

# UJĘCIE INSTYTUCJONALNE W TEORII PRAWA

## 1. Wprowadzenie

Na czym polega „ujęcie instytucjonalne”? Można twierdzić, że odwoływanie się do instytucji jest istotnym elementem myślenia prawniczego w wielu sferach praktyki prawniczej, a w tym w dziedzinie wykładni prawa, stosowania prawa, działalności prawotwórczej oraz w nauczaniu prawa. Trywialne jest spostrzeżenie, że prawnicy rozpatrują przepisy prawne nie w izolacji, lecz jako składniki instytucji prawnych (w jakimkolwiek znaczeniu tego pojęcia). W szczególności interpretacja prawa musi uwzględniać istnienie instytucji prawnych. Konkretnie przepisy prawne winny być interpretowane w kontekście instytucji prawnych, których są składnikami, a interpretacja winna uwzględniać cele instytucji i zasady nią rządzące. Przepis prawny nie może zostać należycie zrozumiany bez odniesienia do instytucji prawnej, do której należy. Zmiany legislacyjne winny uwzględniać instytucjonalne tło obowiązujących przepisów i nie powinny zakłócać funkcjonowania odnośnych instytucji prawnych. Nauczanie prawa winno być raczej nauczaniem instytucji prawnych, a nie przepisów prawnych, gdyż przepisy mogą się zmienić, natomiast instytucje prawne są względnie stabilne i trwałe. Znajomość instytucji prawnych jest niezbędna prawnikom, gdyż pozwala im na orientację w stale zmieniającym się świecie przepisów prawnych.

Wszystko to, co powiedziano wyżej jest, jak sądzę, trywialnie prawdziwe. Zatem można twierdzić, iż myślenie prawnicze jest z natury swojej „instytucjonalne” w tym sensie, że jego istotną cechą stanowi stałe nawiązywanie do instytucji prawnych. Teza taka, mimo że stara się być niekontrowersyjna, jest jednakże wieloznaczna i mało precyzyjna, jako że prawnicy nie posługują się konsekwentnie jednym, dobrze określonym pojęciem instytucji. Nie jest jednak zadaniem tego opracowania objaśnienie możliwych sensów powyższej tezy. Stałe nawiązywanie do instytucji prawnych stanowi ogólną cechę praktyki prawniczej, a zatem nie jest cechą wyróżniającą jakikolwiek nurt nauki prawa. Mówiąc o „myśleniu instytucjonalnym” czy „ujęciu instytucjonalnym” mam coś innego na myśli, a w szczególności pewien specyficzny stosunek do podstawowych problemów filozofii i teorii prawa.

Celem niniejszego opracowania jest sformułowanie krótkiej charakterystyki pewnego typu teoretycznoprawnego myślenia o prawie. Jednakże nie jest to esej

z dziedziny historii myśli prawniczej, a zatem nie stawia sobie zadania przedstawienia adekwatnego opisu żadnego z istniejących kierunków w teorii prawa. Podjęta zostanie w nim raczej próba skonstruowania pewnego „idealnego typu” ujęcia podstawowych zagadnień ontologicznych i epistemologicznych teorii prawa, bez względu na to, czy jest ono *de facto* w teorii prawa reprezentowane. Rozważone zostaną także korzyści, wynikające z takiego ujęcia.

Nietrudno odgadnąć, że najlepszym przybliżeniem takiego „typu idealnego” jest teoria Neila MacCormicka i Otta Weinbergera – pozytywizm instytucjonalny<sup>1</sup>. Chciałbym podkreślić jednakże, że nie jest celem tego opracowania prezentacja i krytyczna analiza koncepcji MacCormicka i Weinbergera. Odwołanie się do ich teorii służyć będzie w tym opracowaniu raczej jako ilustracja idealnego typu „ujęcia instytucjonalnego”.

Drugie ograniczenie zadań, jakie stawia sobie niniejsze opracowanie, polega na tym, że zajmuje się ono przede wszystkim próbą usytuowania „ujęcia instytucjonalnego” w pewnych tradycyjnych sporach ontologicznych i epistemologicznych teorii i filozofii prawa.

## 2. Normatywizm i realizm

Wyróżnić można w tradycji filozofii i teorii prawa dwa podstawowe typy odpowiedzi na fundamentalne pytanie o ontologiczną naturę prawa. Pierwszy typ odpowiedzi charakteryzuje prawo jako normę (zbiór lub system norm). Prawo należy do sfery powinności (*Sollen, ought*). Drugi typ odpowiedzi charakteryzuje prawo jako fakt (konfiguracje faktów). Prawo należy do sfery bytu (*Sein, is*) i jest częścią rzeczywistości (społecznej lub psychicznej).

Paradygmat odpowiedzi pierwszego rodzaju znaleźć można w czystej teorii prawa Kelsena.

„Przez określenie prawa jako normy (lub, bardziej precyzyjnie, jako systemu norm lub jako porządku normatywnego) i przez ograniczenie nauki prawa do poznania i opisu norm prawnych oraz konstytuowanych przez normy relacji pomiędzy faktami określonymi przez normy, prawo zostaje przeciwstawione przyrodzie, a nauka prawa jako nauka o normach jest przeciwstawiona wszystkim naukom, które dążą do przyczynowego poznania rzeczywistych zdarzeń. Czysta teoria prawa, jako specyficzna nauka prawa, skierowana jest na normy, a nie na fakty, nie jest ona skierowana na akty woli, których znaczeniem są normy prawne, lecz na normy prawne jako znaczenia takich aktów woli”<sup>2</sup>.

