdzenia, że na co dzień tak długo nie dokonujemy refleksji w krytyczno-normatywny sposób, jak długo nie jesteśmy konfrontowani z prawdą „wielkimi sprawami”; wprost przeciwnie – wydaje mi się, iż zdaniem tego szkockiego filozofa podstawowym ludzkim nastawieniem względem świata jest właśnie owo refleksyjno-krytyczne czy raczej osądzająco-interpretacyjne nastawienie. Po drugie, jak zauważa Blichner, MacCormick tym samym stara się wskazać na „wewnętrzną (*intrinsic*) demokratyczną jakość prawa, jakkolwiek ograniczoną” (Blichner 2011, 34), która sprawia, że – jak wcześniej była o tym mowa – prawo, które nie jest w stanie publicznie się obronić na podstawie rozumnych argumentów, nie jest prawem. Nie jest ono więc prawem wtedy, gdy w procesie osądowo-interpretacyjnej praktyki nie zyskuje aprobaty swych odbiorców.

4. KONKLUZJE

Bezpieczeństwo prawne nie wynika bynajmniej z samej spójności systemu prawa. Spójność systemu prawa funduje tylko i wyłącznie poziom racjonalności ludzkich działań, nad którym teoretyczna refleksja ujawnia regularność działań (podejmowanych właśnie w oparciu o normy prawne systemu prawa) oraz postuluje konieczność ich spójności gwoili uczynienia tych działań przewidywalnymi.

Bezpieczeństwo prawne wynika raczej z *rozumności* prawa, czyli specyficznego refleksyjnego stanowienia, stosowania oraz przestrzegania prawa. To zaś w kontekście powyższych analiz oznacza, że fundamentem bezpieczeństwa prawnego jest nawyk odpowiedniego angażowania się w osądzająco-interpretacyjną praktykę przez wszystkich tych, którzy są zaangażowani w ramach prawnych instytucji w tworzenie, stosowanie i przestrzeganie prawa. To ich nawyk do stosowania władzy sądenia, aby uczynić zadość idei sprawiedliwości prawa, jest źródłem bezpieczeństwa prawnego, a nie tylko – ani też wyłącznie – spójność systemu prawa.

BIBLIOGRAFIA

- Blichner, Lars Christian. 2011. "Juridification from Below: The Dynamics of MacCormick's Institutional Theory of Law". W *Law and Democracy in Neil MacCormick's Legal and Political Philosophy. The Post-Sovereign Constellation*. Eds. Augustín José Menéndez, John Erik Fossum. Dordrecht: Springer.
- Cern, Karolina M. 2009. "W poszukiwaniu źródeł moralności instytucjonalnej". W *Etyka życia publicznego*. Red. Karolina M. Cern, Piotr W. Juchacz, Ewa Nowak. Poznań: Wydawnictwo Naukowe Instytutu Filozofii UAM.
- Cern, Karolina M. 2014. *The Counterfactual Yardstick. Normativity, Self-Constitutionalisation and the Public Sphere*, Frankfurt am Main: Peter Lang.
- Fossum, John Erik. 2011. "Nationalism, Patriotism and Diversity – Conceptualising the National Dimension in Neil MacCormick's Post-sovereign Constellation". W *Law and Democracy in Neil MacCormick's Legal and Political Philosophy. The Post-Sovereign Constellation*. Eds. Augustín José Menéndez, John Erik Fossum. Dordrecht: Springer.
- Gizbert-Studnicki, Tomasz, Adam Dyrda, Andrzej Grabowski. 2016. *Metodologiczne dychotomie. Krytyka pozytywistycznych teorii prawa*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Halberstram, Daniel. 2012. „Local, global and plural constitutionalism: Europe meets the world”. W *The Worlds of European Constitutionalism*. Eds. Gráine de Búrca, Joseph H. H. Weiler. Cambridge, NY: Cambridge University Press.
- Hart, Herbert L. A. 1963. *Law, Liberty and Morality*. London–Oxford: Oxford University Press.
- Instytucje Justyniana*. 1986. Tł. Cezary Kunderewicz. Warszawa: PWN.
- Kirsch, Nico. 2012. "The Case for Pluralism in Postnational Law". W *The Worlds of European Constitutionalism*. Eds. Gráine de Búrca, Joseph H. H. Weiler. Cambridge, NY: Cambridge University Press.
- MacCormick, Neil. 1998. „Norms, Institutions, and Institutional Facts”. *Law and Philosophy* 17: 301–345.
- MacCormick, Neil. 2001. *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*. Oxford, NY: Oxford University Press.
- MacCormick, Neil. 2005. *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*. Oxford, NY: Oxford University Press.
- MacCormick, Neil. 2008a. *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*. Oxford, NY: Oxford University Press.
- MacCormick, Neil. 2008b. *Practical Reason in Law and Morality*. Oxford, NY: Oxford University Press.
- MacCormick, Neil. 2008c. *H. L. A. Hart*. 2nd ed. Stanford: Stanford University Press.
- MacCormick, Neil. 2011. "MacCormick on MacCormick". W *Law and Democracy in Neil MacCormick's Legal and Political Philosophy. The Post-Sovereign Constellation*. Eds. Augustín José Menéndez, John Erik Fossum. Dordrecht: Springer.
- Menéndez, Augustín José. 2011. "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. Augustín José Menéndez, John Erik Fossum. Dordrecht: Springer.
- Polanowska-Sygulska, Beata. 2008. *Pluralizm wartości i jego implikacje w filozofii prawa*. Kraków: Księgarnia Akademicka – Ośrodek Myśli Politycznej.
- Stelmach, Jerzy, Bartosz Brożek. 2006. *Metody prawnicze*. Kraków: Wolters Kluwer.
- Waldron, Jeremy. 2011. "Legal Judgement and Moral Reservation". W *Law and Democracy in Neil MacCormick's Legal and Political Philosophy. The Post-Sovereign Constellation*. Eds. Augustín José Menéndez, John Erik Fossum. Dordrecht: Springer.

- Walker, Neil. 2011. "The Cosmopolitan Local". W *Law and Democracy in Neil MacCormick's Legal and Political Philosophy. The Post-Sovereign Constellation*. Eds. Augustín José Menéndez, John Erik Fossum. Dordrecht: Springer.
- Weiler, Joseph H. H. 2012. "Dialogical epilogue". W *The Worlds of European Constitutionalism*. Eds. Gráine de Búrca, Joseph H. H. Weiler. Cambridge, NY: Cambridge University Press.
- Wojciechowski, Bartosz, Marek Zirk-Sadowski, Mariusz J. Golecki (eds.). 2009. *Between Complexity of Law and Lack of Order. Philosophy of Law in the Era of Globalization*. Toruń–Beijing: Wydawnictwo Adam Marszałek.
- Wołodkiewicz, Witold, Maria Zabłocka. 2005. *Prawo rzymskie. Instytucje*. Wyd. IV. Warszawa: C.H. Beck.

Karolina M. Cern

PRACTICAL POWER OF JUDGMENT BY NEIL MACCORMICK

Abstract. The chief concern of the paper is to reconstruct the idea of the practical power of judgement, which in my view stands as a hidden philosophical background in Neil MacCormick's writings in his post-positivist period. Firstly, I bring into light the source of and inspiration for his understanding of legal pluralism. Secondly, I analyse thoroughly the concept of norm-usage. Finally, drawing on my previous analyses, I argue that behind the legal pluralism and norm-usage there is a concept of judgmental-interpretative practice to be found which I reconstruct from MacCormick's writings.

Keywords: legal pluralism, norm-usage, practical power of judgement, judgmental-interpretative practice.