

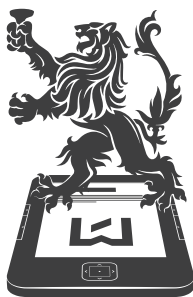
Integracja zewnętrzna i wewnętrzna nauk prawnych

CZ. 1

pod redakcją
Marka Zirk-Sadowskiego
Bartosza Wojciechowskiego
Tomasza Bekrychta

JURYSPRUDENCJA

2/2014



WYDAWNICTWO
UNIwersytetu
ŁÓDZKIEGO

Integracja zewnętrzna i wewnętrzna nauk prawnych

cz. 1

pod redakcją
Marka Zirk-Sadowskiego
Bartosza Wojciechowskiego
i Tomasza Bekrychta



WYDAWNICTWO
UNIWERSYTETU
ŁÓDZKIEGO

ŁÓDŹ 2014

REDAKTORZY

Marek Zirk-Sadowski (Uniwersytet Łódzki), *Tomasz Bekrycht* (Uniwersytet Łódzki)

SEKRETARZ

Rafał Jerzy Kruszyński (Uniwersytet Łódzki)

RADA PROGRAMOWA

Andrzej Bator (Uniwersytet Wrocławski), *Tadeusz Biernat* (Krakowska Akademia im. A. F. Modrzewskiego), *Stanisław Czepita* (Uniwersytet Szczeciński), *Tomasz Gizbert-Studnicki* (Uniwersytet Jagielloński), *Mariusz Golecki* (Uniwersytet Łódzki), *Małgorzata Król* (Uniwersytet Łódzki), *Grzegorz Leszczyński* (Uniwersytet Łódzki), *Jerzy Leszczyński* (Uniwersytet Łódzki), *Leszek Leszczyński* (Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie), *Lech Morawski* (Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu), *Tomasz Pietrzykowski* (Uniwersytet Śląski), *Marek Smolak* (Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu), *Tomasz Stawecki* (Uniwersytet Warszawski), *Bartosz Wojciechowski* (Uniwersytet Łódzki), *Sylvia Wojtczak* (Uniwersytet Łódzki), *Jerzy Zajadło* (Uniwersytet Gdański), *Wojciech Żaluski* (Uniwersytet Jagielloński)

RECENZENT

Leszek Leszczyński

Marek Zirk-Sadowski, Bartosz Wojciechowski, Tomasz Bekrycht – Uniwersytet Łódzki
Wydział Prawa i Administracji, Katedra Teorii i Filozofii Prawa
90-232 Łódź, ul. Kopcińskiego 8/12

REDAKTOR WYDAWNICTWA UŁ

Katarzyna Gorzkowska

SKŁAD I ŁAMANIE

AGENT PR

OKŁADKĘ PROJEKTOWAŁA

Barbara Grzejszczak

© Copyright by Uniwersytet Łódzki, Łódź 2014

Wydane przez Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego
Wydanie I. W.06482.14.0.K

ISBN 978-83-7969-150-0

Spis treści

Wstęp (<i>Marek Zirk-Sadowski, Bartosz Wojciechowski, Tomasz Bekrycht</i>).....	7
---	---

I. INTEGRACJA ZEWNĘTRZNA NAUK PRAWNYCH

Polityka

<i>Andrzej Bator</i> , Polityczne interpretacje analitycznej teorii prawa	11
<i>Adam Sulikowski</i> , <i>French Theory</i> a konstytucjonalizm	39
<i>Tomasz Widlak</i> , Prawo a konstruktywizm w teorii stosunków międzynarodowych – możliwość interdyscyplinarnego zbliżenia	51
<i>Katarzyna Schmidt-Kwiecińska</i> , Multicentryczne spojrzenie na porządek prawny w perspektywie diachronicznej	65
<i>Beata Polanowska-Sygulska</i> , Herkules w stajni niewspółmierności	75

Etyka – krytyka – literatura

<i>Michał Krotoszyński</i> , Integracja zewnętrzna prawoznawstwa a badania nad sprawiedliwością tranzycyjną	83
<i>Przemysław Kaczmarek</i> , Tożsamość „wykonawcy poleceń” w roli zawodowej jako problem moralnej odpowiedzialności	93
<i>Marcin Pieniążek</i> , Teoria obietnicy w umowach wzajemnych na tle poglądów P. Ricoeura	105
<i>Paweł Sut</i> , Nienadążanie prawa za rozwojem społecznym a cele prawa	121
<i>Paweł Skuczyński</i> , Typy myśli krytycznej w prawoznawstwie. Od krytyki poznania do walki o uznanie	133
<i>Adam Dyrda</i> , Momosa pragmatyzm prawny: rzeczywiste granice teorii, rozsądne granice krytyki ...	149
<i>Lukasz Mirocha</i> , Narracja w prawie? Drogi recepcji pojęcia	163

Kognitywistyka – cybernetyka

<i>Wojciech Żaluski</i> , Nauki kognitywne a filozofia prawa	175
<i>Lukasz Górski</i> , <i>The Internet of Things</i> . Zagadnienia filozoficznoprawne	187

II. INTEGRACJA WEWNĘTRZNA NAUK PRAWNYCH**Interpretacja – język**

<i>Marcin Matczak</i> , Tekst prawny jako opis świata możliwego. Rozważania wstępne o modelu interpretacji prawniczej	199
<i>Agnieszka Doczekalska</i> , (De)kulturyzacja i (de)hybrydyzacja języka prawnego w procesie tworzenia i transpozycji prawa Unii Europejskiej	215
<i>Dobrochna Minich</i> , Wykładnia konstytucji a wykładnia prawa w zgodzie z konstytucją	227
<i>Konrad Łuczak</i> , Argument pragmatyczny w wykładni prawa administracyjnego	243
<i>Maurycy Zajęcki</i> , „Dobro wspólne” polskich koncepcji wykładni prawa. Próba parafrazy przy użyciu modelu interdyscyplinarnego rozwoju nauki Henka Zandvoorta.....	259
Autorzy	285

Wstęp

Oddajemy do rąk Czytelników tom opisujący jedno z najistotniejszych zagadnień prawoznawstwa – integrację nauk prawnych. Integracja ta dotyczy obszaru zarówno dziedzin, które tradycyjnie stanowią korpus wiedzy o prawie (mamy tu na myśli dogmatyki prawnicze wraz z naukami historycznymi i systematyzującymi, tj. dziedzinę teorii i filozofii prawa), jak i nauk, które powszechnie umieszcza się zdecydowanie poza horyzontem wyznaczającym obszar prawoznawstwa.

Takie spojrzenie na nauki prawne skutkowało pojawieniem się pojęcia integracji wewnętrznej i zewnętrznej prawoznawstwa, jako rezultatu tzw. wieloparadygmatyczności, czyli umiejętności i możliwości traktowania nauki prawa z perspektywy wielu obowiązujących wzorców uprawiania praktyki naukowej.

Ta postawa metodologiczna i przyjęcie szerokiej perspektywy wobec wielu rozwiązań składających się na problematykę wiedzy o prawie pozwala czerpać z licznych źródeł aktywności naukowej oraz może zdecydowanie rozszerzać i wzbogacać obszar prawoznawstwa. Zarówno zewnętrzne spojrzenie na pewne zagadnienia i regularności istniejące w problematyce prawa (spojrzenie z perspektywy nauk innych niż prawoznawstwo), jak i wzajemne przenikanie się wiedzy o prawie w ramach dogmatyk prawniczych, nauk historycznych oraz teorii i filozofii prawa – ma swoje istotne konsekwencje dla dwóch ogromnych dyskursów społecznych istniejących w dziedzinie prawoznawstwa, tj. tworzenia i stosowania prawa.

Teza mówiąca o wieloparadygmatyczności oraz postulat integracji zewnętrznej i wewnętrznej nauk prawnych pozwala również pogodzić powstały wiele lat temu na gruncie prawoznawstwa metodologiczny spór naturalizmu i antynaturalizmu. Obecnie można stwierdzić, że i naturalistyczny wzorzec analizy zagadnień prawoznawstwa, i antynaturalistyczne traktowanie jego problematyki wzbogaca perspektywę wiedzy o prawie, a także społecznie skutkuje (przynajmniej potencjalnie) lepszymi rozwiązaniami we wspomnianych już dyskursach tworzenia oraz stosowania prawa.

Analizując zagadnienie zewnętrznej i wewnętrznej integracji nauk prawnych, możemy wskazać co najmniej dwie płaszczyzny, czy też perspektywy, jej rozumienia.

Po pierwsze, możemy mówić o prostej, czy zwykłej, implementacji rozwiązań, które pojawiają się w obszarach innych nauk i samego prawoznawstwa. Z tego punktu widzenia można traktować integrację jako bezpośrednie

stosowanie rozwiązań oraz korzystanie z ich rezultatów, poprzez zwykłe przeniesienie istotnych i przydatnych wniosków z jednej dziedziny nauk do drugiej, bądź to z jakiejś gałęzi prawa do innej, bądź też z zewnętrznej nauki do którejś z dziedzin prawoznawstwa.

Po drugie, możemy mówić o postawie integracyjnej w komunikacyjnej wspólnocie prawniczej. Tutaj abstrahujemy już od patrzenia na zjawisko prawa w obojętny czy niezaangażowany sposób, np. z punktu widzenia ekonomisty czy psychologa i jego narzędzi rozwiązywania problemów istniejących w dyskursach prawniczych. Tu integracja – zarówno wewnętrzna, jak i zewnętrzna – polega na zjawisku rozumienia prawa i jego konstytuowania we wspólnocie prawniczej. W takim ujęciu możemy powiedzieć, z jednej strony, że postawa integracyjna prawniczej wspólnoty komunikacyjnej zakreśla granice prawa jako obiektu badań, chroniąc go przed niezaangażowanym punktem widzenia zewnętrznego naukowca, z drugiej zaś – że wyznacza kryteria relewancji dla nauk zewnętrznych, wskazując istotne przedmioty badań spoza samego prawoznawstwa.

Mając na względzie opisane wyżej ujęcie, możemy mówić o modelu integracyjnym, w którym daje się dostrzec (zgodnie z tezą wieloparadygmatyczności) nie tylko wielość perspektyw w dokonywaniu analiz z zakresu prawoznawstwa, lecz także konieczność uwzględniania wszelkich osiągnięć nauki i ewentualnie wskazywania jej rezultatów istotnych dla danego problemu prawnego. Można tu mówić o niezbędnym oddziaływaniu i koniecznej współpracy szeroko rozumianej nauki w metodologicznym modelu integracyjnym prawoznawstwa.

Oczywiście, w wielostronnej ocenie tak zakreślonego modelu nie należy zapominać o negatywnych stronach zjawiska integracji, gdyż obok jego pozytywnych aspektów pojawiają się niebezpieczeństwa, związane ze specyfiką każdej cząstkowej dziedziny wiedzy i stosowania jej metodologicznych postulatów do obszaru odrębnego naukowo – i to zarówno w procesie wewnętrznej, jak i zewnętrznej integracji prawoznawstwa. Takie wyzwania generowane są przez różnice w aparacie pojęciowym określonych zakresów badań, co może skutkować eklektyzmem, uproszczeniami, redukcjonizmem i błędami przesunięcia kategoryalnego, a w rezultacie potencjalnym zafalszowaniem rezultatów badawczych w prawoznawstwie.

Wszystkie zasygnalizowane powyżej zagadnienia stały się przedmiotem zainteresowania w prezentowanym tomie, który w naszej ocenie, oczekiwaniu i nadziei zostanie przychylnie przyjęty przez Czytelników.

Marek Zirk-Sadowski, Bartosz Wojciechowski, Tomasz Bekrycht

I

INTEGRACJA ZEWNĘTRZNA NAUK PRAWNYCH

POLITYKA

Andrzej Bator

Polityczne interpretacje analitycznej teorii prawa

1. Idea zewnętrznej integracji prawoznawstwa – bo zasadniczo do tej perspektywy integrowania się nauk prawnych dają się zaliczyć rozważania o związkach teorii prawa z polityką – raz po raz odżywa w polskiej teorii prawa. Odżywa niejako na przemian z tendencjami do podkreślania autonomii nauk prawnych i związanej z nimi praktyki prawniczej. Ostatnie kilka lub kilkanaście lat to zauważalny wpływ rozważań z tego drugiego nurtu, a jego znakiem wywoławczym mogą być debaty wokół prawniczej „władzy dyskrecjonalnej”. Na upowszechnienie się tej dyskusji duży wpływ miała zapewne znana polemika między H. Hartem a R. Dworkinem. W naszym wrocławskim środowisku tendencja ta została szczególnie mocno wyartykułowana w pracach naszego kolegi Artura Kozaka, w jego rozważaniach wokół tzw. juryscentryzmu¹. Idea autonomii prawa i praktyki prawniczej wobec zewnętrznego otoczenia naukowego i społecznego idzie zwykle w parze z wewnętrzną integracją prawoznawstwa, a rola integrująca przypisywana jest tu jakiejś wersji ogólnej nauki o prawie. Odżywa przy tej okazji przekonanie po stronie reprezentantów prawniczej nauki ogólnej, że teoria i filozofia prawa to nauki nie tylko dostarczające wiedzę o otaczającej nas rzeczywistości prawnej, lecz także, a może nawet przede wszystkim, wyposażające prawnika w narzędzia pojęciowe i umiejętności przydatne zarówno dogmatykom prawa, jak i zawodowej, głównie sędziowskiej, praktyce prawniczej, szczególnie w sytuacjach tzw. trudnych przypadków orzeczniczych. Na drugi plan schodzą wtedy pytania o naukowość prawoznawstwa, natomiast zaczyna dominować pytanie o użyteczność tej dyscypliny. Co więcej, pytania o naukowy status

¹ Zob. A. Kozak, *Granice prawniczej władzy dyskrecjonalnej*, Wrocław 2002, a także: idem, *Myślenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej*, Wrocław 2010.

prawoznawstwa uznawane są w takiej sytuacji za niewłaściwe nie tyle z uwagi na specyfikę tej dyscypliny, ile ze względu na przyczyny tkwiące w ogólnej metodologii naukowej – tj. nieadekwatność czy wręcz niedopuszczalność zastanych, a nawet w ogóle jakichkolwiek kryteriów naukowości. Taka pragmatycznie zorientowana teoria prawa nie poszukuje już jakichś własnych pytań, wyrastających z ogólnych założeń teoriopoznawczych, ale próbuje odpowiadać na pytania już zadane i uznane jako ważne z punktu widzenia nauk szczegółowych i zawodowej praktyki prawniczej.

Z kolei nurty integrujące prawoznawstwo od zewnątrz – a taką rolę w polskiej teorii prawa przez długie lata spełniały osiągnięcia lingwistyki, zaś ostatnio, jak się wydaje, także dorobek nauk kognitywnych – zwykle oznaczają jakąś postać naturalizmu, choćby w jego wersji metodologicznej. Integracja zewnętrzna dla prawoznawstwa – podobnie jak dla innych dyscyplin z kręgu nauk społecznych czy tzw. humanistyki – oznacza zazwyczaj potrzebę szukania jakichś wzorców naukowości, i wtedy, nieodmiennie, zaczynamy obserwować restaurację wpływów nauk z szeroko pojętego nurtu naturalistycznego. Oczywiście ten kierunek integracji wiąże się dla nauk prawnych z pewnym kosztem, a mianowicie: to nie prawo i praktyka prawnicza, w tym również prawnicze nauki szczegółowe, stają się dziedziną dla uprawiania ogólnej nauki o prawie; to raczej nauka prawa staje się odniesieniem dla twierdzeń i koncepcji powstających poza prawoznawstwem. Zwykle prowadzi to do uczynienia z teorii prawa (na filozofię prawa jest tu mniej miejsca) metodologii badań prawniczych (metodologii badań języka prawnego czy też metodologii prawniczych badań empirycznych). Dogmatycy prawa przestają się wtedy identyfikować, a nawet rozumieć, z teoretykami prawa. Pytania o użyteczność prawniczych badań teoretycznych dla zawodowej, w tym orzeczniczej, praktyki prawniczej uchodzą za nieadekwatne wobec poznawczych zadań badań teoretycznych, a nawet niestosowne (teorie naukowe mają tu mieć własne dziedziny rozważań). Liczy się tylko wewnętrzna struktura formułowanych twierdzeń, korespondencja z uniwersalnymi, podstawowymi twierdzeniami nauki. W zewnętrznym otoczeniu naukowym zaczynamy szukać wzorców dla uprawiania prawoznawstwa. Dzieje się tak nie zawsze z niezbędnym krytycyzmem, wynikającym z oczekiwań i potrzeb opartych na wewnętrznej perspektywie postrzegania prawa i praktyki prawniczej.

Jest jednak pewna wartość, która zdaje się łączyć zwolenników obu tych nurtów: jest nią przekonanie, że nauka prawa – a w przypadku nurtów zaliczanych do integracji wewnętrznej, nauka prawa wraz z zawodową praktyką prawniczą – powinna być politycznie neutralna. Ma to się dziać bądź to w imię nauki uniwersalizującej, zobiektywizowanej i przychodzącej do prawoznawstwa z zewnątrz, bądź też za sprawą lokalnej (środowiskowej, wewnętrznej) kultury prawnej, niedyspozytywnej dla pojedynczego prawnika, a budowanej (odtworzonej przez naukę prawa) w oparciu o zastaną tradycję prawną. Twardy grunt w postaci obiektywnej nauki i spełniającej pod tym względem podobną rolę kultury

prawnej ma tu stwarzać opór wobec polityki i polityków z ich skłonnościami do wykorzystywania nauki jako narzędzia legitymizowania określonych praktyk tworzenia i stosowania prawa oraz tendencji do instrumentalizacji prawa. W dalszych rozważaniach skupię się głównie na nauce prawa, kształtowanej w imię programu integracji zewnętrznej, próbując odpowiedzieć na pytanie: czy, i w jakim stopniu, ten kierunek uprawiania nauki jest – lub daje się – wykorzystywać dla działań politycznych. Wyboru analitycznej teorii prawa dokonuję z pełnym wyrachowaniem. Jest to bowiem ten typ refleksji, która nie tylko przez dziesiątki lat uchodziła – a zdaniem wielu nadal uchodzi – za najbardziej wpływowy w Polsce sposób uprawiania prawoznawstwa, lecz dodatkowo jeszcze wspiera się na dorobku (filozofia analityczna), który programowo odrzucał możliwość politycznego uwikłania nauki. Przy czym w mniejszym stopniu będzie mi chodziło o poszukiwanie jakiegoś „drugiego dna”, a bardziej – o ukazanie ewolucji założeń, na których wspierały się twierdzenia standardowo zaliczane do analitycznej teorii prawa. Ewolucję tę można, jak sądzę, potraktować jako swoistą miarę nie tylko złożoności, ale przede wszystkim zmienności relacji, które powstawały pomiędzy sformułowanymi przez tę naukę twierdzeniami o prawie i prawoznawstwie oraz zgłaszanymi w tych obszarach aspiracjami uznawanymi za oczekiwania polityczne.

2. Kilka uwag o rozumieniu polityki. W dalszych rozważaniach nie zamierzam podejmować problemu integracji prawoznawstwa z naukami politycznymi (teorią polityki). Jakkolwiek standardowe analizy, w których podejmowane są kwestie integracji zewnętrznej, dotyczą właśnie zagadnienia możliwości pożytkowania osiągnięć wypracowanych w ramach takiej lub innej nauki, to jednak w niniejszym opracowaniu chodzić będzie nie o politologię, lecz o politykę. Ściślej zatem rzecz ujmując: poniższe uwagi nie będą dotyczyły zewnętrznej integracji prawoznawstwa w tradycyjnym tego rozumieniu, lecz jedynie zewnętrznego wykorzystywania tych twierdzeń nauk prawnych, które bywają zaliczane do nurtu analitycznego. Rozważania niniejsze należałoby zatem umiejscowić bardziej w obszarze pytań o autonomię ogólnej nauki o prawie, aniżeli jej zewnętrznej integracji.