Odpowiedzi drugiego typu odnaleźć można w tzw. realizmie prawniczym (który, *nota bene*, obejmuje wiele heterogennych koncepcji i ujęć badawczych). Cechą

<sup>1</sup> N. MacCormick i O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht 1986. Prezentację i analizę krytyczną tej teorii zawiera monografia M. Smolaka, *Prawo, fakt, instytucja. Koncepcje teoretycznoprawne Prawniczego Pozytywizmu Instytucjonalnego*, Poznań 1998.

<sup>2</sup> H. Kelsen, *The Pure Theory of Law*, 2<sup>nd</sup> Edition, Berkeley, Los Angeles, London 1970, s. 75.

wspólną wszystkich ujęć „realistycznych” jest to, że identyfikują one prawo z pewnego typu faktami (społecznymi lub psychologicznymi), a zadanie nauki prawa widzą w kauzalnym wyjaśnianiu tych faktów. Nauka prawa zostaje zredukowana do socjologii, a porządek prawny jest pojmowany jako zespół pewnych regularności, pewnych typów ludzkich zachowań. Przedmiot nauki prawa jest określany jako „prawo w działaniu” przeciwstawione „prawu w książkach”. Zadaniem nauki prawa jest opis prawa w działaniu i przewidywanie decyzji mających związek z prawem.

Zauważyć tu trzeba, że odmiennie niż normatywizm, realizm prawny jest rzadko reprezentowany w swojej czystej postaci. W praktyce badań prawniczych, realizm prawny jest znacznie mniej radykalny. Wagę normatywnego aspektu prawa (jako przeciwstawnego aspektowi faktycznemu) tylko sporadycznie podaje się w wątpliwość.

Kontrowersja pomiędzy realizmem a normatywizmem pojawia się na różnych poziomach. Najbardziej fundamentalny z tych poziomów to poziom ontologii. Realizm i normatywizm udzielają rozmaitych odpowiedzi na pytanie jaka jest ontologiczna natura prawa; a w szczególności, czy prawo istnieje jako norma czy jako fakt. Warto przy tym zauważyć, że normatywizm odznacza się wyższym stopniem samoświadomości ontologicznej niż realizm. Realisci są częściej skłonni do lekceważenia ontologicznej problematyki prawa, a podstawowym problemom ontologii poświęcają stosunkowo mało zainteresowania. Normatywiści natomiast skłonni są do przywiązywania znacznie większej wagi do kwestii ontologicznych prawa.

Drugim poziomem, na którym ujawnia się kontrowersja pomiędzy realizmem a normatywizmem, jest poziom epistemologii. Na tym poziomie rozważa się pytanie, w jaki sposób prawo może zostać poznane. Problem poznania jest rozważany bądź jako filozoficzny problem epistemologii, bądź też jako problem praktycznej metodologii nauki prawa. W tym ostatnim przypadku problem ten jest ekwiwalentny pytaniu, jakie metody poznawcze są właściwe dla poznania prawa.

Po trzecie, kontrowersja pomiędzy normatywizmem a realizmem może zostać zaobserwowana w praktyce badań prawniczych. Na tym poziomie kontrowersja ta nie jest zwykle *explicite* formułowana, lecz ujawnia się poprzez formułowanie odmiennych pytań, na które nauka prawa ma udzielić odpowiedzi, oraz poprzez zastosowanie odmiennych ujęć metodologicznych w nauce prawa. Zazwyczaj praktyka badań prawniczych nie poświęca wiele uwagi sporom ontologicznym i epistemologicznym. W historii badań prawniczych praktyka badawcza mogła w różnych czasach i różnych krajach kłaść większy nacisk na badanie prawa jako normy (porządku normatywnego) lub na badanie prawa jako faktu społecznego. Niemniej jednak oba ujęcia były i są stale reprezentowane w praktyce badań prawniczych, a legitymizacja każdego z nich nie jest nigdy całkowicie kwestionowana. Ponadto żadne ze skrajnych ujęć (czysty normatywizm lub czysty realizm) nie dominowało nigdy w praktyce badań prawniczych. Praktyka taka z jednej strony koncentruje się na badaniu prawa jako porządku normatywnego, z drugiej jednak strony uznawana jest powszechnie waga badań nad prawem jako faktem społecznym czy psychologicznym.

Jednakże nawet jeżeli praktyka badań prawniczych nie pozostaje pod istotnym wpływem kontrowersji filozoficznych, to fakt ten nie rozstrzyga podstawowo-

wego zagadnienia filozoficznoprawnego. Jeśli oba ujęcia są legitymowane, a więc jeżeli prawo może być pojmowane zarówno jako norma, jak i jako fakt, to jaki jest ontologiczny status prawa.