Aby jednak mieć nieco większą jasność, o jakie wykorzystanie dorobku nauki prawa tu chodzi, kilka uwag należy poświęcić samemu pojęciu polityki. I w tym przypadku nie jest moim zamiarem wchodzenie w rozległe politologiczne spory wokół pojmowania polityki. Przyjmę, do pewnego stopnia arbitralnie, tylko takie rozumienia tego pojęcia, które, jak miemam, mogą dać pożyteczny rekurs na obszar analitycznej teorii prawa. Chodzi zatem o takie rozumienia, które nadają się do śledzenia następstw w interesującym mnie obszarze. I tak, niech punktem wyjścia będzie Weberowskie rozumienie polityki, tj. jako: (a) działania społecznego zmierzającego do udziału we władzy lub wywierania wpływu na jej podział między państwami lub – co wydaje się dla tych rozważań ważniejsze – wewnątrz, między państwem, jednostkami i organizacjami oraz pomiędzy

jednostkami i organizacjami, z odwołaniem się do przemocy jako środka sprawowania władzy. Jednak polityka, to także (b') działalność celowa, sztuka lub zracjonalizowana (zinstrumentalizowana) umiejętność podejmowania decyzji w sferze publicznej (Arystotelesowskie „dobro wspólne”) lub (b'') aktywność zorientowana na przewycięzanie sprzecznych interesów poprzez negocjacje i kompromisy lub w ostateczności przemoc, służąca utrzymaniu ładu społecznego².

Wariant (a) to perspektywa pragmatyczna (pytamy: „kto ma władzę?”, „jak jest sprawowana?”), niekoniecznie zastanawiając się nad tym, czemu ta władza ma służyć, (b) natomiast wydaje się w większym stopniu zorientowany apragmatycznie (pytamy raczej o to, do jakiego rezultatu sprawowanie władzy ma doprowadzić – realizacji „dobra wspólnego” czy „ładu społecznego”?). Pomimo że (b') i (b'') dzieli odmienne pojmowanie struktury społecznej oraz sposobów działania (b' to wariant monocentryczny, zakładający tzw. racjonalność instrumentalną; b'' to wariant policentryczny, zakładający racjonalność komunikacyjną), to jednak tym, co je łączy, jest ujmowanie polityki jako wyboru, domagającego się jakiegoś *quantum* wolności po stronie działającego podmiotu (państwa, organizacji, jednostki). Polityka jest tu celowym, interesownym działaniem podmiotu, względnie dowolnym, bo uwarunkowanym okolicznościami (prawnymi, ekonomicznymi, kulturowymi etc.).

Pomysł, aby zestawiać „politykę” z dorobkiem analitycznej teorii prawa ma, jak się wydaje, sens w obu tych rozumieniach polityki. W wariacie (a) jest to pytanie o to, czy prawnicza wiedza analityczna daje jego dysponentowi (badaczowi, prawnikowi) „władzę” w sferze publicznej. Czy zawodowy przywilej „właściwego rozumienia” tekstów prawnych, poparty autorytetami akademickiej edukacji oraz instytucji, w ramach których prawnicy realizują swoją poznawczą aktywność, rzutuje na podział władzy w relacjach między państwem, jednostkami i organizacjami, z odwołaniem się do przemocy jako środka jej sprawowania? Zauważmy, że chodzi tu nie tyle o subtelności związane z ponowoczesną filozofią podejrzeń, a więc o jakąś ukrytą władzę interpretatora tekstów prawnych nad znaczeniem (choć i ten punkt widzenia wart jest odnotowania), ile o społecznie uprzywilejowaną pozycję prawnika w sporach o znaczenie, za którą stoi już jawna władza, a więc przymus prawny, pojawiający się jako konsekwencja rozstrzygniętego sporu o znaczenie. Ostatecznie to tzw. audytorium prawnicze władne jest decydować, które rozstrzygnięcie zostanie potraktowane jako należyście uzasadnione lub nie.

Jest zrozumiałe, że sami prawnicy nie są skłonni eksponować tego wymiaru polityczności własnej aktywności. Zasadniczo nie o władzy będą zatem mówić – bo ta wymaga demokratycznej legitymizacji (wybory) – lecz o „porządkowaniu” zastanej aparatury pojęciowej, mniej lub bardziej chaotycznie używanej przez prawodawcę, o wewnętrznym lub krytyczno-refleksyjnym aspekcie reguł czy

² Zob. M. Weber, *Gospodarka i społeczeństwo. Zarys socjologii rozumiejącej*, Warszawa, s. 17 i n.

o roli doktryny prawniczej w rozstrzyganiu tzw. trudnych przypadków. Wydaje się, że momentem przełomowym, ukazującym przejście od subtelnej władzy – odczytywanej zarówno przez nurt filozofii podejrzeń, jak i przez pragmatycznie zorientowaną teorię prawa – do polityczności jawnej (publicznej) staje się orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Składy osobowe TK, jak wiadomo, licznie wspierane przez środowisko akademickie, upowszechniają wypracowane przez siebie normatywne kryteria oceny poprawności technik redagowania i interpretowania tekstów, co nierzadko przecieży skutkuje uznaniem ich za niekonstytucyjne. Oddziaływanie dorobku nauki prawa na materię prawodawczą, będącą przecieży wytworem parlamentarnej polityki, jest tu mocno widoczne i nierzadko bywa krytykowane przez samych polityków. Rozstrzygnięcia TK, w szczególności gdy dotyczą samych polityków, trafiają nawet na pierwsze strony gazet, a przecieży bywa, że w uzasadnieniach tych rozstrzygnięć kryją się analizy oparte na niejasnych dla wielu uczestników życia politycznego argumentacjach, odwołujących się do konstrukcji pojęć prawniczych³. Pojawia się wtedy ze strony polityków zarzut nielegitymizowanej demokratycznymi wyborami władzy prawników.

Kategoria audytorium prawniczego nabiera tu cech realnych. Środowisko prawnicze, w tym także akademickie, samo staje się stroną w sporze politycznym. Nauka prawa stwarza tu „opór” demokratycznej polityce, ogranicza sfery wpływów tej ostatniej. Jeżeli zatem polityka w znaczeniu (a) są to działania „zmierające do udziału we władzy lub wywierania wpływu na jej podział między [...] państwem, jednostkami i organizacjami [...], z odwołaniem się do przemocy”⁴, to limitowanie rozmiarów tego udziału w demokratycznej polityce przez doktrynę prawniczą ma tu już cechy polityczności. O nauce prawa można zatem powiedzieć, że – w znaczeniu (a) – „ma władzę” lub „ma wpływ” na rzeczywisty podział władzy między państwem, jednostkami i organizacjami.

Czy można podobnie twierdzić o wpływie nauki na politykę rozumianą w znaczeniu (b)? Tutaj z góry zakładamy określony kształt rezultatu działań politycznych (publiczne „dobro wspólne”, oparty na kompromisie „ład społeczny”), wraz z towarzyszącą temu strategią zmierzającą do osiągnięcia takich rezultatów. Wybór wartości politycznych powinien być legitymizowany demokratycznymi wyborami, a dobór strategii – skutecznością ich realizacji. Tak rozumiana

³ Przykładem takiej walki z użyciem narzędzi analitycznych może być głośne orzeczenie TK w sprawie sporów kompetencyjnych (premier – prezydent). Orzeczenie to odwoływało się do rozróżnienia kompetencji jako „formalnego tytułu do reprezentowania” państwa przez prezydenta i „merytorycznego kształtowania polityki zagranicznej” przez premiera i rząd. Ostateczna „przemoc prawna” TK miała służyć władzy jako „utrzymaniu ładu społecznego”. I wydaje się, że taką rolę w tamtym czasie spełniła. Szerzej na ten temat piszę w artykule: *Publicznoprawne spory kompetencyjne. Na przykładzie dwóch konfliktów politycznych*, [w:] A. Choduń, S. Czepita (red.), *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, Szczecin 2010, s. 576 i n.

⁴ Zob. przyp. 2.

polityka jest zawsze działaniem „na rzecz” jakiejś sprawy, jakichś wartości, ma zatem swój wymiar pozytywny. To właśnie w tej perspektywie pojawiają się pytania o ewentualną polityczną odpowiedzialność bądź za sam program działania, bądź też za skuteczną lub nieskuteczną jego realizację. Nauka w tej sferze pojmowania polityki musi zachować szczególną ostrożność, jeśli nie chce się narazić na narzut niedemokratycznego udziału we władzy. Dotyczy to w szczególności sytuacji opowiadania się – z powołaniem się na autorytet instytucjonalnej nauki – za takimi lub innymi wartościami politycznymi. Jednak w kwestii doboru odpowiednich strategii realizacji tychże wartości pojawi się miejsce na argumentację, od której nauki zasadniczo odseparować się już nie da. W wariancie (b) rozumienia polityki rozsądne zapewne wyda się pytanie o to, czy i w jakim stopniu dorobek analitycznej teorii prawa (dostępny zasób pojęć języka tej nauki oraz uznane sposoby argumentacji z użyciem pojęć tego języka) nadaje się do roli narzędzia uzasadniania decyzji realizujących państwowe, grupowe czy indywidualne interesy? W tym przypadku będzie chodziło o granice wolności działania prawnego ze strony państwowego prawodawcy lub prywatnej jednostki lub organizacji – wolności limitowanej przez ukształtowane na gruncie analitycznej teorii prawa językowe standardy wyrażania i rozumienia normatywności tekstu prawnego. I w tym zatem przypadku należałoby powtórzyć myśl już wyrażoną powyżej, tj. w kontekście polityki ujętej jako (a) – mianowicie, że osiągnięcia nauki prawa stwarzają tu opór wobec demokratycznej polityki, ograniczając sferę wpływów polityki na tworzenie i stosowanie prawa, poprzez możliwość uznania pewnych strategii argumentacyjnych za niedopuszczalne lub wątpliwe.

3. Co to jest analityczna teoria prawa? Nie chcąc wkraczać w bardzo rozległe, kontrowersyjne, obudowane obszerną literaturą dyskusje wokół pytania o tzw. podejście analityczne lub metodę analityczną⁵, pozwolę sobie wyłącznie dla potrzeb niniejszych rozważań zaproponować następującą dystynkcję: (a) ujęcie tradycyjne, które można też określić jako strukturalne; (b) (neo)pragmatyczne lub poststrukturalne, wreszcie (c) nurt badawczy, łączony z programem tzw. socjolingwistyki. Wydaje się, że każda z tych perspektyw badawczych znalazła zauważalny, choć oczywiście zróżnicowany, rezonans w teorii prawa. Przywołana wyżej triada nie ma jednak na celu śledzenia zróżnicowanych wpływów ogólnej metodologii badań nad językiem na teorię prawa. Chodzi o cel dużo skromniejszy, a mianowicie o zwrócenie uwagi na to, jak wraz ze zróżnicowaniem założeń w badaniach nad językiem zmieniał się charakter możliwych relacji pomiędzy odpowiednimi twierdzeniami nauki a politycznym – w znaczeniach wyżej zaproponowanych – wymiarem ludzkiego działania. Rozróżnienia *sub* (a) i (b) potraktuję nie tylko jako opozycyjne perspektywy ujmowania językowego wymiaru prawa, lecz także jako wyraz zauważalnych przemian w stosowanych

⁵ Ogólną charakterystykę wraz z prawniczą aplikacją można znaleźć w pracy: J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze*, Zakamycze 2004.

podejściach w ramach badań nad problematyką języka. W zgodzie z ogólniejszymi tendencjami, zauważalnymi na gruncie metodologii naukowej, również w prawoznawstwie daje się zauważyć tendencja do odchodzenia od ujmowania prawa jako zbioru wypowiedzi legitymujących się jakimiś uniwersalnymi cechami, pozwalającymi zredukować rzeczywiste wypowiedzi prawodawcy do jakiegoś jednego, prostego schematu językowego (prawo jako struktura porządkująca językowo jednorodne wypowiedzi) w kierunku rozważań mocniej akcentujących aktywizm prawniczej praktyki językowej (prawo jako zachowanie językowe). Znajdujemy się obecnie w fazie przejściowej, w której wpływy obu tych nurtów w badaniach nad językiem są ciągle jeszcze (lub już) znaczne. Współcześnie wydają się w dużej mierze konkurencyjnymi narracjami, narzucającymi nie tylko odrębne języki i odmienne pytania, ale w pewnych sytuacjach nawet postrzegane jako wyraz środowiskowego podziału, tj. pomiędzy zwolennikami tradycyjnego stylu uprawiania prawniczej analityki, zaznaczonego dorobkiem wielu znakomitych postaci polskiej teorii prawa, a młodszym pokoleniem. Z tych też powodów swój komentarz do analitycznego teoretyzowania na sposób (a) i (b) przedstawię równolegle, konfrontując ze sobą obie te perspektywy. Natomiast świadomie rezygnuję ze śledzenia tego rodzaju następstw w programie badawczym realizowanym w ramach socjolingwistyki. Oceniam go bowiem jako najbardziej politycznie (aksjologicznie) neutralny. Dodatkowo nurt ten wydaje się mieć dużo słabiej ugruntowaną pozycję w polskiej teorii prawa.

Pierwsze (a) z proponowanych ujęć nauk analitycznych można wywieść z dorobku logicznego empiryzmu („Koło Wiedeńskie”, „wczesny” Wittgenstein, częściowo także polska „szkoła lwowsko-warszawska”). Środowiska te kierowały się ideą uczynienia z języka – w przypadku tradycji kontynentalnej chodziło przede wszystkim o język nauki – precyzyjnego, neutralnego aksjologicznie, oderwanego od metafizyki (w tym również od zmiennych uwarunkowań natury politycznej), uniwersalnego narzędzia poznania rzeczywistości pozajęzykowej. Oczywiście zamysł, aby budować tego rodzaju język naukowy był zapewne starszy aniżeli plany wymieniowych wyżej środowisk. Warto tu przywołać chociażby wzorowane na matematyce projekty Leibniza czy Kartezjusza. Tym niemniej to dopiero od drugiej i trzeciej dekady XX w. można mówić o programie budowania analitycznej teorii naukowego poznania. Ewolucja tego nurtu – a w szczególności to, co powstało z późniejszej krytyki założeń logicznego empiryzmu – ukazuje proces, który można określić jako teoriopoznawczą emancypację filozofii analitycznej. Punktem wyjścia była potrzeba reformy zastanego sposobu uprawiania filozofii, tzw. filozofii spekulatywnej, i uczynienia z niej nauki zdolnej do formułowania weryfikowalnych twierdzeń. Dyskusja wokół tzw. zdań protokolarnych (Schlick, Neurath) czy zdań atomowych (Wittgenstein) ukazywała wyjściowe pytania tego nurtu o elementarne, empiryczne, a zarazem neutralne (bezzałożeniowe) składniki naukowego poznania. Opisowy i empiryczny status poznania naukowego jest tu dobrze widoczny. Jednak już przejście od opisu

faktów prostego doświadczenia do zdań wyrażających związki otworzyło drogę do twierdzeń, którym od metafizyki w pełni nie udało się uciec. Skoro bowiem w myśl zasady ekstensjonalności wartość logiczna zdania złożonego jest funkcją wartości logicznej zdań prostych, to – w manierze językowej tzw. atomizmu logicznego – prowadzi to do takiej oto konsekwencji, iż świat ma mieć strukturę gramatyki doskonałego języka (Wittgenstein, Russel, Whitehead). Empiryczny fundament budowania metody analitycznej otworzył drogę do tego, z czym podejście analityczne będzie kojarzone i krytykowane w okresie późniejszym – a więc nie tylko za formalizm (zdania proste wchodzą do systemu języka, a ich forma powiązana jest ze składnią języka), lecz także za przeniesienie ciężaru początkowych zainteresowań nauki z badań nad rzeczywistością na badania nad samym językiem nauki⁶. To nauka staje się celem analizy logicznej, dokonywanej pod kątem poprawności konstruowanych pojęć, posługiwania się nimi jako elementami składowymi twierdzeń czy wreszcie porządkowania twierdzeń w systemy wiedzy określane jako teorie naukowe. Uprawianie nauki na sposób analityczny prowadzi wskutek tego do budowania normatywnej metodologii badań. Badania nad światem pozajęzykowym przy zastosowaniu (zbudowaniu) adekwatnego języka nauki zastąpione zostają badaniami samego języka nauki. Potrzeba budowania zorientowanej empirycznie teorii opisowo-wyjaśniającej ustępuje miejsca metodologii badań naukowych, i to ta ostatnia staje się wzorcem dla praktyki naukowej. Empiryczne racje leżące u podstaw filozofii analitycznej wywiodły tę filozofię na obszary, które z wyjściowymi założeniami zdawały się mieć coraz mniej wspólnego.

Dziś pytani o to, czym zajmuje się filozofia analityczna, odpowiadamy zwykle, że językiem – naukowym bądź potocznym – interpretowanym w intencji uczynienia zeń odpowiednio jasnego i precyzyjnego narzędzia komunikacji, różnego choćby od języka literatury pięknej. Działalność filozofów analityków zaczyna być uznawana za aktywność typowo akademicką, która nie rości sobie pretensji do oddziaływania na życie społeczne i polityczne. Nie znaczy to jednak, że jest to aktywność pozbawiona wpływu na postawy ludzkie. Z jednej strony bowiem sprzyja kształtowaniu się postawy krytycznej wobec zastanych poglądów czy bezrefleksyjnie propagowanych ideologii, a z drugiej – nie narzuca żadnego światopoglądu czy ontologicznej wizji świata⁷. Jest niekiedy uważana za naukę wzorcową, bo możliwą do przyjęcia potencjalnie przez każdego, ale zarazem wymagającą dużej wiedzy i świadomości po stronie badacza. Oczywiście tak sytuowana nauka programowo staje się afilozoficzna, w tradycyjnym – tzw. spekulatywnym – rozumieniu filozofii jako pewnej wartościowanej (aprobowanej lub krytykowanej) wizji porządku społecznego. Odpowiednio, nie ma tu również miejsca na programy polityczne, zarówno w sensie udziału we władzy

⁶ Por. K. Popper, *Logika odkrycia naukowego*, Warszawa 2002.

⁷ T. Szubka, *Filozofia analityczna. Koncepcje, metody, ograniczenia*, Wrocław 2009, s. 27.

(wywierania wpływu), jak i w znaczeniu celowej działalności służącej realizacji pozytywnych programów czy też przewyciężania konfliktów. Typowe dla analityków odwołujących się do rodowodów logicznego empiryzmu było przeciwstawianie teoretycznego porządku poznawczego i praktycznego porządku preferencji, decyzji i działania⁸. Odpowiednio do tego, analityczna teoria prawa musiała być bardziej ceniona przez tych, którzy mocniej aspirowali w stronę neutralnej światopoglądowo naukowości prawoznawstwa aniżeli jego praktycznej, w tym również politycznej, użyteczności.

Racje, które leżą u podstaw drugiego podejścia (b) dobrze oddają słowa M. Siemka, którymi filozof ten próbował ukazać różnicę między Kantem i Fichtem:

poznające myślenie nie jest tylko formą działalności czysto idealnej, myślowej, lecz „uczestniczy bezpośrednio w wytwarzaniu rzeczywistości”. Ludzki świat jest zawsze „teoretyczno-praktyczny”, a aktywność naukowa zarówno wiedzo-, jak i bytotwórcza⁹.

Ideę tę w sposób radykalny zrealizował tradycyjny pragmatyzm. Współcześnie, w wersji słabszej, często zmutowanej w idei łącznia pojęciowych konstrukcji naukowych ze społecznym, w tym politycznym, aktywizmem jednostki bądź grupy, do idei tej nawiązują różne odmiany neopragmatyzmu. Nurt ten, w niektórych przynajmniej środowiskach, kształtował się jako wewnętrzna, krytyczna postawa wobec tradycji logicznego empiryzmu. Czasami przejawiało się to przełomem radykalnym, w pełni świadomym podważeniem wcześniej przyjmowanych poglądów (L. Wittgenstein), innym razem – utratą młodzieńczej sympatii i naukowego szacunku dla uprzednio akceptowanych poglądów (R. Rorty), kiedy indziej wiązało się to z potrzebą przewyciężenia dogmatyzmu i izolacjonizmu uprawianej przez siebie refleksji filozoficznej (H. Putnam). U jeszcze innych prowadziło to tylko do pewnego złagodzenia poprzednio przyjmowanych poglądów (amerykański okres R. Carnapa). Lista (oczywiście niepełna) tych nazwisk, wielce wpływowych w ostatnich dziesięcioleciach dla naukoznawstwa, pokazuje pewną znaczącą tendencję co do kierunku ewolucji filozofii analitycznej. Najprościej chyba dałoby się tę tendencję określić jako otwieranie się przez filozofię języka na argumentacje i potrzeby praktyki społecznej, jako zgodę nie tylko na potrzebę dostosowywania się założeń nauki do praktyki społecznej, lecz także na jakiś wariant partycypacji w kształtowaniu tej praktyki. A przecież obok nurtu opartego na przewartościowywaniu swoich własnych założeń, liczne i coraz bardziej wpływowe okazują się współcześnie podejścia, które były lub są niejako programowo krytyczne wobec logicznego empiryzmu – na którego krytyce niemal zbudowały swoją pozycję w środowisku naukowym (różne nurty tzw. filozofii krytycznej czy też postmodernizm, idący najradykalniej tą właśnie drogą).

⁸ T. Szubka, *Neopragmatyzm*, Toruń 2012, s. 71.

⁹ M. J. Siemek, *Poznanie jako praktyka (prolegomena do przyszłej epistemologii)*, [w:] idem (red.), *Marksizm w kulturze filozoficznej XX wieku*, Warszawa 1988, s. 21.

Dzisiaj konsekwentne uprawianie filozofii analitycznej opartej na klasycznych założeniach logicznego empiryzmu wymaga już sporego samozaparcia, a nawet odwagi w ścieraniu się nowymi naukowymi żywiołami.

Na tle zarysowanej wyżej tendencji w obrębie filozoficznej refleksji nad językiem sytuacja, w jakiej znalazło się obecnie prawoznawstwo, wydaje się skomplikowana z jeszcze jednego powodu. Nauka prawa – przynajmniej od czasu, gdy rozbudziła w sobie aspiracje do „naukowości” i wyszła poza rolę użytecznego dla praktyki zawodowej komentatora tekstów prawodawcy – zawsze miała status nauki aplikatywnej. Jej próby dopasowywania się do standardów naukowości w znaczący sposób były powiązane z tym, jak owe standardy były ujmowane na zewnątrz prawoznawstwa; jakie tendencje, wzory, a nawet mody dawały się zaobserwować w naukoznawstwie. Niewątpliwie, przynajmniej dla polskiej teorii prawa ostatnich kilkudziesięciu lat, to właśnie szkoła analityczna była takim wzorcem. Jedną z prac przełomowych dla budowania zrębów polskiej powojennej teorii prawa było opracowanie J. Wróblewskiego *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, w której autor wprost nawiązuje do inspiracji dorobkiem szkoły lwowsko-warszawskiej, a przede wszystkim do koncepcji znaczenia K. Ajdukiewicza¹⁰. Wpływ na polskie prawoznawstwo wzorców analitycznych dających się kierunkowo lokować w obrębie podejścia wyróżnionego *sub (a)* był znacznie szerszy, choć oczywiście niejednorodny (np. środowisko poznańskie czy J. Wołęński). Kryzys tego właśnie wzorca, a przynajmniej jego zmniejszająca się w ostatnim czasie atrakcyjność wśród samych filozofów¹¹, musi też rodzić konfuzję po stronie teoretyków prawa, dla których tego rodzaju zewnętrzne wzorce integracji naukowej zawsze były istotne. Jeżeli bowiem osłabieniu ulega ogólny paradygmat uprawiania nauki o języku, to dezorientować to musi naukę badającą pewien język peryferyjny; naukę, która na swoim obszarze stawia sobie za zadanie aplikowanie takiego wzorca¹². Trzeba tu jeszcze dodać, że także od strony prawoznawstwa klimat ostatnich dziesięcioleci nie był sprzyjający, a to za sprawą ekspansji różnych wariantów tzw. niepozytywistycznych ujęć prawa, które bądź to odwołują się do łagodniejszej wersji uprawiania analitycznej teorii prawa, zbliżonej do wariantu *sub (b)* (teorie argumentacji, hermeneutyka), bądź też w ogóle odsuwają na dalszy plan językowy wymiar prawa (np. ekonomiczna analiza prawa). Wydaje się, że tego rodzaju tendencje w obrębie teorii i filozofii prawa nie powinny być traktowane jako czynniki niezależne, wzmacniające trendy

¹⁰ Zob. J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, Warszawa 1959, s. 16.

¹¹ Zob. portal internetowy „Diametros” i przeprowadzona tam debata wokół współczesnego stanu filozofii analitycznej.

¹² W artykule pt. *Czy koniec teorii prawa?* (autorzy: A. Bator, Z. Pulka, A. Sulikowski), zawartym w tomie: P. Jabłoński (red.), *Czy koniec teorii prawa? Z zagadnień teorii i filozofii prawa*, Wrocław 2011, s. 27 i n., próbowaliśmy pokazać m.in. zmniejszające się zainteresowanie młodszego pokolenia polskich teoretyków prawa tradycyjną problematyką analityczną i zastępowania jej filozofią prawa, w tym głównie filozofią społeczną (polityczną).

w filozofii ogólnej i metodologii naukowej, lecz raczej przeciwnie – jako wyraz ogólnego klimatu, szerszej tendencji, której pewnym fragmentem jest depozytywizacja naukowej i zawodowej refleksji prawniczej.

Poniżej zarysowuję kilka różnic w podejściu do problematyki językowej, będących następstwem wyodrębnionych wariantów uprawiania filozofii analitycznej. Oczywiście dystynkcje te nie aspirują do kompletności. Chodzi tylko o takie, które wydają się inspirujące z punktu widzenia charakterystyki stanu, a także przemian dających się obserwować w teorii prawa podejmującej problematykę języka. Odniesieniem szczególnie mnie interesującym jest obszar polskiej teorii prawa.

4. W ramach pierwszego z dwóch wyróżnionych sposobów pozycjonowania nauk analitycznych jawnie deklaruje się światopoglądową, etyczną, w tym również polityczną neutralność problematyki podejmowanej przez naukę. U podstaw tej tradycji znajdujemy opozycję pomiędzy filozofią analityczną i spekulatywną. Nie ma mowy o jakichkolwiek nowych prawdach czy nieznanach wcześniej problemach, lecz jedynie o systematyzacji zastanej wiedzy i rozjaśnianiu problemów, które w sposób niedoskonały, intuicyjny, już skądinąd znamy. W tym sensie filozofia analityczna jest zawsze refleksją krytyczną wobec tego, co w języku nauki (a także w języku potocznym, zasadniczo nieodbiegającym pod tym względem od języka nauk spekulatywnych) już występuje i co jest nam znane. Filozofia analityczna odcinana tu jest od wymiaru doktrynalnego, a w istocie rzeczy staje się metodologią badań naukowych, adresowaną przede wszystkim do środowiska akademickiego. Od filozofii analitycznej nie można zatem oczekiwać, że rozstrzygnie jakiegokolwiek zagadnienie absorbujące społeczeństwo, gdyż tylko nauki empiryczne są kompetentne tego rodzaju zagadnienia podejmować i rozstrzygać¹³. Naukom analitycznym pozostaje przygotowywanie narzędzi docelowo użytecznych w badaniach empirycznych, choć wysoka specjalizacja i silna tendencja do autonomizacji tej nauki często prowadziły do zarzutu zapoznawania tej pierwotnej (empirycznej) funkcji¹⁴. Pod tym względem konkurencyjny, neopragmatyczny sposób konceptualizowania problematyki językowej opowiada się za udziałem filozofii w życiu publicznym. Filozofia nie powinna być wyłącznie dyscypliną akademicką, gdyż jej zadaniem jest „proponowanie szeroko zakrojonych zasad, aby wszyscy, a nie tylko intelektualiści i decydenci, mogli je rozważać, dyskutować i brać pod

¹³ E. Nagel pisał, że filozofia analityczna „dostarcza spokojnych, zielonych pastwisk dla analizy intelektualnej, na które jej zwolennicy mogą uciec z niespokojnego świata i uprawiać tam swoje gry intelektualne z obojętnością szachistów. Zaraz jednak dodawał, że jest także błyszczącym mieczem pozwalającym kłaść kres irracjonalnym przekonaniom [...]. Jest zarówno rozrywką samotnika, jak i niezwykle poważnym i ryzykownym przedsięwzięciem” – cyt. za: T. Szubka, *Filozofia analityczna...*, s. 16.

¹⁴ B. Stroud nieco złośliwie pisał, iż kategoria naturalizmu w teoriach analitycznych funkcjonuje nieco podobnie jak idea światowego pokoju („wszyscy się z nią zgadzają, ale w szczegółach mają ją gdzieś”) – cyt. za: T. Szubka, *Filozofia analityczna...*, s. 218.

uwagę¹⁵. I chociaż takie zasady nie są w stanie dostarczyć racji dla dokonania wszelkich stojących przed jednostką życiowych wyborów, to jednak mogą jej refleksyjnie pomóc w dokonywaniu takich rozstrzygnięć.

Wyrazem pierwszego z tych podejść w prawoznawstwie była deprecjacja tradycyjnej filozofii prawa z jej odwiecznymi pytaniami o właściwy sposób urzędzenia państwa i społeczeństwa (sprawiedliwość ustrojów), etyczność sądów i prawników czy polityczność prawodawców. Zagadnienia tego rodzaju wpisane zostają do filozofii spekulatywnej, a tym samym zostaje im odjęty atrybut nauki. Odwrócenie tej tendencji, przynajmniej w polskich warunkach, następuje dopiero w latach 90. Dzisiaj ten typ problematyki wraca i nawet zdaje się dominować, co jest widoczne szczególnie w młodszym pokoleniu przedstawicieli ogólnej nauki o prawie¹⁶. Warto zauważyć, że w okresie poprzedzającym tę – do pewnego stopnia również pokoleniową – przemianę spora część prac i konferencji naukowych, reprezentatywnych dla okresu dominacji nurtu analitycznego w polskiej teorii prawa, właśnie termin „metodologia” – na różny sposób odmieniany – miała w swoim tytule¹⁷. Oczywiście wyrażenia zawarte w tytułach prac to bardzo powierzchowny sposób argumentacji, tym niemniej orientowanie się na takie lub inne pojęcia jest zapewne nie bez znaczenia dla identyfikacji roszczeń i aspiracji, którymi kierują się piszący.

Neopragmatyczny sposób interpretowania problematyki językowej zdaje się umniejszać rolę metodologii w badaniach naukowych, w tym również prawnych. W ramach tego nurtu badacze są bardziej zainteresowani rzeczywistymi, wyrastającymi z określonej praktyki, niejako zatem „gotowymi” problemami, aniżeli metateoretycznymi kryteriami wewnętrznej spójności twierdzeń, ich logiczną strukturą czy sytuowaniem własnych twierdzeń w perspektywie ogólniejszych wzorców naukowości. Jeżeli teoria naukowa miała być wcześniej

¹⁵ H. Putnam, J. Boros, *Philosophy should not be just an academic discipline. A dialogue with Hilary Putnam*, „Common Knowledge” 2005, no. 1, s. 134.

¹⁶ Pokazujemy to na licznych przykładach – por. A. Bator, Z. Pulka, A. Sulikowski, *Czy koniec teorii prawa?*, s. 27 i n. (punkt ten nosi znamieny tytuł: *Pierwsza odpowiedź na kryzys: nowa filozofia prawa*).

¹⁷ Jest dość charakterystyczne, że prace z okresu lat 70. i 80. wprost odwoływały się do metodologii (np. A. Łopatka (red.), *Metody badania prawa. Materiały z sympozjum. Warszawa 28–29 kwietnia 1971 r.*, Wrocław 1973; J. Wróblewski (red.), *Zagadnienia metodologiczne prawoznawstwa. Materiały z sesji naukowej, Łódź 27–28 marca 1980 r.*, Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1982; Z. Ziemiński, *Metodologiczne podstawy prawoznawstwa*, Warszawa 1974; idem, *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, Warszawa 1983). Natomiast w połowie lat 80., choć nie zanika jeszcze termin „metodologia”, to w tytułach opracowań zaczyna pojawiać się również „filozofia prawa” (np. mimo że VIII Zjazd Katedr, który odbył się 1985 r. był jeszcze „Zjazdem Teoretyków Państwa i Prawa”, to już w tytule konferencji znajdujemy „Problemy metodologii i filozofii prawa”. Dla okresu przejściowego charakterystyczny może być też tytuł pracy K. Opałka i J. Wróblewskiego: *Prawo – metodologia, filozofia, teoria prawa*, Warszawa 1991). Współcześnie termin „metodologia” w związkach frazeologicznych z nauką prawa przeżywa dość wyraźny kryzys.

pozbawiona swojego przedmiotu (liczył się typ pytań, struktura twierdzeń, bowiem „teoretyzowanie» jest samo metodą”¹⁸), to o wypierających ten sposób myślenia nurtach neopragmatycznych można powiedzieć, że przywróciły nauce jej przedmiot, a tym samym w pewien sposób przywróciły jej też poczucie rzeczywistości. Dużo łatwiej jest deklorować apolityczność metodologii naukowej niż składać podobne deklaracje wobec takiej czy innej praktyki społecznej – nawet wtedy, gdy dotyczy ona tylko wymiaru językowego. Tradycyjny sposób teoretyzowania, przynajmniej według standardów starszego pokolenia teoretyków, sprowadzający teorię prawa do metodologii badań prawniczych zastępuje dziś coraz mocniej etyka dyskursu prawniczego. Pytania o to, w jaki sposób należy (naukowo) badać prawo coraz częściej bywa zastępowane pytaniem, w jaki sposób należy (etycznie) komunikować i argumentować na rzecz roszczeń i uprawnień w dyskursie prawniczym. Pytanie, „jak działać” w sposób poprawny w obszarze nauki zasadniczo jest takie samo, jednak obszary, których to pytanie dotyczy, uległy znacznemu przesunięciu. Również rygory separowania tego, co „naukowe” i tego, co „praktyczne” uległy w tym drugim kontekście poważnemu osłabieniu.

5. W ramach pierwszego podejścia poszukiwano uniwersalnego, formalnego – i najlepiej wspólnego wszystkim naukom – języka nauki. Uniwersalizm był powszechną zachętą do integracji w imię jakiejś ogólnej zasady. Prawoznawstwo miało się na zewnątrz integrować z naukami uznawanymi za metodologicznie lepiej rozwinięte (dla analityki prawniczej były to zazwyczaj logika i wzorowana na strukturalizmie lingwistyka). W prawoznawstwie wyrazem tego była dyskusja m.in. wokół tzw. formalizmu prawniczego, gdy chodzi o standardy stosowania prawa (sylogistyczny wzorzec podejmowania decyzji) oraz propozycja stosowania procedury redukcji w badaniach nad językiem norm (idea sprowadzenia wszelkich dostępnych nauce wypowiedzi normatywnych do jednego schematu językowego, np. norm nakazu/zakazu). Oczywiście leżące u podstaw takiego podejścia dążenie do pojęciowej prostoty języka nauki oraz zasada ekonomii w postępowaniu badawczym wydawały się racjami bardzo odległymi od jakichkolwiek interpretacji politycznych. Chyba że jako miarę polityczności („władczości” – w sensie wcześniej przywołanym) przyjmujemy ponowoczesną, krytyczną wrażliwość na pochodzący z zewnątrz intelektualny przymus stosowania przez teorię prawa standardów dyskursu naukowego, wytworzonych na zewnątrz prawoznawstwa. Uniwersalizm badawczy jest bowiem podejściem, który przez różne warianty tzw. filozofii krytycznej łączony jest z tzw. intelektualną przemocą¹⁹.

¹⁸ J. Woleński, *Dyscyplina a teoria naukowa*, „Zagadnienia Naukoznawstwa” 1983, z. 1–2, s. 9. Z kolei T. Szubka pisze, że „Jedność filozofii analitycznej nadaje nie specyficzny dla niej przedmiot, gdyż takiego nie ma, lecz metoda analizy, która nie prowadzi do odkrycia nowych prawd o świecie, lecz rozjaśnia to, co skądinąd już o świecie wiemy” – T. Szubka, *Filozofia analityczna...*, s. 21.

¹⁹ Postmodernizm to nowy „stan ducha”, powiązany z odrzuceniem modernistycznej obsesji „poszukiwania całości za wszelką cenę” – J.-F. Lyotard, *Metzler Philosophischen Lexikon*, Stuttgart 1989, s. 486.

Natomiast od wewnątrz integracja prawoznawstwa miała mieć miejsce w relacji: teoria prawa – szczegółowe nauki prawne, co miało następować z wiodącym udziałem teorii prawa. Nauki szczegółowe wykazywały bowiem zawsze tendencje do pojęciowej oraz przedmiotowej emancypacji²⁰. I tutaj zatem integrowanie się miało się dokonywać pod wpływem wiedzy ogólnej. „Rozstrzyganie problemów dogmatycznych, jak każda inna rozsądnie uporządkowana działalność ludzka, musi się [...] opierać na pewnej choćby prowizorycznie zarysowanej teorii”²¹. W imię takiego programu poszukiwano właściwej dla całego porządku prawnego formuły normy prawnej, powszechnych reguł wykładni prawa czy uniwersalnego zbioru reguł identyfikacji źródeł prawa. Z natury rzeczy pojęcia tego rodzaju musiały w większym stopniu legitymować się spójnością samej swojej konstrukcji aniżeli właściwościami natury semantycznej, a tym bardziej pragmatycznej. Te drugie bowiem aspekty badań nad językiem wcale nie musiały już sprzyjać potrzebie takiej uniwersalizacji pojęciowej. Cywilistyczne czy administratywistyczne odmienności w posługiwaniu się pojęciami (regułami) wypracowanymi na gruncie ogólnej nauki o prawie traktowano w najlepszym razie jako egzemplifikacje (kontekstowe warianty) jakiegoś pojęcia ogólnego.