Na to pytanie w dziedzinie filozofii prawa udzielano rozmaitych odpowiedzi, lecz żadna z tych odpowiedzi nie wydaje się zadowolająca. W polskiej filozofii i teorii prawa formułowano rozmaite koncepcje charakteryzujące prawo jako złożone zjawisko, łączące normatywność z faktycznością<sup>3</sup>. Żadna jednak z tych koncepcji nie objaśniała natury tego połączenia w sposób, który byłby zadowolający z filozoficznego punktu widzenia. Dyskusja na ten temat w polskiej teorii prawa rozpoczęła się we wczesnych latach sześćdziesiątych i trwała do późnych lat siedemdziesiątych. Osłą tej dyskusji była tzw. wielopłaszczyznowa koncepcja prawa (choć nie wszyscy akceptowali pojęcie płaszczyzny)<sup>4</sup>. Dyskusja nie doprowadziła jednakże do żadnych wniosków, które spotykałyby się z powszechniejszą akceptacją. Jak trafnie wskazał Kazimierz Opałek, wyraz „złożoność” nie ma sam w sobie żadnej mocy eksplanacyjnej, dopóki nie przedstawi się zadowolającego ujęcia natury tej złożoności, a w szczególności relacji pomiędzy normatywnością a faktycznością prawa<sup>5</sup>. Dopóki nie przedstawi się zadowolającej analizy tej relacji, mówienie o prawie jako o zjawisku lub obiekcie złożonym jest tylko metaforycznym *façon de parler*, a takie ujęcie nie może zostać uznane za filozoficzną koncepcję prawa. Według Opałka, nie istnieje jedna nauka prawa, odnosząca się zarówno do jego normatywności, jak i faktyczności, lecz dwie odrębne nauki, określające swój przedmiot na różny sposób, stosujące różne metody i dochodzące do odmiennych rezultatów.

Twierdzenia K. Opałka odnosiły się bezpośrednio do polskiej teorii prawa. Sądzę jednak, że w czasie, kiedy były formułowane, generalnie były prawdziwe. Nie znana mi jest bowiem żadna koncepcja prawa z tych czasów, która w zadawalający i spójny filozoficznie sposób objaśniałaby kompleksową (normatywno-faktyczną) naturę prawa<sup>6</sup>. Sądzę, że w tych czasach filozofowie i teoretycy prawa byli wciąż (świadomie lub nieświadomie) więźniami tradycyjnej dychotomii „realizm – normatywizm” i nie mogli dychotomii tej przewyciężyć.

Jeżeli, zgodnie z tym co twierdzą N. MacCormick i O. Weinberger, „jurisprudence is, and must remain, a joint adventure of lawyers, philosophers and sociologists”<sup>7</sup>, filozofia prawa musi wypracować koncepcję prawa, która będzie zgodna

<sup>3</sup> Por. krytyczne omówienie tych koncepcji K. Opałek, *Przedmiot prawoznawstwa a problem tzw. płaszczyzn prawa*, „Państwo i Prawo” z. 6, 1969. Por. także H. Jakubiec, *Ontologia a wielopłaszczyznowa koncepcja prawa*, ZN UJ Prace z Nauk Politycznych, z. 12, 1979, s. 107. O funkcjach pojęcia płaszczyzny por. J. Wróblewski, *Prawo i płaszczyzny jego badania*, „Państwo i Prawo” z. 6, 1969, s. 1001.

<sup>4</sup> Por. np. Z. Ziemiński, *Metodologiczne zagadnienia prawoznawstwa*, Warszawa 1974, cz. III, s. 286 i n., który nie posługuje się pojęciem płaszczyzny.

<sup>5</sup> Por. K. Opałek, *op.cit.*

<sup>6</sup> Stąd też teza J. Woleńskiego, *Empiricism, Theory and Speculation in the General Study of Law*, Archivum Iuridicum Cracoviense, vol. III, 1970, s. 47 i n., który uważa, że przedmiotem nauki prawa są dwie różne, niezwiązane ze sobą klasy obiektów.

<sup>7</sup> N. MacCormick i O. Weinberger, *op.cit.*

z ujęciem integracyjnym i uzasadni takie ujęcie, a przy tym będzie w stanie przewidywać ograniczenia normatywizmu i realizmu.

Koncepcja prawa, która ma szansę spełnienia tych wymagań, powstała w późnych latach siedemdziesiątych. Koncepcję tę, z braku lepszego określenia, proponuję nazwać „ujęciem instytucjonalnym”. Jak to się często dzieje w filozofii i teorii prawa, pewne podstawowe pojęcia i idea tej koncepcji zostały zapożyczone z innych dyscyplin, a mianowicie z filozofii lingwistycznej oraz socjologii.

Przed podjęciem próby charakterystyki ujęcia instytucjonalnego, zajmę się krótkim omówieniem dwóch podstawowych pojęć, którymi posługują się zwolennicy tego ujęcia, a mianowicie pojęć „faktu instytucjonalnego” i „instytucji”. Podkreślam przy tym ponownie, że celem niniejszego pracowania nie jest przedstawienie adekwatnego historycznie opisu żadnej z istniejących koncepcji prawa, lecz raczej scharakteryzowanie pewnego „idealnego typu” możliwych ujęć.

### 3. Reguły konstytutywne i fakty instytucjonalne

Nie jest przedmiotem niniejszego opracowania opis historycznego rozwoju pojęć reguły konstytutywnej i faktu instytucjonalnego. Mimo że na istnienie reguł konstytutywnych i faktów instytucjonalnych jako pierwsi zwrócili uwagę G.E.M. Anscombe i J. Rawls<sup>8</sup>, zasługę wprowadzenia tych pojęć do dyskursu filozoficznego przypisuje się J. Searle'owi. Z tego też względu pragnę rozpocząć od przytoczenia słynnego cytatu z dzieła J. Searle'a:

„Chciałbym objaśnić odróżnienie pomiędzy dwoma rodzajami reguł, które będę określał jako konstytutywne i regulatywne. Jestem przekonany o zasadności tego odróżnienia, ale nie przychodzi mi łatwo jego objaśnienie. Na początek powiedzieć możemy, że reguły regulatywne regulują niezależne lub niezależnie istniejące formy zachowania się; na przykład reguły etykiety regulują stosunki międzypersonalne, które istnieją niezależnie od reguł. Reguły konstytutywne nie tylko regulują; one kreują lub definiują nowe formy zachowania się. Na przykład, reguły piłki nożnej lub szachów nie tylko regulują grę w piłkę nożną lub w szachy, lecz stwarzają także możliwość uprawiania tych gier. Aktywność polegająca na grze w piłkę nożną lub w szachy jest konstytuowana przez działanie zgodnie z odpowiednimi regułami (lub przynajmniej ich dużym podzbiorem). Reguły regulatywne regulują istniejące niezależnie od nich działania, których istnienie jest logicznie niezależne od reguł. Reguły konstytutywne konstytuują (a także regulują) działania, których istnienie jest logicznie zależne od tych reguł<sup>9</sup>”.

Według Searle'a odróżnienie reguł regulatywnych i konstytutywnych ma swój odpowiednik w odróżnieniu dwóch rodzajów faktów. Fakty zwykle (*brute*) to fakty, które istnieją w świecie niezależnie od jakichkolwiek reguł, wartości lub konwencji. Fakty zwykle mogą być przedmiotem regulacji za pomocą reguł regula-

<sup>8</sup> J. Rawls, *Two Concepts of Rules*, „Philosophical Review”, 1955, vol. 64 i G.E.M. Anscombe, *On Brute Facts, Analysis*, 1957–1959, vol. 18, no 3.

<sup>9</sup> J. Searle, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, 2<sup>nd</sup> Edition, London 1977, s. 33–34.

tywnych, lecz istnienie faktów zwykłych nie presuponuje istnienia jakichkolwiek reguł. Z drugiej strony, fakty instytucjonalne to fakty, których istnienie, odmienienie niż istnienie faktów zwykłych presuponuje istnienie pewnych reguł (konstytutywnych). Tylko na gruncie reguł instytucji małżeństwa pewne postacie zachowania się tworzą fakt, że Jan Kowalski zaślubia Marię Malinowską. „Tylko na gruncie instytucji pieniądza trzymam teraz w dłoni banknot pięciodolarowy. Wyeliminuj instytucję i wszystko, co trzymam w ręku stanie się kawalkiem papieru z różnymi szarymi i zielonymi oznaczeniami<sup>10</sup>”.

Sformułowane przez Searle'a objaśnienie odróżnienia reguł konstytutywnych i regulatywnych oraz faktów instytucjonalnych i zwykłych Searle'a zawiera wiele niejasnych punktów. Po pierwsze, nie jest jasne, jaka jest natura relacji pomiędzy regułą konstytutywną a faktem instytucjonalnym. W szczególności nie jest jasne, czy relacja ta ma (*quasi*) ontologiczny charakter (reguła „kreuje” pewną postać zachowania się) czy raczej naturę semantyczną (reguła przypisuje określone znaczenie zachowaniu się, istniejącemu niezależnie od niej). Po drugie wydaje się, że Searle nie odróżnił w należyty sposób rzeczywistego zachowania się od (możliwego) typu zachowania się. Reguły regulatywne regulują pewne typy (możliwych) zachowań się. Taka regulacja jest niezależna od tego, czy ktoś kiedykolwiek *de facto* zachowuje się w sposób odpowiadający temu typowi. Reguła (regulatywna) prawa karnego może zakazywać zabójstwa, nawet gdyby nigdy nikomu nie przyszło na myśl zabicie drugiego człowieka, a zatem nawet wtedy, gdy odpowiedni zwykły fakt nigdy nie powstał. Stąd też reguły regulatywne mogą regulować takie typy zachowania się, którym nie odpowiada żadne rzeczywiste zachowanie się. Podobnie, reguły konstytutywne mogą kreować (lub definiować) takie typy faktów instytucjonalnych, którym nie odpowiadają żadne rzeczywiście istniejące fakty instytucjonalne. Potrzebne jest zatem odróżnienie rzeczywistych i wirtualnych faktów zwykłych i instytucjonalnych. Po trzecie, Searle wydaje się utożsamiać fakty instytucjonalne z rzeczywistymi zachowaniami się ludzkimi, nie dostrzegając takich faktów instytucjonalnych, które nie mogą być opisane jako zachowania się ludzkie. Po czwarte, Searle definiuje reguły konstytutywne na dwa różne sposoby, które nie są ze sobą całkowicie równoważne. Jego pierwsza definicja odwołuje się do funkcji reguł konstytutywnych (które „kreują” lub „definiują” nowe formy zachowania się), podczas gdy jego druga definicja odwołuje się do struktury reguł konstytutywnych (które mają postać „X liczy się jako Y”).