Neopragmatyzm rezygnuje z formalizacji języka i uniwersalizacji pojęć na rzecz badania językowych kontekstów użycia. Język jest tu adaptowany i wykorzystywany dla potrzeb społecznych, w tym m.in. do dokonywania (uzasadniania) rozstrzygnięć prawnych. Prawnicze konstrukcje językowe (pojęcia, reguły) uzyskują status co najmniej względnie autonomicznych składników własnego dyskursu, z sobie właściwymi pytaniami i sposobami udzielania odpowiedzi. Pytanie o formalnie poprawny sposób dochodzenia do konkluzywnych decyzji opartych na schemacie zbliżonym do sylogizmu zastępowane jest pytaniem o przekonujący sposób argumentowania na rzecz określonego rozstrzygnięcia w warunkach, na które składa się zastany i zasadniczo niedyspozytywny zestaw pojęć, reguł, zasad i wartości (np. zbliżony do Habermasowskiej uniwersalnej pragmatyki). Mniej istotny staje się rezultat, a więc pewność dojścia do określonego rozstrzygnięcia, za to nabiera wagi sposób postępowania, skala i granice dostępnych (etycznych, środowiskowo akceptowanych) sposobów argumentowania.

Także zewnętrzna i wewnętrzna integracja prawoznawstwa przestaje być wartością prymarną dla nauki. Nie zanika samo zainteresowanie innymi naukami czy – szerzej – typami praktyk społecznych. Zanika jednak roszczenie do pełnienia roli wzorca przez którąkolwiek z nich wobec pozostałych. W naturalny sposób zmienia to pozycję tzw. nauk podstawowych, w tym również teorii prawa, wobec nauk szczegółowych. Dzieje się tak głównie dlatego, że dewaluacji ulega sama kategoria

²⁰ Punktem wyjścia rozważań w obrębie szczegółowych nauk prawnych jest jakaś postać „wyselekcjonowania obiektów będących przedmiotem ich badań” – Z. Ziemiński, *Szkice z metodologii...*, s. 14.

²¹ *Ibidem*, s. 9.

naukowości, budowana na uniwersalizujących, zazwyczaj naturalistycznych, wzorach. Zaufanie do wszelkich metanarracji, a więc przede wszystkim normatywnej metodologii naukowej, ulega tu znaczącemu osłabieniu. Pytanie o naukowy status takiej lub innej dyscypliny naukowej coraz mniej zdaje się kogokolwiek obchodzić. Istotniejsze są problemy, które stają przed określoną dyscypliną, nie zaś to, jaki status metodologiczny ma sama ta czy inna dyscyplina. Na przykład tzw. wewnętrzny i zewnętrzny punkt widzenia w postrzeganiu reguły w perspektywie neopragmatycznej nie jest już ujmowany jako opozycja, lecz jako złożony, subtelny związek, zakładający jednak funkcjonalny prymat perspektywy wewnętrznej²². Relacje pomiędzy tymi perspektywami ulegają albo odwróceniu, albo też uzyskują status równoległych, niezależnych praktyk (gry językowe L. Wittgensteina czy prymat „lokalnych narracji” F. Lyotarda). Charakterystyczne dla logicznych pozytywistów przeciwstawienie teoretycznego porządku poznawczego i praktycznego porządku preferencji, decyzji i działania, z naciskiem na logiczny prymat tego pierwszego, ulega tu podważeniu. Dla pragmatysty oba te porządki się przenikają, a relacja pierwszeństwa ulega odwróceniu: rezultaty poznania mają bowiem wartość tylko o tyle, o ile sprawdzają się w działaniu. Poglądem jeszcze dalej idącym, zbliżonym już do myśli ponowoczesnej, będzie twierdzenie o autonomii i wzajemnej nieprzekładalności tego rodzaju perspektyw.

Porządek relacji tego, co zewnętrzne do tego, co wewnętrzne (np. nauki pozaprawne – prawoznawstwo; teoria prawa – nauki szczegółowe) ulega odwróceniu. Nie szukamy już jakiegoś zewnętrznego punktu oparcia dla określonego typu praktyki badawczej w imię ugruntowania określonej dyscypliny w jakimś uznanym otoczeniu naukowym, lecz raczej zadajemy sobie pytanie o wartość pozyskiwanej z zewnątrz wiedzy dla naszej praktyki. Równie dobrze może to być wiedza z zakresu logiki formalnej, jak i teorii literatury czy krytyki literackiej. Sama idea integracji w ramach perspektywy neopragmatycznej – pomimo deklarowanej względnej autonomii poszczególnych praktyk naukowych i zawodowych – nie zanika. Nie jest to już jednak integracja dyscyplinowa („ustrojowa”), ale bardziej problemowa. Okazuje się po prostu, że badacze z innych dyscyplin, piszący w innym języku, spotykają się z problemami w pewien sposób podobnymi, a więc co najmniej warto zobaczyć, jak sobie z nimi radzą. Ten typ integracji w pewien sposób demokratyzuje różne dyskursy, które zasadniczo występują obok siebie, ale mogą sobie wzajemnie dostarczać nowej argumentacji²³.

²² Jak zdaje się to interpretować J. Woleński, przedstawiając poglądy H. Harta: „stwierdzenia eksternalne są presupozycjami dla internalnych” – J. Woleński, *Wstęp*, [w:] H. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998, s. XXI.

²³ Przykładem na taką równoległość może być dla prawnika tekst S. Fisha, *Is There a Text in This Class?*, Cambridge MA 1980, s. 303–321, tłum. polskie: A. Szahaj, „Zeszyty Literackie” 2000, nr 71. Choć w tym artykule nie ma nawet zdania o problemach wykładni prawa, to czytelnik obeznany z tą problematyką ma wrażenie jakby – w innej narracji – czytał tekst dotyczący właśnie zagadnień wykładni prawa.

Ostrożność przedstawicieli klasycznego czy nowego pragmatyzmu w dążeniu do uogólniania powoduje, że w ramach tego nurtu przeważnie unika się ocen zasadniczych, w tym także kwalifikowania (dyskwalifikowania) działalności naukowej jako „politycznej”. Nie jest to bowiem jeszcze nurt krytyczny, lecz praktyczny. Jeżeli zatem przez politykę rozumieć celową działalność, zrationalizowaną (zinstrumentalizowaną) umiejętność podejmowania decyzji w sferze publicznej (zgodnie z jednym ze znaczeń „polityczności” wyróżnionych wyżej), to właśnie dorobek tego nurtu badań nad językiem do tak pojmowanych celów „politycznych” się nadaje i rzeczywiście bywa, także w naukach prawnych, w taki sposób wykorzystywany²⁴. Można powiedzieć, że polityczność języka, pojmowana jako użyteczność w strategicznych grach zorientowanych na sukces określonego użytkownika (interpretatora), nie jest tu czymś ukrytym, co dopiero wymaga krytycznej demistyfikacji, ale czymś zwykłym, jest standardową rolą przypisywaną wiedzy, w tym także wiedzy o języku prawnym i prawniczym. Choć niekoniecznie sam termin „polityka” jako element programowej deklaracji musi się tu pojawiać – częściej będzie tu mowa o „użyciu języka”, „strategicznym grach” z jego udziałem czy o „instrumentalizacji” norm prawnych. W obrębie nurtów zorientowanych pragmatycznie „polityczne” adaptacje tekstów będą uchodzić za standard; za coś takiego, co się po prostu robi, zasadniczo bez uciekania się do ocen tego rodzaju praktyk. W przypadku tekstów prawnych taka adaptacja będzie polegać np. na ocenie konsekwencji praktycznych zastosowania określonej interpretacji tekstu prawnego czy też posłużenia się jakimś zestawem reguł inferencyjnych.

Bardziej skłonny do takiego oceniania będą oczywiście miłośnicy myśli ponowoczesnej, wśród których takie kategorie, jak logocentryzm czy wiedza uniwersalna (oświeceniowe „wielkie narracje”) są już jawnie stygmatyzowane jako postacie władzy, a ich ujawnianie ma właśnie na celu odkrywanie polityczności kryjącej się za tego rodzaju kategoriami („polityczności” pojmowanej zgodnie z pierwszym z wyróżnionych znaczeń). Warto nadmienić, że także na naszym krajowym prawoznawczym gruncie można było zaobserwować przypadki oporu wobec uniwersalizujących praktyk zauważanych w badaniach nad językiem. Teoretycy prawa propagujący wedle kanonów rekonstrukcjonizmu uniwersalne formuły ujmowania niektórych pojęć prawnych miewali okazję spotykać się ze sprzeciwem ze strony przedstawicieli nauk szczegółowych, zarzucających teoretykom nieznaną specyfikę ich „lokalnej narracji”, niezrozumienie problemów, które rozwiązywać mają ich utrwalone i sprawdzone praktyki językowe²⁵.

²⁴ Próbę taką zaprezentowałem w pracy: *Użycie normy prawnej w regulacji stosunków gospodarczych*, Wrocław 2000.

²⁵ A. Szpunar propozycję objęcia jednolitą konstrukcją kompetencji – a więc pojęcia, które nie ma ukształtowanej tradycji na obszarze prawa prywatnego – zagadnień cywilistycznych skomentował, iż jest to „przenoszenie tego pojęcia na teren prawa cywilnego, w którym musi ono mieć zupełnie inne znaczenie, [a zatem] może prowadzić jedynie do nieporozumień” – A. Szpu-

Nolens volens niektórzy cywiliści czy administratywiści właśnie wśród autorów z kręgu ponowoczesności mogliby znajdować orędowników swojego dyscyplinarnego sposobu myślenia. Obronę wewnętrznej integralności szczegółowych dyscyplin prawoznawstwa przed językową „interwencją” teorii prawa można jednak oprzeć na nie tak radykalizujących podstawach, a nadto w całej pełni korespondujących z założeniami filozoficznego pragmatyzmu. Chodzi mianowicie o argumentację, którą nierzadko zdarzało mi się słyszeć ze strony przedstawicieli szczegółowych nauk prawnych, namawianych (również sam miałem w tym pewien udział) do korzystania z oferowanych przez teorię prawa konstrukcji pojęciowych: „po co reformować coś, co działa z dobrym skutkiem?”. Jeszcze jakiś czas temu miałem małe zrozumienie dla takiego argumentu, kierowany przekonaniem, że uniwersytecka nauka to jednak coś więcej niż skuteczna technologia rozwiązywania kwestii prawnych. Dzisiaj byłbym skłonny taki typ argumentacji co najmniej refleksyjnie rozważyć.

6. Kolejnym aspektem, na tle którego wyróżnione nurty uprawiania badań analitycznych będą skutkować konsekwencjami w prawniczych postawach badawczych, jest stosunek teorii analitycznych do nauk szczegółowych. Związki filozofii analitycznej z naukami szczegółowymi są dość powszechnie podkreślane²⁶. „Naukowość” tradycyjnego nurtu uprawiania filozofii analitycznej miała właśnie polegać na tym, że – w przeciwieństwie do tzw. filozofii spekulatywnej, skłonnej do łatwego uogólniania, oderwanej od badań faktograficznych – ta pierwsza miała być uprawiana bądź to na wzór nauk szczegółowych (miała zatem również badać proste fakty), bądź realizować swoje zadania w ścisłym związku z tymi naukami (mogła, co prawda, poniechać własnych badań szczegółowych, ale powinna co najmniej opierać się na badaniach już dostępnych). Pierwszy wariant można wiązać z tradycją określaną jako „oksfordzka szkoła języka potocznego” (G. Ryle, J. L. Austin, a także H. Hart). Drugi ma bardziej rozbudowaną i niejednorodną reprezentację, a łączy ją przekonanie o możliwości budowania jakiejś ogólniejszej, systematycznej prezentacji języka, w tym również jakiejś jego całościowej teorii (w ramach pierwszego kierunku uogólniająca systematyzacja wyników badań szczegółowych uznawana jest za wadę, za powrót do odrzucanej metafizyki). Umiarkowanym wyrazem tego drugiego nurtu będzie przywoływany już wcześniej logiczny empiryzm wraz z L. Wittgensteinem z tzw. pierwszego okresu działalności filozoficznej. Zadaniem analityki miało tu być poszukiwanie języka formalnego, zdolnego zastąpić permanentną niezdolność języka naturalnego do precyzyjnego wyrażania myśli (np. Carnap), bądź

nar, *Udzielenie pełnomocnictwa*, „Przegląd Sądowy” 1993, z. 9, s. 20. Z szerszej perspektywy te odmienne punkty widzenia eksponuje M. Zieliński w opracowaniu *Dwa nurty pojmowania kompetencji*, [w:] H. Olszewski, B. Popowska (red.), *Gospodarka, administracja, samorząd*, Poznań 1996, s. 581 i n.

²⁶ Zob. T. Szubka, *Filozofia analityczna...*, s. 26.

co najmniej zbudowanie „idealnej notacji, która pozwalałaby ujawniać logiczną strukturę tkwiącą w zdaniach potocznych”²⁷ (Wittgenstein). Jeszcze dalej idącym zamiarem było przekonanie, że taka logiczna (uniwersalna) struktura rzeczywiście istnieje i określa (wyjaśnia, ale też narzuca) powtarzalne reguły rządzące zachowaniami językowymi. Takim językoznawcom, jak F. de Saussure czy nieco później N. Chomsky dało to podstawę dla rozróżnienia języka jako struktury (*langue*, systemu językowego, uniwersalnej gramatyki, kompetencji językowej) i wykonawstwa (*parole*, zachowania językowego). Warte namysłu teoretycznego („naukowe”) miały być problemy przede wszystkim z tego pierwszego obszaru. Ten drugi miał być testem potwierdzającym wartość proponowanej teorii języka. Faktualny (czasami tylko wyobraźniowy) wymiar badań nad językiem, zasadniczy dla pierwszej, oksfordzkiej tradycji uprawiania nauk analitycznych, dla tego ostatniego nurtu miał już drugorzędne znaczenie.

Gdyby chcieć w jakiś sposób uogólnić zarysowane wyżej postawy badawcze z punktu widzenia konsekwencji, jakie niosą one dla nauk szczegółowych, to wydaje się, że następstwa te można by ująć następująco: nurt badań z zakresu analizy języka potocznego poważnie utrudnia wyodrębnienie badań teoretycznych jako aktywności choćby względnie samodzielnej wobec badań szczegółowych. Te ostatnie są immanentną częścią jakichkolwiek twierdzeń ogólnych (o ile w ogóle dopuszcza się tu do budowania uogólnień), ich podstawą, z której *ex post* wyprowadzane są (np. metodą aproksymacji u Austina) twierdzenia ogólniejsze. O ile zatem dopuścimy tu ostrożne tezy uogólniające (np. tzw. mapa pojęć Ryle’a), to będą to systematyzacje przeprowadzane w ścisłym związku z poprzedzającą je analizą faktów i uzusów językowych. Dziedzina badawcza tego, co „teoretyczne” i tego, co „szczegółowe” – w tym, odpowiednio, „teoretycznoprawne” i „dogmatycznoprawne” (pojmwane jako studia nad orzecznictwem) – zasadniczo jest zbliżona. Trudno tu o napięcia polityczne, które miałyby wyrastać z „władztwa” rozumianego jako narzucanie naukom szczegółowym językowego obrazu rzeczywistości zawartego w twierdzeniach teoretycznych. Przeciwnie, myśl o takiej teoretycznej (filozoficznej) dominacji jakiegokolwiek ogólnego i zbudowanego *ex ante* sposobu obrazowania rzeczywistości, chociażby poprzez pytanie o definicję, jest ideą, z którą przedstawiciele tego nurtu programowo walczą²⁸. Należałoby tu raczej mówić o cierpliwym, politycznie neutralnym, kolektywnym badaniu faktów, które w zamierzeniu ma prowadzić do widzenia ich takimi, jakie one rzeczywiście są. Dodać jednak należy, że zadanie filozofii języka nie kończy

²⁷ H. J. Glock, *Słownik Wittgensteinowski*, Warszawa 2001, s. 44.

²⁸ Pytania, „czym jest to a to”, np. „czym jest prawda” lub jakiegokolwiek inne abstrakcyjne sformułowanie świadczą o prymitywnym podejściu do zagadnienia. Zob. J. L. Austin, *Prośba o wybaczenie*, [w:] *Mówienie i poznawanie. Rozprawy i wykłady filozoficzne*, Warszawa 1993, s. 234 i n.; H. Hart, *Definition and theory in jurisprudence*, [w:] idem, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford 1988.

się tu na prostym opisie faktów językowych czy sporządzeniu jedynie mapy ich występowania, lecz także na jej korekcie w oparciu o logiczne związki pomiędzy pojęciami. Innymi słowy, pojawia się tu również potrzeba „terapii” języka, dyktowana potrzebą uchylecia zamętu pojęciowego²⁹ – a taki cel już niekoniecznie musi być wolny od napięć, w tym „politycznych podejrzeń” o chęć językowej dominacji. Jego istotnym złagodzeniem jest postulowana przez przedstawicieli tego nurtu daleko posunięta ostrożność w jakichkolwiek zabiegach zmierzających do reformowania zastanego języka.

Warto w tym kontekście zauważyć, że szczególnie w ostatnich latach wiele prac przygotowywanych w środowisku polskiej teorii prawa obszernie sięga do argumentacji z orzecznictwa sądowego, w szczególności Trybunału Konstytucyjnego oraz sądów europejskich, a więc do swoistych „prawniczych uzusów” językowych. Taki sposób argumentacji – zawsze powszechnie wykorzystywany przez dogmatyki prawnicze – pośród teoretyków dawniej podejmujących prawnicze problemy językowe nie był postępowaniem powszechnym. Bezpośrednie wzorce jurysprudencji anglosaskiej są tu zapewne nie bez znaczenia, a wzmacnia je niewątpliwie także klimat ukształtowany przez neopragmatyczny nurt filozofii języka. Co może warte odnotowania, praktykom tego rodzaju zasadniczo nie stawia się zarzutów ingerencji w materię zastrzeżoną dla nauk szczegółowych – mimo że polskie prawoznawstwo zawsze było silnie przywiązane do dystynkcji przedmiotowych (gałęziowych, dyscyplinowych). W aktywności teoretyków w tym obszarze można dostrzec pewne ślady „terapii”, choćby poprzez wprowadzanie do języka analiz zdominowanych przez nauki szczegółowe siatki pojęciowej, wypracowanej na gruncie ogólnej nauki o prawie. Zapewne to właśnie fakt, iż teoretyczne analizy w takich przypadkach są silnie powiązane z praktyką orzeczniczą wpływa na osłabienie potencjalnych zarzutów narzucania naukom szczegółowym obcego im porządku pojęć. Teoretyk prawa nie aspiruje tu bowiem do ingerowania w cudzą praktykę badawczą, ale do pewnego stopnia sam pokazuje przedstawicielom nauk szczegółowych, jak taką aktywność można skutecznie realizować. Można tu zatem mówić o jakimś wariacie kooperacji, chociażby poprzez wspólny cel tego rodzaju badań.

Wydaje się, że relacje pomiędzy analityczną teorią prawa a naukami szczegółowymi przestawiać się będą odmiennie, jeśli podstawą takiej relacji będzie teoria prawa budowana na założeniach strukturalistycznych. Odpowiednikami lingwistycznych (logiczno-językowych) badań nad językiem naturalnym, z jego poszukiwaniami uniwersalnej syntaktyki tego języka, mogą być np. twierdzenia teorii prawa na temat kształtu językowego normy. W polskiej teorii prawa przez wiele lat bardzo wpływowym poglądem było (i w sporej mierze nadal jest) przekonanie, iż wszystkie konteksty, w których występuje w różnych dyscyplinach prawoznawstwa pojęcie normy daje się sprowadzić do jednej konstrukcji

²⁹ Por. G. Ryle, *Czym jest umysł?*, Warszawa 1970, s. 36 i n.

opartej na schemacie typowym dla norm nakazu/zakazu. Podobne intencje kryły się za programem redukcji poszczególnych wariantów wyrażania tzw. wtórnych modalności prawnych (kompetencji, uprawnienia, dozwoleń, wolności prawnej) do wypowiedzi mających postać imperatywu (sytuacja kompetencji jako składnik normy kompetencyjnej, uprawnienie jako wariant normy nakazu/zakazu). Podejście to niwelowało wysiłki poszczególnych dyscyplin prawoznawstwa usiłujących zachować swoją autonomię językową. Rzadko kiedy projekty takie spotykały się z aprobatą przedstawicieli nauk szczegółowych (Radwański). Zwykle teoria prawa spotykała się z zarzutem zapoznawania specyfiki tej lub innej dyscypliny prawoznawstwa. Ryzyko związane z tego rodzaju projektami przedstawianymi w teorii prawa kryło się już w samej procedurze budowania pojęć.