Wszystkie te (a także inne) wady koncepcji Searle'a zostały ujawnione i przedyskutowane zarówno w literaturze filozoficznej, jak i teoretycznoprawnej<sup>11</sup>. Mimo że w rezultacie tych dyskusji nie powstała ogólnie akceptowana teoria reguł konstytutywnych i faktów instytucjonalnych, niektóre ustalenia tych dyskusji są powszechnie akceptowane i, jak sądzę, niekontrowersyjne. W moim przekonaniu przedstawione poniżej stwierdzenia stanowią zatem wspólny trzon rozmaitych koncepcji reguł konstytutywnych i faktów instytucjonalnych:

<sup>10</sup> *Ibidem*, s. 51.

<sup>11</sup> Najdokładniejsze krytyczne omówienie rozmaitych koncepcji reguł konstytutywnych i własną oryginalną koncepcję zawiera monografia J. Czepity, *Reguły konstytutywne a zagadnienia prawoznawstwa*, Szczecin 1996.

(i) Odróżnienie reguł konstytutywnych i regulatywnych jest zasadne i płodne, aczkolwiek zaproponowane przez Searle kryteria nie są precyzyjne i prowadzą do krzyżujących się między sobą podziałów reguł.

(ii) Relacja pomiędzy regułami konstytutywnymi a faktami instytucjonalnymi nie może zostać adekwatnie opisana przez metaforyczne sformułowanie, że „reguły konstytutywne kreują nowe formy zachowania się”. Nie istnieje powszechnie akceptowany pogląd dotyczący natury tej relacji. Niemniej jednak, dwa różne typy relacji winny zostać odróżnione. Po pierwsze, reguła konstytutywna może przypisywać pewne konwencjonalne znaczenie formie zachowania się istniejącej (lub lepiej; która może zaistnieć) niezależnie od takiej reguły. I tak np. reguły etykiety przypisują znaczenie powitania zachowaniu się, polegającemu na zdjęciu przez kogoś kapelusza. Zdjęcie kapelusza jest zachowaniem się, którego istnienie (lub raczej możliwość zaistnienia) nie zależy od istnienia jakichkolwiek reguł. Rola odpowiedniej reguły konstytutywnej polega na przypisaniu temu zachowaniu się określonego znaczenia, a w szczególności znaczenia powitania. Zatem, wskazana forma zachowania się jest odpowiednio kwalifikowana przez regułę konstytutywną. Z drugiej strony, możliwość pewnych form zachowania się logicznie zależy od istnienia pewnych reguł. Zadanie mata w szachach nie byłoby możliwe, gdyby nie istniały reguły kształtujące grę w szachy. Można zatem powiedzieć, że takie reguły stwarzają możliwość pewnych form zachowania się.

(iii) Zwykle możliwość pewnych form zachowania się zależy logicznie nie tyle od istnienia pojedynczej reguły konstytutywnej, lecz raczej od istnienia całego zbioru (lub systemu) takich reguł. Taka forma zachowania się jak zadanie mata w szachach zakłada istnienie całego systemu reguł kształtujących grę w szachy. Takie formy zachowania się są częściami pewnych praktyk społecznych i są możliwe tylko w obszarze danej praktyki społecznej jako całości. Danie mata nie może zaistnieć jako izolowany fakt instytucjonalny, niezależnie od innych faktów składających się na grę w szachy (a więc np. otwarcia gry).

(iv) Poszczególne reguły konstytutywne mogą pełnić różne role w kształtowaniu praktyki społecznej opartej na takich regułach. Z tego względu należy wydzielić różne typy lub rodzaje reguł konstytutywnych. Reguły konstytutywne stanowiące podstawę pewnej praktyki społecznej tworzą system. Pomędzy takimi regułami muszą zachodzić pewne relacje, aby dana praktyka społeczna była możliwa. Według McCormicka, wyróżnić należy trzy typy reguł konstytutywnych: (a) reguły instytucyjne, określające warunki istotne dla powstania odpowiednich typów faktów instytucjonalnych, (b) reguły konsekwencyjne, określające normatywne konsekwencje (uprawnienia, zobowiązania, kompetencje, obowiązki itp.) powstania faktu instytucjonalnego określonego typu oraz (iii) reguły terminatywne określające okoliczności powodujące unicestwienie faktu instytucjonalnego określonego typu<sup>12</sup>. W przypadku braku reguł któregoś z wymienionych rodzajów, dana praktyka społeczna jest wadliwa, a w szczególności niezupełna i niekonkluzywna.

---

<sup>12</sup> N. McCormick, *Institutions, Arrangements and Practical Information*, „Ratio Iuris”, vol. 1, no 1, March 1988.

Można wyobrazić sobie inne kategoryzacje reguł konstytutywnych (np. można odróżnić reguły odnoszące się do właściwości i kwalifikacji osób uczestniczących w danej praktyce społecznej, reguły odnoszące się do charakterystyki działań takich osób i reguły odnoszące się do konsekwencji takich działań). Być może jest tak, że rozmaite odróżnienia rodzajów reguł konstytutywnych winny być poczynione w odniesieniu do poszczególnych rodzajów praktyki społecznej. Niezależnie jednakże od tego, jaką klasyfikację czy też typologię reguł konstytutywnych zaakceptuje się, wydaje się jasne, że reguły konstytutywne nie tworzą jednej kategorii, gdyż mają różne właściwości treściowe i strukturalne. Ponadto reguły konstytutywne odnoszące się do danego typu praktyki społecznej są ze sobą powiązane w taki sposób, że tworzą system.