Należy mianowicie – jak zalecał Z. Ziemiński – rozpocząć od przyjęcia określonej, ubogiej w uboczne elementy treściowe, formalnej aparatury pojęciowej, a następnie pokazać, na czym polegają rozbieżności między sposobem pojmowania kompetencji przez reprezentantów poszczególnych kierunków prawoznawstwa³⁰.

Rzecz w tym, że teoretycy prawa zwykle poprzestawali w swoich wysiłkach badawczych na fazie budowania pojęć „ubogich w uboczne elementy treściowe”, które to elementy były z kolei pierwszorzędne dla nauk szczegółowych, a których z tych samych powodów ci drudzy nie mogli znaleźć w oferowanych im konstrukcjach. Żeby natomiast sami administratywiści czy konstytucjonaliści mogli adaptować konstrukcje teoretyczne, potrzebne było ich zrozumienie i zachęcająca do takiej aplikacji, przynajmniej minimalna aprobata – a o to bardzo trudno bez pokazania ich możliwych praktycznych zastosowań.

7. „Filozofowie analityczni przykładają niewielką wagę do historii filozofii. Traktują ją przede wszystkim jako historię błędnych idei filozoficznych”³¹. Jeżeli zatem historia ma nas czegoś uczyć, to zasadniczo tego, jak postępować nie powinniśmy. Scjentyzm, tak mocno akcentowany w filozofii analitycznej – zarówno w jej wydaniu kazuistycznym, jak i systematycznym – miał być przecież programem przebudowy filozofii, uczynienia z niej nauki opartej na pozytywnych, naturalistycznych wzorcach. Dystans wobec tego, co było wcześniej, musiał być zatem elementem strategii postępowania. Takie potraktowanie przez filozofię analityczną historii (historii wcześniejszych praktyk językowych) znajdowało swój wyraz również w analitycznej teorii prawa, chociażby w jej stosunku do orzecznictwa. Czymże bowiem jest orzecznictwo, jeśli nie historycznym rejestrem sposobów użycia wyrażeń języka prawnego? Dla tej grupy prawniczych analityków, którzy rozpoczynali swoje badania od przyjęcia formalnej, „ubogiej w elementy treściowe”, aparatury pojęciowej orzecznictwo mogło być

³⁰ Z. Ziemiński, *O zawilosciach związanych z pojmowaniem kompetencji*, „Państwo i Prawo” 1991, s. 4, s. 15.

³¹ T. Szubka, *Filozofia analityczna...*, s. 15.

w zasadzie tylko przedmiotem krytyki (gdy teoretyk nie dostrzegał w nim konceptualizacji oferowanych przez teorię prawa) lub też satysfakcji (gdy w praktyce orzeczniczej dostrzegał satysfakcjonujące go dowody). Jego bezpośredni wpływ na tego rodzaju następstwa był niewielki. Jednak to nie historia orzecznictwa miała tu czegokolwiek uczyć teorię prawa, a raczej odwrotnie: to teoretyk prawa sam próbował sobie odpowiedzieć na pytanie, czy jego dorobek w taki lub inny sposób wpłynął na bieg historii, tj. na współczesny i przyszły bieg argumentacji prawniczej. Teoria prawa pełniła tu raczej rolę dydaktyczną.

Filozofowie nurtu neopragmatycznego wiążą z wiedzą historyczną istotne oczekiwania. Pojęcia nie mają tu służyć opisowi i wyjaśnianiu ogólnej oraz niezmiennej struktury umysłu i jego aparatu poznawczego, ale są wyznaczane przez sposób użycia wyrażających je słów. Owe sposoby użycia zmieniają się odpowiednio do historycznego kontekstu. Zanika jeden uprzywilejowany („naukowy” – matematyczny, logiczny) schemat pojęciowy. Związki inferencyjne nie są w sposób stały wpisane w strukturę języka, lecz podlegają zmianom stosownie do tego, jak zachowują się jego użytkownicy. Można powiedzieć, że „pojęcia i sądy przypominają osoby, które nigdy nie są dokładnie takie same, ciągle się rozwijają i zmieniają”³². Filozofia analityczna staje się tu w istocie rzeczą dyscypliną humanistyczną; nie jest już spojrzeniem wyimaginowanego człowieka „znikąd” (nauki, prawdy, obiektywizmu), ale człowieka uwikłanego w kontekst historyczny, instytucjonalny i społeczny; jest zawsze badaniem jakiegoś „tu i teraz”. Historia staje się swoistym rejestrem wyników takich badań – być może przydatnych w przyszłości tym, którzy zechcą wynieść z nich dla siebie jakąś naukę. Teoria nie aspiruje tu do dydaktyki wobec zewnętrznego otoczenia prawniczego, a raczej sama stara się czegoś nauczyć od środowiska, którego jest częścią.

Historia tekstów prawnych i orzecznictwo sądowe, jako historia ich zastanych interpretacji, wraca tu do łask. Dystans pomiędzy teorią prawa a naukami szczegółowymi ulega skróceniu, a być może nawet likwidacji: mamy tu, co prawda, przekonanie o pluralizmie równoprawnych dyskursów, możliwości uczestniczenia w różnych „grach językowych”, tym niemniej, jak przekonywał R. Rorty, za pierwszorzędny zostanie uznany taki schemat pojęciowy, który pozwoli nam lepiej „radzić sobie” z otaczającą nas rzeczywistością³³. W dyskursie prawnym będzie nim zapewne ten, który ma większą siłę perswazji w sporach przed sądem. Może się okazać, że teoria po prostu przegra tę rywalizację, okaże mniejszą siłą performatywną, jeśli nie dostosuje swojego języka do potrzeb komunikatywnej i skutecznej argumentacji. A zapewne stanie się tak, gdy pozostanie przy mocnym przekonaniu, że funkcją ogólnej nauki o prawie jest porządkowanie pojęciowej struktury nauk szczegółowych prawoznawstwa i unikanie samodzielnego angażowania się w odpowiedzi na pytania istotne dla dogmatyki prawa i praktyki orzeczniczej. Wiemy

³² T. Szubka, *Neopragmatyzm*, s. 148.

³³ R. Rorty, *Philosophy and Social Hope*, London 1999, s. 48.

z obszernej literatury na temat tzw. trudnych przypadków orzeczniczych, że tak być nie musi; że teoria i filozofia prawa nie tylko potrafią diagnozować przyczyny ich powstawania, lecz także podpowiadać skuteczne sposoby ich rozwiązywania.

8. Nie bez znaczenia dla strukturalistycznego myślenia o języku był stosunek badaczy tego nurtu do tekstu, a także – choć dla prawnika miało to wtedy nieco mniejsze znaczenie – do mowy. Wspominałem już wcześniej o pewnym dystansie, jaki wobec tzw. aktów wykonawstwa językowego zajmowali F. de Saussure czy N. Chomsky. Tym, co ich interesowało, było raczej poszukiwanie trwalszych, głębszych struktur, które zarówno wyjaśniają, jak i rządzą procesem wykonawstwa (*parole*) oraz tekstowymi rezultatami tego procesu. „Strukturalizm” w wydaniu prawniczym do tekstów prawnych zdaje się mieć stosunek zasadniczo podobny. Tu również pojawia się rozróżnienie na powierzchwniową i głęboką strukturę nauki (nauk prawnych)³⁴. Badania nad tekstami prawnymi „takimi, jakie one są” do głębokiej struktury nie należą. Badanie tekstowe to zadanie przypisywane niemal wyłącznie dogmatyce prawa. Teoria prawa, a w istocie rzeczy metodologia badań prawniczych, staje się aktywnością mającą za przedmiot krytyczną analizę wyników już osiągniętych przez dogmatykę prawa. Język teorii prawa, czyli język owej głębokiej struktury, ma tu własny zasób pojęć, które na powierzchni znajdują tylko swoje skonkretyzowane reprezentacje. Takie dystynkcje pojęciowe, jak np. podział na normy prawne i przepisy prawne, racjonalnego (doskonałego) i realnego (np. historycznego) prawodawcę, stają się zarazem podziałem na język (metajęzyk) teorii prawa i metodologii poznania prawniczego oraz przedmiotowy język dogmatyk prawniczych.

Treściowa zmienność języka tekstów prawnych powodowana zwykłymi dla kultury prawa stanowionego nowelizacjami (J. von Kirchmann powiadał, że nauka prawa jest „nauką sezonową”) może tylko utwierdzać teoretyków prawa w przekonaniu, że teksty prawne nie powinny być dla nich pierwszym obiektem zainteresowań badawczych, jeżeli uprawiana przez nich nauka miałaby przetrwać dłużej niż „sezon” obowiązywania danego tekstu. Patrząc z tej perspektywy, teoretyk prawa staje się dość nietypowym prawnikiem. Posiada często głęboką wiedzę o tym, „jak” badać prawo, mające przecież postać tekstów aktów prawnych, przy jednoczesnej, nierzadko ograniczonej – bo jak się okazuje wcale nie koniecznej – wiedzy o tym, „co” jest obowiązującym prawem³⁵. Czasoprzestrzennie zlokalizowany przedmiot badań nie jest mu potrzebny do wykonywania stawianych sobie zadań. Filozofia analityczna, jak już wiemy, nie posiada własnego przedmiotu, a filozofować

³⁴ L. Nowak, *Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawoznawstwa*, Warszawa 1973, s. 11; podobnie: Z. Ziemiński, *Szkice z metodologii...*, s. 46 i n.

³⁵ F. Longchamps powiadał, że „są np. teoretycy prawa, uprawiający tak specjalne problemy budowy normy prawnej, że w stosunku do nich domniemanie znajomości ustaw obowiązujących w ich państwie jest niewiele mniejszą fikcją, niż w stosunku do innych współobywateli” – idem, *O prawniku w Rzeczypospolitej nauk*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Wrocławskiego” 1958, „Prawo” IV, Ser. A, nr 15, s. 10.

można właściwie o wszystkim³⁶. Przecież „to teoria kreuje swój przedmiot, a nie odwrotnie”³⁷, zaś o naukowości rozważań decyduje metodologia, charakter problemu oraz wewnętrzna struktura pracy. Tego rodzaju rozdźwięk pomiędzy teorią prawa, monopolizującą wiedzę z zakresu metodologii poznania prawniczego, a dogmatyczną wiedzą o tekstach prawnych i historii jego możliwych interpretacji rodzi dystans. Teoretyk prawa nie podziela tu typowych rozterek i dylematów, które nurtują przedstawicieli dogmatyki prawa. Jego aktywność – używając metafory popularnej wśród neopragmatystów – należy do innej „gry językowej”, gry o to, co jest poprawnie realizowaną nauką o prawie, a nie gry w samo prawo, czyli takiej, która ma za zadanie ustalić to, co obowiązuje.

Ahistoryzm teorii prawa, sprowadzonej do metateorii lub metodologii badań prawniczych, separuje środowiskowo teorię prawa w obrębie prawoznawstwa. Tendencję tę wzmacnia jeszcze dodatkowo przekonanie o poznawczo uprzywilejowanej pozycji twierdzeń teorii wobec dogmatyk prawa (prymat głębokiej struktury nauki). Z kolei teorie pragmatyczne, życzliwe wiedzy historycznej, wpływają w większym stopniu integrująco na prawnicze środowisko naukowe. Pierwsze podejście ma aspiracje do „władzy” pojmowanej jako wywieranie wpływu z odwołaniem się do „łagodnej przemocy”, jaką jest perswazja i uzasadniające ją przekonanie o słuszności (naukowości, prawdziwości) przyjmowanych twierdzeń. W drugiej postawie teoria i filozofia prawa oraz dogmatyki prawnicze zdają się mieć zasadniczo wspólny cel. Jest nim „radzenie sobie” z otaczającą prawnika tekstową rzeczywistością, z miękko zarysowanym podziałem ról: trudne/łatwe przypadki, konstruowanie pojęć użytecznych dla prawnika/testowanie pojęć. Można tu mówić nawet o środowiskowej kooperacji, jako że zarówno teoria prawa nie jest w stanie wypełniać zawodowych zadań dogmatyki (angażować się w systematyczną analizę tekstów prawnych, rysować linie orzecznicze oparte na typowych rozstrzygnięciach), jak i dogmatyka nie może obyć się bez wsparcia teorii i filozofii prawa (podjąć się trudu pojęciowej systematyki własnego języka, rozwiązywania niestandardowych przypadków orzeczniczych). W tej drugiej perspektywie można zatem dojrzeć polityczność, pojmowaną jako zracjonalizowana działalność, umiejętność podejmowania decyzji w sferze publicznej, bądź też jako aktywność zorientowana na przewycięzanie sprzecznych interesów i kompromisów służących podtrzymaniu ładu społecznego.

9. „Termin *filozofia analityczna* miał od samego początku wymiar normatywny; oznaczał filozofię uprawianą we właściwy sposób, tzw. przestrzegającą rygorów metodologicznych, dającą poznawczo najlepsze rezultaty”³⁸. Zawsze

³⁶ Zob. A. Pap, *Elements of Analytic Philosophy*, New York 1949, s. 478. Autor powołuje się na T. Wisdama.

³⁷ J. Woleński, *Spór o status metodologiczny nauki o polityce*, [w:] K. Opalek (red.), *Metodologiczne i teoretyczne problemy nauk politycznych*, Warszawa 1975, s. 40.

³⁸ T. Szubka, *Filozofia analityczna...*, s. 27.

była refleksją krytyczną, nieusatisfakcjonowaną intuicyjnym rozumieniem pojęć, gdyż od języka nauki wymagano precyzji. Także w dyskursach praktycznych, w szczególności prowadzonych na użytek przypadków nietypowych (np. dla potrzeb prawniczych *hard cases*) tylko intuicyjne rozumienie pojęć ukazywało swoją słabość. Jednak siła normatywnego oddziaływania pojęciowych ustaleń filozofii analitycznej bywała różna. Raz był to opis niuansów poszczególnych kontekstów użycia języka potocznego, śledzenia ukrytych za tymi kontekstami dystynkcji w celu terapeutycznego uwalniania filozofii z problemów pozornych (tradycja oksfordzka); innym razem – program budowy uniwersalnego języka, otwierającego drogę do budowania dyrektyw metodologii naukowego poznania („Koło Wiedeńskie”). Stopień ingerencji w zastany język będzie w różnych wariantach filozofii analitycznej istotnie odmienny, ale łączy je coś, co otwiera podstawę dla jakiegokolwiek normatywności, a co można nazwać „analitycznym krytycyzmem” wobec języka, w tym przede wszystkim wobec języka nauki.

Prawoznawstwo, obok innych nauk humanistycznych, jest jednak w nieco odmiennej sytuacji w zestawieniu z typowym obszarem odniesienia nauk analitycznych. O ile bowiem nauki analityczne nie miały mieć własnego przedmiotu badań (analityczność sprowadzana jest do metodologii naukowej, zasobu uściślonych i uporządkowanych pojęć – narzędzi badawczych), to prawoznawstwo ma taki swój instytucjonalnie wydzielony przedmiot, a jest nim język prawny. Dopiero za pośrednictwem języka prawnego możliwe jest uchwycenie (opisanie, zakwalifikowanie) doniosłych dla prawnika faktów. Analityczne teorie prawa stają się tym samym logicznymi lub lingwistycznymi teoriami języka prawnego, a normatywność tych teorii zaczyna nakładać się na normatywność tekstu prawnego, czyli nominalnego przedmiotu takich badań. Innymi słowy, język analitycznych teorii prawniczych nie jest wyłącznie językiem metodologii badań jakiegoś rodzajowo określonego języka, a staje się zbiorem reguł poznawczo-praktycznego działania prawniczego. Niezależnie od zastosowanej procedury budowania takich reguł (np. deskrypcjonizm Hartowskiej reguły uznania czy rekonstrukcjonizm polskiego projektu, określanego jako „normatywna koncepcja źródeł prawa”) nie sposób w nich oddzielić tego, co jest metodologią poznania języka prawnego od praktyki prawniczej, która jest poprawnościową regułą działania zalecaną przez doktrynę prawniczą praktykom, twórcom tekstów prawnych oraz użytkownikom języka prawniczego. Dlatego rozsądną odpowiedzią na taką podwójnie złożoną rolę reguł (norm) prawnych wydaje się relatywizm zawarty w znanym teorii prawa rozróżnieniu na tzw. zewnętrzny i wewnętrzny punkt widzenia w ich postrzeganiu. Opozycja pomiędzy politycznie neutralną teorią prawa, proponującą taką lub inną pojęciową konstrukcję normy prawnej czy też ukazującą nieuświadomiane presupozycje znaczeniowe kryjące się za użyciem określonego wyrażenia prawnego – z jednej strony, a z drugiej – zaangażowaną w sprawy życia codziennego, opartą na myśleniu strategicznym zawodową

praktyką prawniczą, testującą dorobek nauki prawa, zasadniczo nie podlega uchyleciu. Jednak także i tutaj można raczej mówić o punktach widzenia: właściwym dla nauki prawa oraz praktyki prawniczej.

Pytanie o normatywność analitycznej teorii prawa nie daje się zatem sprowadzić wyłącznie do normatywnej metodologii badań prawniczych – a skoro tak jest, to powstaje pytanie, w jaki sposób prawnicze teorie, podejmujące np. klasyczną dla siebie problematykę norm (reguł) prawnych, ingerują w swój przedmiot; przedmiot, którego dziedzina kształtowana jest przecież przez akty językowe nie pochodzące od nauki? I najważniejsze dla tych rozważań pytanie: czy przywołane wcześniej zróżnicowanie na strukturalny i pragmatyczny nurt filozofii języka będzie rzutować na polityczną interpretację tego rodzaju ingerencji? Zestawmy ze sobą dwa bardzo wpływowe ujęcia norm (reguł): propozycję zredukowania przez teorię prawa, obecnych w języku prawodawcy (praktyki prawniczej) wypowiedzi normatywnych do jednego schematu, tj. normy nakazu/zakazu oraz ujęcie nieredukcyjne, tolerujące również na poziomie języka nauki wielość standardów wyrażania normatywności (norm imperatywnych, wewnętrznie zróżnicowanych reguł wtórnych, zasad etc.). Pierwsze z tych ujęć, oferując jeden uniwersalny schemat wyrażania norm, zdaje się iść w ślad za programem logicznego empiryzmu, tj. budowania wzorcowego, uproszczonego, idealizującego rzeczywistość schematu analizy tekstów prawnych. Drugie dopuszcza tych schematów więcej niż jeden, uznając, że zróżnicowanie prawniczej rzeczywistości językowej nie powinno być obojętne dla tego, jak rzeczywistość ta powinna być konceptualizowana w języku teorii prawa. Ujęcie drugie bliższe jest zatem założeniom badawczym przyjmowanym w ramach tzw. szkoły języka potocznego.