Powyższe spostrzeżenie prowadzi nas do następnego kluczowego pojęcia, a mianowicie pojęcia instytucji.

### 3. Pojęcie instytucji

Trywialne jest spostrzeżenie, że wyraz „instytucja” jest używany w naukach społecznych i w nauce prawa w niejednolity i niespójny sposób<sup>13</sup>. Wyraz ten ma różne, aczkolwiek powiązane ze sobą znaczenia. Zapewne socjologowie i prawnicy mają pewne wspólne intuicje znaczeniowe związane z tym wyrazem. Intuicje takie są jednakże niejasne i mało precyzyjne, a przy tym są one rzadko ujawniane *explicite*. Odnosi się niekiedy wrażenie, że wyraz „instytucja” niczego określonego nie denotuje, lecz jest używany w funkcji „magicznej”. Odwołanie się do „instytucji” nie pełni niekiedy w rzeczywistości żadnej funkcji eksplanacyjnej, lecz stanowi tylko pozór wyjaśnienia.

Nie jest celem niniejszego opracowania stworzenie wyczerpującego katalogu wszystkich znaczeń wyrazu „instytucja”. Chciałbym natomiast podjąć próbę rekonstrukcji podstawowych intuicji znaczeniowych, wiązanych z tym wyrazem. Sądzę, że niezależnie od specyficznych cech poszczególnych znaczeń tego wyrazu, takie podstawowe intuicje są odzwierciedlone w każdym z tych znaczeń.

(i) Instytucja jest w jakiś sposób odniesiona do norm społecznych. Natura relacji pomiędzy instytucją a normami społecznymi może być ujmowana na rozmaite sposoby (w zależności od szczególnego znaczenia, w jakim wyraz „instytucja” jest używany), jednakże instytucja nie może istnieć bez norm społecznych. Niekiedy instytucja jest po prostu identyfikowana w pewnym zbiorze norm społecznych (a zatem istnieje w sferze norm), czasami twierdzi się, że instytucja presunuje istnienie norm społecznych. Do problemu tego powrócę poniżej, w związku z pytaniem o ontologiczną naturę instytucji.

(ii) Instytucja jest złożona. Składa się ona z różnych komponentów, którymi (znów w zależności od przyjętego znaczenia wyrazu „instytucja”) są bądź normy

---

<sup>13</sup> Por. analizę pojęcia instytucji w Z. Ziemiński, *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, Warszawa 1980.



społeczne, bądź pewne zachowania się (lub raczej pewne typy zachowań się). Elementy instytucji powiązane są przez rozmaite relacje. Instytucja nie jest po prostu zbiorem norm społecznych (lub zbiorem typów zachowań się), lecz systemem, określonym przez relacje zachodzące pomiędzy jego elementami. Poszczególne elementy instytucji nabierają znaczenia tylko w kontekście instytucji jako całości. Mogą one być zrozumiane i zinterpretowane tylko na tle innych elementów, poprzez odwołanie się do ich powiązań z różnymi elementami.

(iii) Komponenty każdej instytucji są zintegrowane poprzez wspólny cel lub wspólną wartość przypisaną danej instytucji jako całości. Mimo że uczestnicy instytucji nie muszą być świadomi takiej zasady integracji, nie może istnieć instytucja nieposiadająca takiej wartości lub celu. Dana instytucja może być zintegrowana w odniesieniu do więcej niż jednej wartości lub celu. Rzecz jasna, cele lub wartości związane z daną instytucją niekoniecznie muszą mieć charakter moralny.

(iv) Instytucja trwa w czasie. Nie jest ona chwilowa, lecz trwała. Nowe instytucje mogą powstawać, dawne instytucje mogą być eliminowane z praktyki społecznej, lecz cechą każdej instytucji jest to, że trwa ona, a nie wydarza się.

(v) Instytucja może zmienić się bez utraty swej identyczności. Nawet jeżeli pewne komponenty instytucji zostaną zastąpione innymi lub wyeliminowane, instytucja nie traci swej identyczności.

Jak chodzi o ontologiczny status instytucji, to konieczne jest dokonanie odróżnienia pomiędzy instytucją jako bytem abstrakcyjnym, a instytucją jako realizacją takiego bytu. Instytucja jako byt abstrakcyjny należy całkowicie do sfery norm. W szczególności instytucja tak pojęta jest systemem reguł, stanowiących podstawę pewnej dziedziny praktyki społecznej. W takim sensie instytucja może istnieć, nawet jeżeli nie odpowiada jej w rzeczywistości żadna praktyka społeczna (tj., jeśli nikt nie jest w taką praktykę *de facto* zaangażowany). Można wyobrazić sobie instytucję w tym sensie, jako taką, która nigdy nie została zezempflikowana w praktyce społecznej. Różne utopie społeczne zawierają wiele przykładów tego rodzaju instytucji.