Jeden poprawnościowy schemat wyrażania norm oznacza pojęciową ingerencję w materiał normatywny pochodzący od prawodawcy, np. sprowadza nieimperatywne wypowiedzi obecne w tekstach prawnych (np. kompetencje, uprawnienia, dozwolenia, a nawet poszczególne typy norm, jak np. reguły dokonywania czynności prawnych) do roli składników w obrębie zaprojektowanej, uniwersalnej struktury. Mamy tu do czynienia ze swoistym dla norm „schematem syntaktycznym”, w którym odpowiednikiem podmiotowo-orzecznikowej konstrukcji zdania będzie przyjęta budowa normy (składająca się np. z zakresu zastosowania i normowania). W schemat zbudowany z odpowiednich zmiennych można wtedy wpisywać dowolne treści językowe, zaczerpnięte z tekstów prawnych. Proces ten oznacza konkretyzację pojęcia normy, a podporządkowany jest potrzebie odtwarzania poszczególnych egzemplarzy norm – norm mających już wtedy cechę, tak przecież istotną dla praktyki prawniczej – „prawnego obowiązywania”. Tego rodzaju konstrukcja pojęciowa, jakkolwiek w żaden sposób nie ingeruje we władztwo prawodawcy nad tekstem prawnym (prawodawca może mu nadać dowolną treść, a nauka prawa uporządkuje ją zgodnie z przyjętym schematem), to jednak zakłada się tutaj, że wszelkie powstałe na gruncie tak rozumianych norm

prawnych stosunki prawne służą realizacji czyjejs władzy, a norma ma swoją racjonalizację w czyjejs (normodawcy) decyzji. Schemat eksponujący imperatywność jako pojęciową cechę prawa można zinterpretować jako postać adekwatną wobec polityczności rozumianej jako celowa, instrumentalnie zracjonalizowana umiejętność podejmowania decyzji w sferze publicznej. „Gra w prawo” nie ma tu cech wspólnotowej aktywności zorientowanej na przewyższanie sprzecznych interesów. Uczestnikiem gry jest tu zasadniczo normodawca, a pochodząca od niego narracja regulowana jest ramami jednego tylko poprawnego schematu „prawniczej syntaktyki”. Czy ujęcie takie dostarcza pojęciowego narzędzia opisu dla tego rodzaju praktyk politycznych, czy też może normatywnie je wspiera – do tego problemu można rozsądnie się odnieść dopiero wtedy, gdy skorzystamy z metodologicznych podpowiedzi pragmatystów, a więc np. odwołamy się do relatywizacji na zewnętrzny i wewnętrzny punkt widzenia.

Odmienny obraz stosunków politycznych presuponować będą teorie prawa odwołujące się do założeń pragmatyki języka. Jak wiadomo, pragmatyka na plan dalszy odsuwa poszukiwanie schematów wyrażania wypowiedzi, akcentując przede wszystkim jej wymiar kontekstowy, z bliskim mu poziomem tzw. wykonawstwa językowego (*parole*). Wagi nabierają pytania: kto, do kogo i – przede wszystkim – co i w jakim kontekście mówi (np. w jakiej społecznej roli). Szeroko komentowana w teorii i filozofii prawa metodologia budowania przez H. Harta ogólnych twierdzeń o prawie, widoczna szczególnie we wcześniejszym okresie jego twórczości, może być dobrym przykładem na tego rodzaju postawę. Na pewno nie przyjęty schemat językowy wyrażania norm oraz eksponująca go uboga w treści językowe definicja były tu badawczym punktem wyjścia. Prawo jest bowiem zbyt skomplikowanym bytem, aby badać go na tyko jeden z możliwych sposobów albo sprowadzać do jednej tylko ogólnej kategorii pojęciowej³⁹. Punktem wyjścia jest analiza społecznych kontekstów użycia pojęcia prawa. Większy zatem pożytek będziemy mieć z badań rozpoczynanych od potocznego ujmowania zjawisk, a jakkolwiek redukcjonizm nieweczyć będzie to naturalne bogactwo. Wielość odpowiadających temu standardów wyrażania normatywności (reguł składających się na porządek prawny), a także zróżnicowanie źródeł ich pochodzenia (stanowienie, praktyka, doktryna prawnicza) jest zwykłą tego konsekwencją, składającą się na teoretyczny, wielce złożony obraz prawa („pojęcie prawa”).

Jest to idea prawa jako systemu reguł konstytuujących grę, w której gracze biorą udział, ponieważ reguły określają odpowiadającą im formę życia [...], poprzez wskazanie dostępnych im procedur współpracy i rywalizacji i jako takie związane są z wolnym rynkiem, jako formą życia opartą na indywidualnej wolności⁴⁰.

³⁹ H. Hart, *Definition and theory...*, s. 21 i n.

⁴⁰ Z. Pulka, *Legitymizacja państwa w prawoznawstwie*, Wrocław 1996, s. 125 i 128.

Pojawia się na tu zatem tło społeczne fundujące ład społeczny oparty na zupełnie innym rozumieniu władzy (polityczności). Wielu potencjalnych uczestników owej gry jest tu wyposażanych w liczne dostępne im standardy. Porządek prawny manifestuje się „różnorodnością praw”, a ich związkowi należy przyznać „centralną rolę z uwagi na jego moc w wyjaśnianiu pojęć tworzących ramę myślenia prawniczego”⁴¹.

Pragmatyzm w swoim spojrzeniu na normatywność może mieć jednak jeszcze dalej idące konsekwencje. Przywołane wyżej wyróżnianie na zewnętrzny i wewnętrzny punkt widzenia, choć relatywizuje ogląd i doświadczenie rzeczywistości, to jednak zakłada jej przedmiotowość (reguły „istnieją”, jak wielokrotnie powtarzał H. Hart⁴²). Mocniejszą interpretacją pragmatyzmu będzie stanowisko zastępujące sytuowanie jednostki wobec rzeczywistości ideą wspólnotowej solidarności, a więc postawy uprzywilejowującej środowisko, którego jesteśmy częścią, wraz z budującymi tę wspólnotę wartościami i przekonaniem, typami stawianych pytań oraz zrozumiałymi (akceptowanymi) sposobami udzielania na nie odpowiedzi. Etnocentryzm, bo o nim mowa, oznacza jednak również pewien rodzaj deprecjacji osób spoza własnej kultury. Jak pisze R. Rorty,

pragmatystę – owładniętego pragnieniem solidarności – można krytykować jedynie za to, że zbyt poważnie traktuje własną wspólnotę [...]. Być etnocentrycznym, to znaczy dzielić ludzkość na tych, względem których należy uzasadniać swoje przekonania, i na całą resztę⁴³.

Pytanie o normatywność ulega tu podwójnemu przesunięciu: (1) czynnikiem kształtującym nie jest już nauka, ale szeroko ujmowana kultura, której nauka (z umownie określonymi granicami) jest częścią; (2) miejsce pojmowanej przedmiotowo dziedziny oddziaływania zajmują podmioty, uczestnicy danej wspólnoty. Polityczność etnocentryzmu przybiera postać, która, jak się wydaje, nie mieści się już w żadnym z wyodrębnionych wcześniej znaczeń „polityki”. Pytaniem politycznym staje się bowiem kwestia przynależności do określonej wspólnoty oraz jej granice.

W przypadku wspólnoty prawników pojawia się jeszcze inna, specyficznie prawnicza kwestia, „polityczna” – już w tradycyjnym znaczeniu tego słowa. Są to zewnętrzne, społeczne następstwa aktywności wspólnoty prawników (sędziów, urzędników, prokuratorów), mające cechy nielegitymowanej w sposób demokratyczny władzy publicznej nad osobami, które nie są uczestnikami wspólnoty. Stawia to prawnika w epistemologicznie uprzywilejowanej

⁴¹ H. Hart, *Pojęcie prawa*, s. 117.

⁴² Ibidem, s. 84 i 88.

⁴³ R. Rorty, *Solidarność czy obiektywność*, [w:] idem, *Obiektywność, relatywizm i prawda*, Warszawa 1999, s. 49.

roli⁴⁴. Na osłabienie tego zarzutu przywołać można chyba tylko taki argument, iż uprzywilejowaną pozycję prawnik zawsze skądinąd posiadał poprzez swoje społeczne usytuowanie w kręgach władzy politycznej. Wyposażenie, które daje mu dorobek analitycznej teorii prawa, zmienia tylko rodowód tej władzy. Zasługą pragmatycznych orientacji w filozofii języka oraz teorii prawa jest jednak to, że o tego rodzaju doktrynalnych rodowodach władzy przedstawiciele tych nurtów wydają się otwarcie mówić.

⁴⁴ „Specjalistyczna wiedza niezbędna do «uruchomienia» prawa jako społecznie działającego mechanizmu stała się własnością partykularnej grupy [...]. Rozziew między powszechnością działania prawa a ekskluzywnością umiejętności pozwalających zachować wpływ na owo działanie generuje silne polityczne napięcie [...]. Wszystko, co można osiągnąć, to wynegocjowanie takiej idei, której społeczne konsekwencje będą akceptowalne dla głównych grup interesu uwikłanych w grę władzy” – A. Kozak, *Myślenie analityczne...*, s. 49, 51 i 52.

Adam Sulikowski

***French Theory* a konstytucjonalizm¹**

French Theory jest terminem, który zrobił karierę w swej oryginalnej anglojęzycznej wersji. Nawet francuska Wikipedia – zwierciadło kulturowego i naukowego mainstreamu nad Sekwaną i Loarą – zawiera hasło *La French Theory*, podając jedynie w nawiasie jego tłumaczenie (*théorie française* – teoria francuska)². Taki stan rzeczy nie dziwi. Słowa *French Theory* odnoszą się bowiem do dość dziwnego zjawiska – oto myśl zdecydowanie francuska, która w miejscu swego powstania zrobiła, mówiąc oględnie, karierę co najwyżej średnią, trafia za ocean, gdzie przyczynia się do bezprecedensowych przewartościowań w naukowych dyskursach humanistycznych i stąd rozpoczyna globalną ekspansję, atakując dziwnym refleksem wraz z całym amerykańskim bagażem Europę, w tym także Francję. Trafia na Stary Kontynent w nowej formie, jako zespół ukształtowanych, zaaplikowanych do różnych dyscyplin humanistyki, wyspecjalizowanych paradygmatów, oferujących bogactwo poznawczych obietnic.

W niniejszym opracowaniu odniosę się do wpływów *French Theory* na naukowy dyskurs konstytucjonalistów. Mam na myśli nie tylko wpływy aktualne – zmiany, które już się dokonały i dokonują (oraz te, które niejako spaliły na panewce, nie przyjęły się), lecz także przewartościowania potencjalne. Uważam bowiem, iż amerykańskie transformacje francuskiej myśli filozoficznej i jej przystosowania do potrzeb prawoznawstwa sprawiły, iż ma ona zdecydowanie większe możliwości aplikacji na gruncie europejskim, a pytania, które zadaje, mocno niewygodne dla kontynentalnego *status quo*, powinny być zadawane także, a może przede wszystkim na Starym Kontynencie, gdzie sięga ich *genesis*.

Wśród badaczy, których myśl ufundowała *French Theory*, wymienia się przede wszystkim Michela Foucaulta, Jacquesa Derride, Gilles'a Deleuze'a, Jeana Baudrillarda, Jacquesa Lacana, Felixa Guattariego, Jean-François Lyotarda, Louisa Althussera, Julię Kristewą, Luce Irigaray oraz Claude'a Lévi-Straussa. Nie

¹ W opracowaniu wykorzystałem niektóre fragmenty moich książek: *Konstytucjonalizm a nowoczesność. Dyskurs konstytucyjny wobec tryumfu i kryzysu moderny*, Wrocław 2011 oraz *Posthumanizm a prawoznawstwo*, Opole 2013.

² http://fr.wikipedia.org/wiki/French_Theory (dostęp: 20.07.2012).

ma tutaj miejsca na streszczanie poglądów filozoficznych wspomnianych filozofów. Są one zresztą zazwyczaj dobrze znane współczesnym humanistom. Amerykańska recepcja myśli francuskiej jest dziś postrzegana wręcz w kategoriach zwrotu czy też przewrotu filozoficznego. Dość dobrze opisał ją F. Cusset w swojej popularnej monografii pod wymownym tytułem *French Theory: How Foucault, Derrida, Deleuze, & Co. Transformed the Intellectual Life of the United States (Francuska teoria: Jak Foucault, Derrida, Deleuze i S-ka zmienili intelektualne życie Stanów Zjednoczonych)*. W szeroko podzielanej opinii Cusseta francuscy filozofowie stali się w USA niemal ikonami popkultury, a ich wpływ na szeroko pojęte środowisko naukowe był nieporównywalnie większy od tego, jaki wywarli w swoim kraju. We Francji ich poglądy były traktowane jako co najwyżej jedne z wielu, w USA szybko stały się pierwszoplanowe³. Recepcje w amerykańskiej humanistyce francuskich poglądów wywołały przede wszystkim wzmocnienie metarefleksji nad statusem dyscyplin naukowych, kwestią genealogii i czynników kształtujących metodologię, nawyki, dogmaty czy kwestie autoidentyfikacji. Antykartezyjańskie ostrze francuskiej myśli w procesie ekspansji na humanistykę amerykańską skierowano przede wszystkim w jej czułe punkty, na których przez lata budowano jej legitymację: neutralność, prawdziwość, spójność i jedność⁴. Podważono mit niezaangażowanej metanarracyjności nie tylko w wymiarze opisywonym, lecz także, co ważniejsze, normatywnym. Ukazując niebezpiecznie totalizujący potencjał dążeń metanarracyjnych i fałszywość ich fundamentów, transpozycja francuskich poglądów zaowocowała propozycjami mnożenia refleksji fragmentarycznych, ukazywania nieciągłości i przeciwstawiania się normalizacji przez heterogenizację dyskursów humanistycznych. Obok tego recepcja myśli francuskiej wywołała modę na podejmowanie zagadnień dotychczas niepodejmowanych bądź niezbyt popularnych w humanistyce amerykańskiej, takich jak identyfikacja tożsamościowa, etniczność, wpływ kolonizacji na myślenie, normalizacja i asymilacja mniejszości, a nade wszystko problem niezaangażowania. Myśl amerykańska postawiła na piedestale problem polityczności prawdy, skreślając w stronę myśli lewicowej w stopniu jeszcze większym, niż miało to miejsce w przypadku autorów francuskich. Amerykanie, jak z pewną dozą ironii pisze Cusset, bez ogródek sformułowali i ewokowali pogląd, iż dotychczasowa rzekoma obiektywność zachodniej naukowości nie jest niczym innym, niż „subiektywnością białej, lokalnej męskości”⁵. Szczególny oddźwięk w humanistyce amerykańskiej zyskały poglądy M. Foucaulta, jego słynna skrzynka z narzędziami, w której dostrzeżono instrument całkowitego przemodelowania myślenia społecznego

³ F. Cusset, *French Theory: How Foucault, Derrida, Deleuze, & Co. Transformed the Intellectual Life of the United States*, Minneapolis 2008, s. 2 i n.

⁴ T. Benton, I. Craib, *Filozofia nauk społecznych. Od pozytywizmu do postmodernizmu*, Wrocław 2003, s. 195.

⁵ F. Cusset, *op.cit.*, s. 131.

przez poszukiwanie ukrytych struktur dominacji tam, gdzie dotychczas ich nie szukano oraz podkreślanie niebezpiecznego potencjału nakazów i zachęt w dyscyplinowaniu populacji i budowie biernego znormalizowanego społeczeństwa⁶. W konsekwencji pojawiły się zarazem typowo amerykańskie, jak i mocno osadzone w filozofii foucaultowskiej dyskursy, takie jak m.in. *Gender* i *Queer Studies*, teoria postkolonialna, teoria rasowa, a także badania biopolityczne. Oddziaływanie nowych tendencji w humanistyce na prawoznawstwo, w tym oczywiście na konstytucjonalizm, cieszący się w USA szczególną estymą, zaznaczyło się dość szybko. *Credo* zwrotu, który się dokonał, dość dobrze oddał M. Burzyk, uznając za takie konstatację, iż

zmodernizowane prawo otacza troską przede wszystkim kwestię zabezpieczenia własnego istnienia i funkcjonowania, a nie wolność czy bezpieczeństwo człowieka. Dlatego też faktyczne funkcjonowanie prawa różni się z towarzyszącymi mu dyskursywnie deklaracjami i prezentuje się jako utrwalający władzę stan dominacji. [...] Uświadamia, dlaczego formułowaniu i recepcji pojęć polityczno-prawnych powinna towarzyszyć wzmoczona czujność. Powodem tym zaś jest to, że polityczna rozgrywka rozpoczyna się [...] już na poziomie konceptualnym, w kształcie, jaki przybiera porządek dyskursu, w sposobie definiowania pojęć, które strukturyzują następnie ludzkie myślenie, a nie dopiero w wymiarze tego, co zwie się polityczną praktyką⁷.

French Theory kieruje uwagę na polityczność ukrytą tam, gdzie typowe nowoczesne opowieści o prawie dostrzec jej nie potrafią lub nie chcą – w procesach i czynnikach wpływających na stosowanie prawa, na interpretację, na polityczność schowaną w rzekomo bezdyskusyjnych i obiektywnie prawdziwych pojęciach, w habitusach dogmatyk prawniczych. Wzywa do podejrzliwości względem instytucjonalnych nawyków myślenia prawniczego. Piętnuje normalizujący i homogenizujący potencjał głównonurtowej retoryki opartej na wizjach wolnego podmiotu wyposażonego w wolnościowe uprawnienia, dostrzegając w niej perwersyjną siłę mniej lub bardziej widocznych zachęt, które bywają skuteczniejszą metodą dyscyplinowania niż odwiecznie podejrzane zakazy. Wzywa jednocześnie do aprecjacji indywidualności i myślenia transgretycznego, negując elementy prawniczego *status quo* skutkujące uzależnieniem podmiotowości prawnej od podobieństwa do normatywnych wzorców wyznaczanych w odniesieniu do establishmentowych praktyk i partykularnych moralności, ekstrapolowanych na resztę społeczeństwa w realizacji bezpodstawnych roszczeń do uniwersalności. Za intelektualne potomstwo *French Theory* uchodzi znane dziś powszechnie zjawisko *Critical Legal Studies*. Początki CLS sięgają drugiej połowy lat 70., kiedy to kariery naukowe na amerykańskich uczelniach robili lewicujący uczestnicy

⁶ G. Hinkle, *Foucault's Power/Knowledge and American Sociological Theorizing*, „Human Studies” 1987, vol. 10, no. 1 (Foucault Memorial Issue), s. 35 i n.

⁷ M. Burzyk, *Przemysłość prawo. Foucault, Derrida, Agamben*, [w:] B. Banasiak i in. (red.), *Foucault, Deleuze, Derrida*, Toruń 2011, s. 384.

kontrkulturowych ruchów końca lat 60., prominentni działacze ruchów antywojennych, ludzie, którzy jeszcze w latach studiów angażowali się w „odczarowywanie” amerykańskiego liberalizmu przez ukazywanie pozorności obywatelskiej i wolnościowej retoryki, maskującej normalizujące wpływy kapitalizmu. Początkowo teoretycznej bazy dla krytycznych badań prawa dostarczał tradycyjny marksizm, ustępując stopniowo miejsca posthumanistycznym wątkom charakterystycznym dla *French Theory*. W syntetycznych ujęciach postulaty badawcze CLS definiowane są następująco.

Po pierwsze, przyjęcie i udowodnienie (argumentacyjne potwierdzenie) tezy o nieokreśloności prawa. W myśl owej tezy, obecnej w różnych wersjach już w tradycyjnym amerykańskim realizmie prawniczym, prawo stanowione, a nawet zasady prawa służą (bądź mogą służyć) w zależności od szeroko pojętych celów politycznych do produkcji przeciwnych czy sprzecznych rozstrzygnięć w ramach procedur orzeczniczych. Podobnie jak realiści, badacze z kręgu CLS twierdzą, że tradycyjne deskrypcjonistyczno-dedukcyjne (pozytywistyczne) spojrzenie na prawo, emfatycznie nakierowane na poszukiwanie obiektywnego znaczenia przepisów, jest tyleż błędne, co niebezpieczne. Uzasadnienie tej diagnozy jest jednak nieco inne niż to formułowane przez tradycyjnych realistów. Ci ostatni akcentowali przede wszystkim problem niedostatecznej empirycznej potwierdzalności. Według *crits* podejście pozytywistyczne jest błędne, bo antyesencjalizm i antyfundacjonizm (akceptowane przez krytyków jako cechy języka i znaczenia) wykluczają dotarcie do właściwego rozumienia, gdyż takiego po prostu nie ma (bez względu na to, jakie metody byłyby stosowane i jaka potwierdzalność byłaby oczekiwana). Niebezpieczne jest zaś dlatego, że subiektywne, świadome bądź – co mocno związane z teorematami posthumanizmu – nieświadome przesądzenia interpretatora, przedstawiane jako naukowa prawda, ułatwiają legitymizację struktur dominacji przez przydanie im etykiety naukowej prawdy.

Po drugie, poszukiwanie z wykorzystaniem genealogicznych, socjologicznych, ekonomicznych czy – używając terminologii poststrukturalistycznej – dekonstrukcyjnych badań mechanizmów uzyskiwania (przez rozmaite interesy grupowe, klasowe, płciowe, a nawet interesy indywidualne) statusu interesów preferowanych przez prawo.

Po trzecie, odczarowywanie, czyli ujawnianie mechanizmów mistyfikacji i legitymizacji podejrzanych właściwości prawa i kultury prawnej, głównie przez neutralizującą retorykę naukowości. Konsekwencją odczarowania jest krytyka i formułowanie postulatów zmian.

Po czwarte w końcu, formułowanie żądań aprecjacji lekceważonych dotychczas przez prawnicze dyskursy wartości, rozstrzygnięć, projektów społecznych w duchu szeroko pojętej emancypacji⁸.

⁸ Enumeracja proponowana przez Marthę Minow za: J. Zajadło (red.), *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa. 100 podstawowych pojęć*, Warszawa 2007, s. 159.

Podstawowym przedmiotem oddziaływania krytycznego podejścia do prawa ma być w zamierzeniu krytyków szeroko pojęta świadomość społeczna z jej dominującymi przesądeniami, których zmiana (przez podważenie ich uprawomocnienia czy raczej uzasadnienia) jest traktowana jako warunek konieczny dokonania pożądanych przez krytyków przewartościowań w funkcjonowaniu społeczeństw. Ważnym terenem działania staje się przez to edukacja prawnicza, której zarzuca się niebezpieczne uwikłanie w podtrzymywanie tradycyjnych hierarchii; w konsekwencji formułowane są propozycje daleko idących reform⁹. Wpływy CLS w prawnictwie amerykańskim są oceniane jako co najmniej znaczne. Peter Schanck, odwołując się do kuhnowskiej koncepcji paradygmatów, diagnozuje:

Myśli prawnicza i edukacja, jak wszelkie inne dyscypliny, są rządzone przez wzorce poznania. Czasami jeden paradygmat jest hegemonem, czasem konkurują między sobą o akceptację badaczy różne wzorce teoretyczne. Na początku tego wieku, [w USA] socjologiczna jursprudence wystąpiła skutecznie przeciw dominacji formalizmu prawnego. Później realizm prawny zakwestionował obie te perspektywy. W połowie wieku procesualna teoria prawa zdominowała praktycznie całą społeczność nauki prawa. Od końca lat 70. Krytyczne Studia nad Prawem zakwestionowały fundamenty teorii procesualnej. Dzisiaj [...] filozoficzna postawa właściwa dla CLS zdominowała nauki prawne, bardziej niż jakikolwiek inny paradygmat w przeszłości¹⁰.

CLS postulują uwrażliwienie na narracyjny (opowieściowy i legitymizujący jednocześnie) charakter pozornie obiektywnych dedukcji i wnioskowań prawniczych, zachęcają do dekonstrukcji, głównie przez badanie genealogii i uwikłań władczych milczących założeń i niekwestionowanych przesłanek doktrynalnych oraz dyskursywnych konstrukcji¹¹.

Wątki *French Theory* są ważne zwłaszcza w dyskursach identyfikowanych jako CLS drugiej fali – wyróżnikiem fal jest porzucenie (czy raczej przekształcenie) marksistowskiej optyki rzeczywistości władzy i jej wyjaśniania językiem ekonomii na rzecz foucaultowskiej „skrzynki z narzędziami”, suponującej poszukiwanie władzy w kulturze, w języku, w rytuałach, władzy konstytuującej odczucie podmiotowości, władzy „we krwi i w aerozolu”¹². Nierówności społeczne, problemy wykluczenia i przywilejów są analizowane jako wytwór ideologii ukrytej w opowieściach o prawie, społeczeństwie, w neutralistycznych wizjach prawnictwa¹³.

⁹ D. Kennedy, *Legal Education as a Training in Hierarchy*; www.duncankennedy.net (dostęp: 20.07.2012).

¹⁰ P. Schanck, *Understanding postmodern thought and its implications for statutory interpretation*, „California Law Review” 1992, no. 65, s. 2505.

¹¹ Piszą o tym, choć w dość konserwatywnej manierze, D. A. Farber, S. Sherry, *Beyond All Reason: The Radical Assault on Truth in American Law*, Oxford 1997, s. 39.

¹² Na temat fal w CLS pisze R. W. Bauman, *Ideology and Community in the First Wave of Critical Legal Studies*, Toronto 2002, s. 14.

¹³ R. W. Gordon, *Law and ideology*, [w:] M. Freeman (ed.), *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, London 2008, s. 1226 i n.

Wśród *crits* drugiej fali wielu jest konstytucjonalistów (można wymienić choćby M. Tushnet, J. M. Balkina, D. Kennedy'ego czy P. Schlaga) – w prawie konstytucyjnym zarówno ze względu na przedmiot, jak i nieco inne niż w pozostałych dogmatykach tradycje metodologiczne podejście w duchu CLS znajduje świetne warunki dla ekspansji.

Jak zauważa P. Schlag, współczesna sytuacja w amerykańskim konstytucjonalizmie skłania do zerwania z konstytucyjnym ewangelizmem (postawą wyznawcy) i do przyjęcia tezy, iż prawo konstytucyjne tworzy

eklektyczny melanz interpretacji formułowanych z różnych perspektyw. Różne podejścia różnią się, ponieważ Konstytucja jest postrzegana w kontekście różnych interesów, wartości, nadziei i obaw. [...] Ten rodzaj postmodernistycznego myślenia jest zbliżony z praktyką interpretacji konstytucji [...]. Amerykańska tradycja interpretacji Konstytucji jest zapewne już postmodernistyczna i było tak na długo zanim „postmodernizm” stał się modnym słowem. [...] postmodernizm na nowo stawia pytania o tożsamość „konstytucji”. Czy jest to tekst, instrument polityczny, struktury instytucjonalne, miejsce politycznej kontestacji, wyraz kulturowej mitologii, wszystkie lub niektóre z tych czynników, a być może o wiele więcej?¹⁴

Odpowiedzi na te pytania mogą być różne i formułowane z różnych punktów widzenia – od „konstytucyjnego solipsyzmu”, czyli przyznania, że konstytucja jest tym, czym jest dla mnie, przez podejścia emancypacyjne: konstytucja zapewne jest tym, czym być nie powinna, a powinna być czymś innym niż jest, aż po skomplikowane derridiańskie romantyczno-mesjanistyczne dekonstrukcje¹⁵.

W częściowej autonomii względem CLS rozwija się inny kierunek konstytucyjnej krytyki związanej z *French Theory – Legal Gender Studies*. Prawo, w tym prawo konstytucyjne, stało się oczywistym przedmiotem zainteresowania myśli genderowej – tworzy przeciwieństwo wzorce i pojęcia, normatywy, modele życia i sprzyja ich ekspansji. Przedmiotem badań genderowych są kwestie wręcz kluczowe dla konstytucjonalistyki: po pierwsze, dychotomia publiczne/prywatne, w myśl której zaangażowany obywatel-mężczyzna jest wzorcowym podmiotem sfery publicznej, kobieta zaś jako „inny” przynależy wciąż do sfery prywatnej – do domowego ogniska, zapewniającego obywatelowi logistyczne zaplecze¹⁶.

Po drugie, kwestia równości. *Gender Studies* podkreślają fallocentryczny charakter dominujących koncepcji równości na czele z liberalną, kontraktualną koncepcją wolnych, równych, braterskich podmiotów, zdolnych do zbrojnej i politycznej walki, którą sztucznie i bezrefleksyjnie rozciągnięto

¹⁴ P. Schlag, *Postmodernism and Constitutional Interpretation*; www.jiffynotes.com (dostęp: 20.07.2012).

¹⁵ P. Schlag, *Hiding the ball*, „New York University Law Review” 1996, no. 71, s. 1661 i n.

¹⁶ M. Thornton, *The public/private dichotomy: Gendered and discriminatory*, „Journal of Law and Society” 1991, vol. 18, no. 4, s. 448 i n.

na kobiety¹⁷. W opinii genderowych konstytucjonalistek kobiety zostały stopniowo dopuszczone do braterstwa, jednakże za wysoką cenę przekształceń kobiecości. Jak pisze C. Pateman,

Spółczesność obywatelska – dziedzina mężczyzn czy też „indywiduów” – stanowi uniwersalną sferę wolności, równości, indywidualizmu, rozumu, umowy i bezstronnego prawa, podczas gdy prywatny, partykularny świat kobiet (gdzie jednak także mężczyźni rządzą) to obszar naturalnego podporządkowania, więzów krwi, a także uczuć, miłości i seksu. Słowem, umowa konstytuuje patriarchalne społeczeństwo obywatelskie oraz nowoczesne przyporządkowanie kobiet mężczyznom. [...] Powołanie do życia „jednostki” zakłada podział na racjonalny ład obywatelski z jednej strony i nieporządek kobiecej natury z drugiej¹⁸.

Dopuszczenie kobiet do umowy wiąże się z obowiązkiem akceptacji męskich reguł gry jako elementu rzekomo neutralnego, humanistycznego fundamentu nowoczesnego prawa. W konsekwencji upolitycznienie kobiet nie wzmacnia adekwatnie ich statusu. Jak dodaje C. Pateman,

Obywatelstwo jest obecnie formalnie rozciągnięte na kobiety, co rodzi problem, jak je wtłoczyć w męski wzorzec obywatela. Głębokie pokrewieństwo między męskością, obywatelstwem i noszeniem broni ujawniło się w praktyce, kiedy kobiety, biorąc na serio deklarowany uniwersalizm społeczeństwa obywatelskiego, zażądały praw politycznych. Jednym z głównych „argumentów” z antyfeministycznego arsenału było wówczas odwołanie się do... fizycznej siły. Kobiety – jak sugerowano – są z natury niezdolne i niechętnie do noszenia broni oraz używania przemocy, a zatem jeśli zostałyby obywatelkami, państwo nieuchronnie uległoby osłabieniu. Dzisiaj, mimo iż kobiety uzyskały prawa polityczne, a niektóre pełnią nawet funkcje premierek, w mocy pozostaje to samo patriarchalne ujęcie obywatelstwa. [...] Kobiety w społeczeństwie obywatelskim powinny wyprzeć się swojego ciała i działać jako część stowarzyszenia¹⁹.

Po trzecie, genderowe analizy próbują udowodnić, iż dzisiejsza konstrukcja praktyki prawniczej to skutek przyjęcia maskulinistycznej optyki, dowodził tego zresztą wcześniej przekonująco M. Foucault. Dzisiejszy świat prawa to świat konfrontacji, strategii, wygranych i przegranych, o czym świadczy choćby prawnicza retoryka. Z genderowej perspektywy jest to wynik zachodniego kultu bycia żołnierzem, który jest trwałym składnikiem wizji męskiej tożsamości, seksualności, a w konsekwencji obywatelskości. Ojcami porządku prawnego w takiej postaci, w jakiej możemy go dziś oglądać, są mocno zakorzenione w męską logikę wojny liberalizm i kapitalizm²⁰.

¹⁷ C. A. MacKinnon, *Feminism Unmodified. Discourses of Life and Law*, Cambridge MA 1987, s. 33 i n.

¹⁸ C. Pateman, *Braterska umowa społeczna*; www.ekologiasztuka.pl/pdf/pateman.pdf (dostęp: 20.07.2012).

¹⁹ Ibidem.

²⁰ J. A. Baer, *Our Lives Before the Law: Constructing a Feminist Jurisprudence*, Princeton 1999, s. 39 i n.

Po czwarte, ważnym obiektem badań genderowych jest problematyka rzekomej obiektywności wykładni, metod poznania prawniczego czy wnioskowań prawniczych. W optyce *Gender Studies* samo założenie o obiektywności czy neutralności metody jest uwikłane w fallocentryzm²¹.

Po piąte, *Gender Studies* dużą wagę przywiązują do problematyki prawniczej edukacji. Uwypuklana jest rola płci, stereotypów, tradycyjnie humanistycznego antropo, a w konsekwencji fallocentrycznego podejścia²².

Po szóste w końcu, *Gender Studies* badają stosunek fallocentrycznego prawa do takich kwestii, jak praca kobiet w domu, wolność reprodukcyjna, prawo do aborcji, penalizacja gwałtów i molestowania seksualnego.

Genderowe refleksy *French Theory* w prawoznawstwie, w tym w dyskursie konstytucyjnym, wywierają coraz większy wpływ także na konwencjonalnie rozumiane prawo. Widoczne jest to przede wszystkim na gruncie amerykańskim i skandynawskim, lecz także na poziomie UE feministyczne i genderowe hasła są coraz częściej ewokowane i wywołują coraz bardziej widoczne skutki²³.

Wśród intelektualnych owoców ekspansji *French Theory* należy wspomnieć również o podejściu postkolonialnym, które mocno ekspanduje także na prawoznawstwo, w tym na konstytucjonalizm. Oczywiście takie podejście jest atrakcyjne zwłaszcza dla autorów wywodzących się ze społeczeństw kolonizowanych w tradycyjnym (geopolitycznym) sensie. PLT czyli *Postcolonial Legal Theory* działa prężnie w Indiach, Australii czy RPA, choć prace w duchu PLT ukazują się i są czytane w USA, Wielkiej Brytanii i Francji. Jak zauważa V. Kumar, osią postkolonialnego podejścia do prawa jest ujmowanie go w kategoriach narzędzia kolonizacji. Na gruncie analiz prawnych szuka się elementów myślenia kolonialnego zarówno w prawie międzynarodowym (które nawet po okresie dekolonizacji dalej preferuje Zachód i zachodniość, przeciwstawiając ją gorszej „inności” nie-Zachodu), jak i w prawie obowiązującym w dawnych koloniach (w którym tropi się naleciałości zachodniej estetyki i racjonalności, preferencje dla zachodnich interesów itp.)²⁴. Akcentując tezę, że racjonalność czy nowoczesna podmiotowość są konstruktami lokalnymi nie tylko geograficznie, etnologicznie, lecz także klasowo, PLT pochodzi do nich z podejrzliwością²⁵.

²¹ M. J. Mossman, *Feminism and legal method. The difference it makes*, „Australian Journal of Law and Society” 1986, no. 30, s. 44 i n.

²² C. Menkel-Meadow, *Feminist Legal Theory, Critical Legal Studies, and Legal Education or the Fem-Crits go to law school*, „Journal of Legal Education” 1988, no. 38, s. 61 i n.

²³ C. Hoskyns, *Integrating Gender: Women, Law and Politics in the European Union*, London 1996, s. 5 i n., 196 i n.

²⁴ V. Kumar, *A proleptic approach to postcolonial legal studies? A brief look at the relationship between legal theory and intellectual history*, „Law, Social Justice & Global Development Journal” 2003, no. 2; <http://elj.warwick.ac.uk/global/issue/2003-2/kumar.html> (dostęp: 20.07.2012).

²⁵ P. Fitzpatrick, E. Darian-Smith, *The laws of the postcolonial: An insistent introduction*, [w:] iidem (eds), *Laws of the Postcolonial*, Ann Arbour 1999, s. 1.

Konstytucyjna *French Theory* przekonwertowana przez CLS, jak już pisałem, jest przedmiotem eksportu, także ku Europie. We Francji już pod koniec lat 70. ukształtował się na obraz i podobieństwo CLS ruch pod nazwą *Mouvement Critique du Droit*²⁶, wydający własne czasopismo zatytułowane „Procès”. Podobnie jak w przypadku *Critical Legal Studies*, ważnymi zagadnieniami podejmowanymi w ramach ruchu były: prawnicza edukacja, normalizacja, uniformizacja postaw, podejrzane podstawy neutralizacji prawa, kwestie panoptycznej kontroli populacji, kwestie postkolonialne itp.²⁷ Ruch zaniknął w latach 90., lecz pojawiły się nowe instytucje rozwijające krytykę prawa i prawoznawstwa w duchu CLS. Michel Miaille, jeden z filarów ruchu MCD, założył w Montpellier CERTE (Centre d’Etudes et de Recherches sur la théorie de l’Etat – Centrum Studiów i Badań nad Teorią Państwa), a na Uniwersytecie Jean Monnet w Saint-Etienne inny krytyczny teoretyk, Antoine Jeammaud, powołał CERCRID (Centre de Recherches Critiques sur le Droit – Centrum Badań Krytycznych nad Prawem). W 2003 r. Jacques Michel założył w Lyonie grupę badawczą GREPH (Groupe de Recherche en Epistémologie Politique et Historique – Grupa Badawcza w Zakresie Epistemologii Politycznej i Historycznej)²⁸. Udział konstytucjonalistów w tych zjawiskach, a także stopień zainteresowania problematyką konstytucyjną są ewidentne i znaczne, chociaż, jak zauważa krytyczny konstytucjonalista francuski O. Camy, podejście dotychczasowe klasycznie pozytywistyczne i dogmatyczne wciąż dominuje – tłumaczy się je użytecznością poznawczą i praktyczną (*utilité cognitive et pratique*). „Ale ta użyteczność ogranicza się najczęściej do zapewnienia pedagogiki konstytucji i orzecznictwa”²⁹.

Również w Niemczech krytyczne badania konstytucyjne rozwijają się nieprzerwanie od końca lat 60., jednakże przyznać należy, że skupiają się one na kontynuacji wątków i metod lansowanych onegdaj przez szkołę frankfurcką, a zdecydowanie rzadziej podejmują krytykę w stylu *French Theory*, choć mimo wszystko jest ona obecna w niemieckim prawoznawstwie³⁰. Grupy konstytucjonalistów krytycznych działają także w Belgii, Holandii, Wielkiej Brytanii

²⁶ Por. M. Miaille, *Mouvement Critique du Droit*, [w:] A.-J. Arnaud (ed.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris 1993, s. 132 i n.