Zwykle jednakże istnieje praktyka społeczna odpowiadająca instytucji pojętej jako byt abstrakcyjny. Ludzie przestrzegają reguł stanowiących komponenty takiej abstrakcyjnej instytucji, a inni postrzegają ich zachowanie jako oddzielną sferę praktyki społecznej. Rzeczywiste zachowanie się adresatów takich reguł, postrzegane z punktu widzenia reguł stanowiących komponenty abstrakcyjnej instytucji, stanowi instytucję konkretną. I tak, np. w Rzeczypospolitej Polskiej istnieje instytucja parlamentaryzmu, tworzona przez reguły zawarte w konstytucji, w innych ustawach oraz przez wiele różnych niepisanych reguł zwyczajowych. System takich reguł tworzy instytucję w sensie abstrakcyjnym. Z drugiej strony istnieje pewna praktyka społeczna, kierowana przez te reguły. Z perspektywy reguł tworzących abstrakcyjną instytucję parlamentaryzmu, ta praktyka społeczna jest postrzegana jako konkretna instytucja parlamentaryzmu. Warto podkreślenia jest to, że z jednej strony konkretna instytucja nie jest możliwa bez istnienia instytucji w rozumieniu abstrakcyjnym. Z drugiej jednak strony instytucja konkretna nie musi doskonale odzwierciedlać treści reguł składających się

na instytucję abstrakcyjną. Przeciwnie, taka praktyka społeczna częstokroć istotnie odbiega od reguł składających się na instytucję abstrakcyjną, lecz nadal jest postrzegana jako urzeczywistnienie instytucji abstrakcyjnej. Na pytanie, w jakim zakresie takie odstępstwa są możliwe, aby nadal dana praktyka społeczna była postrzegana jako urzeczywistnienie instytucji w sensie abstrakcyjnym, nie sposób udzielić generalnej odpowiedzi.

Jak sądzę, ważne jest to, że instytucja konkretna (jako urzeczywistnienie instytucji abstrakcyjnej) nie może powstać bez istnienia instytucji abstrakcyjnej. Z ontologicznego punktu widzenia instytucja konkretna należy do sfery faktów, a w szczególności jest faktem instytucjonalnym powstającym w pewnej sferze praktyki społecznej.

Instytucja w znaczeniu abstrakcyjnym złożona jest z różnego rodzaju reguł. Niezbędnym komponentem instytucji w znaczeniu abstrakcyjnym są jednakże reguły konstytutywne. Nie może istnieć instytucja niezawierająca reguł konstytutywnych, jednakże zwykle instytucja zawiera także reguły regulatywne. Z tego też względu reguły stanowiące komponenty instytucji nie tylko umożliwiają pewną praktykę społeczną, lecz także ją regulują. Instytucja nie tylko przypisuje znaczenie pewnym uprzednio istniejącym formom zachowania się, lecz także zakazuje i nakazuje pewnych form zachowania się w danej dziedzinie praktyki społecznej.

#### 4. Instytucjonalne ujęcie do prawa

„Reguła konstytutywna”, „instytucja”, „fakt instytucjonalny” to słowa – klucze instytucjonalnego ujęcia prawa. Może ono zostać krótko scharakteryzowane w następujący sposób:

##### (i) Ontologia prawa

„Fakty instytucjonalne” mają rzeczywisty byt. Fakty instytucjonalne istnieją (używając określenia Z. Bankowskiego) w ramach pewnego sposobu myślenia, a nie jako obiekty fizyczne, niezależne od człowieka. Fakty instytucjonalne nie należą do platońskiego świata idei. Są one „zakotwiczone” w świecie fizycznym, jako że nie mogą powstać bez pewnych zdarzeń w świecie fizycznym. Fakty instytucjonalne nie istnieją niezależnie od faktów zwykłych (*brute facts*), gdyż ich istnienie presuponuje istnienie faktów zwykłych. Za Bankowskim powtórzyć można, że pojęcie faktu instytucjonalnego należy do aparatu wyjaśniającego świat fizyczny, a nie do świata postulowanego jako idealnie istniejący poza i niezależnie od świata fizycznego. Z kolei istnienie faktów instytucjonalnych presuponuje istnienie pewnych reguł konstytutywnych. Na podstawie takich reguł (a dokładniej opierając się na abstrakcyjnych instytucjach, w skład których te reguły wchodzi) ludzie są zdolni do zwiększenia ilości faktów w świecie bez konieczności zwiększenia liczby rzeczy materialnych.

Prawo należy do świata faktów instytucjonalnych. Oznacza to, że ani normatywizm (zgodnie z którym prawo należy całkowicie do świata norm), ani realizm (zgodnie z którym prawo należy całkowicie do świata faktów) nie są prawdziwe.

Z ontologicznego punktu widzenia znika dychotomia *Sein* i *Sollen*. Nie może istnieć prawo bez istnienia reguł (jako że reguły są warunkiem możliwości faktów instytucjonalnych). Z drugiej strony nie może istnieć prawo bez faktów (faktów zwykłych), jako że fakty instytucjonalne muszą mieć psychofizyczny substrat. Pojęcie faktu instytucjonalnego dostarcza nam aparatu pozwalającego na wyjaśnienie janusowego oblicza prawa, które stanowi zagadkę dla filozofii prawa; prawo jako fakt instytucjonalny ma charakter zarówno normatywny, jak i faktyczny. Jednocześnie pojęcie to pozwala nam na zrozumienie, jaka jest natura wzajemnej relacji pomiędzy faktami a normami.

Używając tradycyjnej terminologii, jeżeli badamy prawo jako fakt instytucjonalny, to koncentrujemy się raczej na *law-in-action*, niż na *law-in-books*. Postrzegamy bowiem prawo jako część świata faktów, a nie jako zbiór norm czy reguł. Nie oznacza to jednakże, że ujęcie instytucjonalne kontynuuje tradycję realizmu prawnego. Przeciwnie, odróżnienie *law-in-action* i *law-in-books* ma całkowicie inny cel. Przez podkreślanie tego odróżnienia, realiści twierdzą: jeżeli chcesz dowiedzieć się, czym jest prawo, nie wertuj ksiąg prawniczych, gdyż uzyskasz wtedy fałszywą lub mylącą wiedzę, odbiegającą od rzeczywistości prawa. Pod taką taką nie podpisałiby się zwolennicy ujęcia instytucjonalnego. Zgodnie z takim ujęciem księgi prawnicze są niezbędne do poznania prawa jako faktu instytucjonalnego, jako że nie może zaistnieć fakt instytucjonalny bez reguł konstytutywnych tworzących abstrakcyjną instytucję prawną.

#### (ii) Epistemologia

Jedną z konsekwencji pojmowania prawa jako faktu instytucjonalnego jest to, że dualizm metod poznawczych nauki prawa może zostać wyjaśniony i usprawiedliwiony. Skoro prawo jest faktem, nauka prawa musi używać metod nauk empirycznych (socjologii, psychologii, psychologii społecznej). Z uwagi na to, że prawo ma charakter instytucjonalny, a zatem może istnieć tylko w kontekście systemu reguł, nauka prawa musi używać metod właściwych dla poznania reguł jako językowych (czy semantycznych) bytów. Z tych też względów, jak mówi MacCormick, „prawoznawstwo jest i musi pozostać wspólną przygodą prawników, filozofów i socjologów”. Prawoznawstwo jest przygodą filozofów, gdyż filozofia objaśnia, w jaki sposób istnieją fakty instytucjonalne i jaka jest ich relacja do reguł. Prawoznawstwo jest przygodą prawników, gdyż specjalne umiejętności prawnicze oraz tradycyjna metodologia prawników są niezbędne w celu interpretacji reguł, powiązania reguł z faktami oraz analizy relacji zachodzących z jednej strony pomiędzy różnymi regułami, a z drugiej strony pomiędzy regułami a faktami. Prawoznawstwo jest przygodą socjologów, ponieważ prawoznawstwo musi badać porządek społeczny tworzony przez abstrakcyjne instytucje prawne oraz zrozumieć faktyczny komponent faktów instytucjonalnych, a także funkcje społeczne instytucji. Trzeba jednakże zauważyć, że prawoznawstwo jest przygodą pewnego specyficznego typu socjologii. Prawoznawstwu potrzebne jest raczej socjologiczne zrozumienie pewnych konfiguracji faktów zwykłych, a nie przyczynowe wyjaśnienie takich faktów. Prawoznawstwu potrzebne jest takie ujęcie socjologiczne, które się koncentruje raczej na interpretowaniu ludzkich zachowań się jako zachowań wyposażonych w znaczenie na gruncie instytucji społecznych i prawnych, a nie takie ujęcie, które szuka przyczynowego wyjaśnienia takich zachowań się.

Prawoznawstwo potrzebuje pomocy socjologii w celu zrozumienia funkcji instytucji i ich zdolności do spełniania tych funkcji.

## 5. Wnioski

Ujęcie instytucjonalne nie ma charakteru rewolucyjnego. Stanowi ono raczej kontynuację pewnego sposobu myślenia, obecnego od dłuższego czasu w teorii i filozofii prawa. Podejście instytucjonalne odwołuje się do pewnych tradycyjnych ujęć nauki prawa i podtrzymuje główne idee pozytywizmu prawniczego. Wykorzystuje ono pewne ujęcia filozoficzne, co w żadnej mierze nie jest czymś nadzwyczajnym czy rewolucyjnym w teorii prawa.

Sądzę, że fakt, iż ujęcie instytucjonalne nie zaburza tradycji myślenia teoretycznoprawnego i nie wymaga od teoretyków prawa porzucenia wszystkich dotychczasowych koncepcji i budowania teorii prawa od nowa, świadczy o sile, a nie o słabości tego ujęcia.

Nie będąc rewolucyjne, ujęcie instytucjonalne pozwala na rozwiązanie jednego z podstawowych dylematów w tradycji teorii i filozofii prawa, a mianowicie dylematu normatywizmu i realizmu. Oferuje ono aparaturę pojęciową, która pozwala nam na pogodzenie dwóch aspektów prawa; a mianowicie prawa jako normy i prawa jako faktu. Rzecz jasna, rozwiązanie proponowane przez ujęcie instytucjonalne zapewne nie wszystkich zadowoli, a w szczególności tych, którzy pojmują zadanie nauki prawa jako wyjaśnienie przyczynowe pewnych faktów. Ujęcie instytucjonalne należy raczej do tradycji humanistyki, niż do tradycji *science*.