²⁷ Tematem przewodnim numeru 1 czasopisma były kwestie związków polityczności i prawa (*Du juridique au politique*, „Procès” 1978, nr 1), następnie problematyka klas, formacji społecznych i ich wpływów na prawa jednostki (*Droits, classes, formations sociales*, „Procès” 1978, nr 2), instytucje prawnicze i nauczanie prawa (*L’institution du juridique: la jurisprudence, l’enseignement et le droit*, „Procès” 1979, nr 3), bezpieczeństwo i policja (*Sécurité et police* [...]), „Procès” 1980, nr 5), kwestie kolonialne i postkolonialne (*Le droit colonial*, „Procès” 1987/1988, nr 18).

²⁸ M. Kaluszynski, *Sous les pavés, le droit/Le mouvement critique du droit: ou quand le droit retrouve la politique*, „Droit et Société” 2010, nr 76, s. 538–539.

²⁹ Por. O. Camy, *Droit constitutionnel critique. Essai de théologie juridique*, Paris 2007, s. 3.

³⁰ W. de Haan, J. Silvis, Ph. A. Thomas, *Democracy, rule of law and critical legal theory in Germany*, „Journal of Law and Society” 1991, vol. 18, no. 3, s. 347–352.

i Włoszech³¹. Pierwsze zwiastuny recepcji *French Theory* pojawiają się także wśród polskich zawodowych konstytucjonalistów (pomijam tutaj teoretyków/filozofów prawa, którzy zajmują się problematyką konstytucyjną – w ich badaniach stopień recepcji *French Theory* jest znacznie większy). Jak mówił na jednym ze zjazdów katedr prawa konstytucyjnego K. Wojtyczek, należy podjąć pogłębianą refleksję nad „wewnętrznymi mechanizmami funkcjonowania i rozwoju” refleksji konstytucyjnej „oraz różnymi formami oddziaływania ze strony społeczeństwa na tę naukę”. Innymi słowy, nad politycznością tej refleksji

Współczesna polska inteligencja – pisze Wojtyczek – pozostaje pod bardzo silnymi wpływami liberalizmu, przy czym wpływy te są również widoczne w nauce prawa konstytucyjnego. Nauka ta z reguły wspiera liberalne i prorynkowe reformy gospodarcze i polityczne. Analizowana dyscyplina naukowa sceptycznie podchodzi do bardziej krytycznych nurtów współczesnej filozofii społecznej, które w państwie i prawie widzą przede wszystkim instrument dominacji i wyzysku, zapewniający niektórym grupom społecznym udział w dochodzie narodowym nieproporcjonalny do wkładu w wytworzenie tego dochodu. Polska nauka prawa konstytucyjnego broni zachodniego modelu liberalnej demokracji konstytucyjnej, ograniczając swoją krytykę do racjonalności punktowych rozwiązań i przedstawiając propozycje ich doskonalenia. Unika natomiast podejmowania szerszej refleksji krytycznej na temat społecznych funkcji takich czy innych instytucji prawnych, nie mówiąc już o krytycznej refleksji nad samą ideą demokracji konstytucyjnej³².

Skoro skrytykowana została pewna tendencja i zauważona została potrzeba, można przypuszczać, iż konstytucjonalisci będą częściej sięgać do krytycznej „skrzynki z narzędziami”.

Podejście krytyczne zachęca do dekonstrukcji głównie przez badanie genealogii i uwikłań władczych milczących założeń, niekwestionowanych przesłanek doktrynalnych i dyskursywnych konstrukcji³³. Wiąże się to ze zdecydowanym odrzuceniem fundamentalnego dla modernistycznego podejścia w jego dominującej, dogmatycznej wersji poglądu o „pozytywnym”, rzeczywistym, zobiektywizowanym istnieniu przedmiotu badań, czyli konstytucji. Z uwagi na konieczność interpretacji, właściwości języka, siłę kulturowych oddziaływań – to, co dotychczas definiowano jako konstytucję, nie jest apriorycznie istniejącym prawem, lecz jest wciąż dynamicznie kreowane przez ludzi mających władzę nad interpretacją. Ludzie ci z kolei są przedmiotem uświadamianych sobie, bądź nieuświadamianych, oddziaływań grup i myśli, które fundują ich zmienną, dynamiczną tożsamość. Innymi słowy, obiektywne znaczenia to nic innego, jak retoryczne narzędzia używane przez możliwe (najczęściej większościowe) wspólnoty

³¹ M. Kaluszynski, *op. cit.*, s. 540.

³² K. Wojtyczek, *Polska nauka prawa konstytucyjnego na przełomie wieków*, [w:] M. Zubik (red.), *20 lat transformacji ustrojowej w Polsce. Materiały 51. Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr i Zakładów Prawa Konstytucyjnego (Warszawa, 19–21 czerwca 2009 r.)*, Warszawa 2010, s. 25.

³³ Piszą o tym, choć w dość konserwatywnej manierze: D. A. Farber, S. Sherry, *Beyond All Reason: The Radical Assault on Truth in American Law*, Oxford 1997, s. 39.

interpretacyjne dla osiągnięcia określonych celów. Dyscyplinowanie interpretatorów przy pomocy „lepszyc i gorszych odczytań” tekstu prawnego to nic innego, jak projekcja skapilaryzowanej władzy³⁴.

W moim przekonaniu, w propozycjach krytycznych *French Theory* tkwi znaczny potencjał w zakresie przekształceń naukowego dyskursu konstytucyjnego; przekształceń zdecydowanie pożądanych. Dotychczas jednak w badaniach polskich konstytucjonalistów wątki krytyczne pojawiają się niezmiernie rzadko. Wynika to nie tyle z poczucia satysfakcji z doskonałości dyscyplinowego *status quo*, lecz raczej z obaw przed otwarciem puszki Pandory. Myślę, że adekwatna jest tutaj diagnoza postawiona onegdaj przez P. Bourdieu.

W polu prawnym – jak pisze Bourdieu – konfrontują się agensi wyposażeni w nieodłącznie społeczną i techniczną kompetencję, polegającą przede wszystkim na społecznie uznanej zdolności interpretowania w sposób mniej lub bardziej swobodny korpusu tekstów zatwierdzających prawomocną, właściwą wizję świata społecznego. [...] Społeczna konstrukcja prawa, którą agensi prawni uważają za czyste prawo, ma z jednej strony zapewnić autonomię tego pola względem władzy państwowej, a z drugiej strony pilnować granicy między prawem a innymi polami wiedzy, aby wzmacniać własną hierarchię³⁵.

Z owej diagnozy można wyprowadzić twierdzenie, iż nawet jeżeli inne „pola wiedzy”, a wśród nich *French Theory*, dostarczają diagnoz przekonujących, lecz sprzecznych z dogmatami, w reakcji pojawia się strach przed utratą statusu i zmianami w hierarchii. W ślad za tym lękiem następuje nasilenie tendencji autolegitymizacyjnych – wszak legitymizacja jest zwykle przejawem zwątpienia: podkreśla się dotychczasowe sukcesy dyscypliny i mniej lub bardziej otwarcie wzywa wątpiących do standaryzacji stanowiska, a przede wszystkim fetyszyzuje się rzekomą dotychczasową neutralność *status quo*. Bourdieu określa taki stan rzeczy dość dobitnie w tekście zatytułowanym *Prawnicy, strażnicy zbiorowej hipokryzji*, pointując:

Prawo nie jest tym, czym o sobie mówi, tym, co o sobie myśli, to znaczy nie jest czymś czystym, autonomicznym itp. Jednak fakt, że tak o sobie myśli i że udaje mu się sprawić, iż tak się myśli o nim, wytwarza realne skutki społeczne, przede wszystkim wśród tych, którzy się prawem zajmują³⁶.

Czy jednak pytania stawiane przez *French Theory* da się zbyć milczeniem? Wątpię.

³⁴ S. L. Winter, *Indeterminacy and incommensurability in constitutional law*, „California Law Review” 1990, no. 78, s. 1441 i n. oraz D. Kennedy, *Legal Education as a Training...*

³⁵ P. Bourdieu, L. Wacquant, *La force du droit: éléments pour une sociologie du champ juridique*, „Actes de la recherche en sciences sociales” 1986, nr 64, s. 4, cyt. za: B. Dupret, *Prawo w naukach społecznych*, Warszawa 2010, s. 113–114.

³⁶ P. Bourdieu, *Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective*, cyt. za: B. Dupret, *op. cit.*, s. 114–115.

Tomasz Widlak

Prawo a konstruktywizm w teorii stosunków międzynarodowych – możliwości interdyscyplinarnego zbliżenia

1. Wprowadzenie

Przedmiotem poniższych rozważań jest prezentacja konstruktywizmu jako propozycji teoretycznej w obrębie nauk politycznych o stosunkach międzynarodowych oraz poczynienie wstępnych uwag co do możliwości wykorzystania tego podejścia na gruncie nauk prawnych, zwłaszcza teorii prawa międzynarodowego. Konstruktywizm zostanie ukazany także w kontekście aprobaty postulatu szerszego otwarcia się teorii prawa i dogmatyki prawa międzynarodowego na propozycje innych dyscyplin naukowych, z którymi dzielą one do pewnego stopnia przedmiot badań. Kluczowe problemy współczesnego prawa, a prawa międzynarodowego w szczególności, wymagają dzisiaj podejścia interdyscyplinarnego, nie tylko w kontekście czysto merytorycznym, lecz także epistemologicznym i metodologicznym.

2. Doktryna prawa międzynarodowego i nauki polityczne: trudna relacja

Z perspektywy teorii i filozofii prawa można postawić tezę, że współczesna doktryna prawa międzynarodowego jest dość uboga w porównaniu z innymi szczegółowymi dyscyplinami prawa. Owo ubóstwo dotyczy przede wszystkim kwestii metodologicznych, a także oporu przed nieuniknioną interdyscyplinarnością podejścia badawczego. Taki stan rzeczy wynika z co najmniej kilku przyczyn.

Po pierwsze, dorobek filozofii prawa ostatniego półwiecza w zakresie specyficznych zagadnień prawa międzynarodowego jest dość skromny¹. Ocena ta jest trafna bez względu na to, czy przez „filozofię prawa międzynarodowego” rozumie

¹ Do wniosku tego dochodzą także S. Besson, J. Tasioulas, *Introduction*, [w:] iidem (eds), *The Philosophy of International Law*, Oxford–New York 2010, s. 2–3. Poza tą pozycją wśród wpływowej literatury poświęconej w ostatnich latach filozofii prawa międzynarodowego wyróżniają się: F. R. Tesón, *A Philosophy of International Law*, Boulder–Oxford 1998; A. Carty, *Philosophy of International Law*, Edinburgh 2007; R. Domingo, *The New Global Law*, Cambridge 2010.

się filozofię uprawianą „z zewnątrz”, a zatem z perspektywy ogólnej teorii i filozofii prawa, czy też niejako „od wewnątrz”, a zatem wychodząc od szczegółowych problemów dogmatycznych prawa międzynarodowego w kierunku ogólniejszej refleksji filozoficznoprawnej². Taki stan rzeczy można naturalnie wyjaśniać w różny sposób; najbardziej oczywiste jest stwierdzenie, że prawnicy, w tym teoretycy prawa, mają naturalną skłonność i praktyczną potrzebę zajmowania się przede wszystkim swoimi krajowymi systemami prawnymi, zwłaszcza że są one im epistemologicznie i metodologicznie bardziej przystępne niż nie do końca precyzyjnie zdefiniowany obszar reguł nazywanych prawem „międzynarodowym”³. Obrazu trudności dopełnia nie do końca rozstrzygnięte w opinii niektórych prawników pytanie o status norm prawa międzynarodowego jako prawa, a przynajmniej szeroko rozpowszechnione – zwłaszcza wśród bardziej tradycyjnie kształconych jurystów – przekonanie, że normy te nie tworzą systemu prawnego⁴. Rezultatem tych i innych uwarunkowań jest z jednej strony niechęć dogmatyków, a z drugiej – pewne zapóźnienie nauki prawa międzynarodowego w zakresie refleksji filozoficznoprawnej poświęconej specyficznym problemom tej dyscypliny.

Po drugie, „konserwatyzm filozoficzny” doktryny prawa międzynarodowego nie sprzyja otwartości tej dyscypliny nie tylko na alternatywne do pozytywizmu prawniczego koncepcje i metody prawa, lecz w konsekwencji także hermetyzuje prawo międzynarodowe przed wpływami innych nauk. W doktrynie prawa międzynarodowego publicznego często da się zauważyć co najmniej niechęć w stosunku do przedstawicieli innych nauk zajmujących się obszarem stosunków międzynarodowych. Dotyczy to w szczególności przedstawicieli nauk politycznych i często spotyka się, niestety, również ze wzajemną niechęcią względem prawa międzynarodowego z ich strony⁵, a także, co trzeba przyznać – brakiem umiejętności i wiedzy umożliwiającej wystarczająco szerokie spojrzenie przez tych uczonych na fenomen prawa oraz metody prawoznawstwa⁶. Na ten antagonizm nakłada się dodatkowo niełatwa relacja pomiędzy kontynentalną europejską tradycją naukową a nauką amerykańską, ponieważ dyscyplina znana jako *international relations* jest kojarzona przede wszystkim z akademikami ze Stanów Zjednoczonych⁷. Wyda-

² Takie dwa podejścia proponuje J. Zajadło, *Filozofia prawa międzynarodowego?*, „Państwo i Prawo” 2007, z. 2.

³ Por. S. Besson, J. Tasioulas, *Introduction*, s. 2–3.

⁴ Przekonanie takie rzadko kiedy jest rezultatem oceny wyników najnowszych badań nad prawem międzynarodowym, a raczej jest mniej lub bardziej uświadomionym powtórzeniem tez H. L. A. Harta zawartych w pracy *Pojęcie prawa*.

⁵ Zob. B. A. Simmons, *International law and international relations: Scholarship at the intersection of principles and politics*, „Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)” 2001, vol. 95 (4–7 April), s. 272.

⁶ Zob. A. Sinclair, *Law, caution: towards a better understanding of law for IR theorists*, „Review of International Studies” 2011, vol. 37, no. 3, s. 1095–1112.

⁷ Zob. M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870–1960*, Cambridge 2001, s. 465.

je się, że przynajmniej obawy prawników internacjonalistów mają swoje źródło na ogół w lęku utraty monopolu czy też dominacji w teorii i praktyce uprawiania stosunków międzynarodowych, głównie za sprawą pojawienia się od drugiej połowy XX w. badań i kierunków studiów zajmujących się relacjami międzynarodowymi w szerszym, interdyscyplinarnym kontekście. Powstanie nowej dyscypliny nauki stosunków międzynarodowych dokonało się przy tym głównie na polu nauk politycznych, przy współdziałaniu m.in. socjologów, ekonomistów, historyków, antropologów, geografów, czy w końcu filozofów polityki⁸. Tymczasem niektórzy przedstawiciele doktryny prawa międzynarodowego zdają się bronić świata, który już przeminął; świata, w którym kluczowymi ośrodkami decyzyjnymi w sprawach międzynarodowych były gabinety ambasad oraz ministerstw spraw zagranicznych kierowane i w znacznej mierze obsadzone przez prawników. Jednak jak przekonuje J. Zajadło w odniesieniu do współczesnych dylematów suwerenności, humanitarnej interwencji czy doktryny odpowiedzialności za ochronę (*Responsibility to Protect*)⁹, niezwykle złożone, trudne przypadki sfery międzynarodowo-prawnej nie znajdują swoich rozwiązań wyłącznie na gruncie dogmatycznym. Konieczne staje się otwarcie prawa na filozofię polityczną, etykę, a w końcu także na dorobek nauk politycznych i przyjęcie podejścia integralnego.

3. Konstruktywizm w teorii stosunków międzynarodowych

Jedną ze stosunkowo nowych propozycji teorii stosunków międzynarodowych, która powinna zdecydowanie zainteresować przedstawicieli nauk prawnych jest konstruktywizm. To kierunek, który narodził się przede wszystkim w opozycji do dwóch głównych pozytywistycznych nurtów w teorii stosunków międzynarodowych, tj. tradycji realistycznej (neorealistycznej) i liberalnej (neoliberalnej), zwanych także łącznie racjonalizmem. Przedstawiciele tych teorii, mimo że mocno różnią się w swoich interpretacjach stosunków międzynarodowych, dzielą jednak ze sobą szereg założeń; twierdzą m.in., że państwa jako podstawowi aktorzy stosunków międzynarodowych są podmiotami jednolitymi i podejmującymi decyzje racjonalnie (w sensie instrumentalnym)¹⁰. Jako pozytywści uważają, że procesy społeczne mogą być wyjaśniane analogicznie do naturalnych, a fakty da się ściśle oddzielić od wartości¹¹. W opozycji do tego stanowiska, konstruktywści na czele z Nicholasem Onufem, Friedrichem Kratochwillem i Alexandrem Wendtem zaproponowali natomiast, że świat społeczny nie składa

⁸ Zob. J. Kukułka, *Wstęp do nauki o stosunkach międzynarodowych*, Warszawa 2003, s. 41–42.

⁹ J. Zajadło, *Dylematy humanitarnej interwencji. Historia – etyka – polityka – prawo*, Gdańsk 2005.

¹⁰ M. Zehfuss, *Constructivism in International Relations. The politics of reality*, Cambridge 2004, s. 3.

¹¹ Ibidem.

się ze stałych czynników i okoliczności zewnętrznych wobec aktorów (uczestników), ale jest tworzony, czy też konstruowany społecznie, przez to, co robią, a więc praktykę ich działania¹². Zgodnie z tytułem jednego z artykułów Wenda, stanowiącego jeden z najbardziej wpływowych tekstów konstrukttywizmu – anarchia, która niezaprzeczalnie występuje w stosunkach międzynarodowych, jest tym, czym uczynią ją państwa („anarchy is what states make of it”)¹³.

Z jednej strony zatem konstrukttywizm zawiera w sobie ewidentny pierwiastek krytyczny, ponieważ ostatecznie uformował się pod koniec lat 80. i w latach 90. XX w. w odniesieniu do porażki, jaką wymienione wyżej dominujące szkoły myśli o stosunkach międzynarodowych – zwłaszcza neorealizm – poniosły poprzez brak zdolności przewidzenia zakończenia zimnej wojny¹⁴. Z drugiej strony, konstrukttywizm nie jest też na ogół zaliczany do orientacji postmodernistycznych¹⁵. Podkreśla się też, że nie posiada on bezpośrednich poprzedników w historii myśli politycznej, chociaż zdecydowanie należy zgodzić się z tezą, że bardzo wiele dzieli on z tzw. angielską szkołą stosunków międzynarodowych Martina Wighta i Hedleya Bulla, która na arenie naukowej zaczęła kształtować się nieco wcześniej¹⁶. Konstrukttywizm czerpie także wyraźnie choćby z dorobku Maxa Webera i jego krytyki dokonanej przez Alfreda Schutza, od których czerpie konstrukcję „intersubiektywnego rozumienia”¹⁷. Pojęcie intersubiektywnego rozumienia prowadzi konstruktywistów do wniosku, że kolektywne rozumienie rzeczywistości wykształca się w toku nieustannej partycypacji aktorów w społecznych praktykach¹⁸.

W teorii konstrukttywistycznej kluczowe znaczenie mają przede wszystkim struktury normatywne, jakie współtworzą podmioty stosunków międzynarodowych, a następnie ich interakcja z czynnikami materialnymi oraz pojęcia interesu i tożsamości aktorów (państw, podmiotów pozapaństwowych) jako istotny aspekt kształtowania ich działań politycznych¹⁹. W przeciwieństwie do racjonalistów

¹² Ibidem.

¹³ A. Wendt, *Anarchy is what states make of it: The social construction of power politics*, „International Organization” 1992, no. 46, s. 391–425.

¹⁴ J. Czputowicz, *Teorie stosunków międzynarodowych. Krytyka i systematyzacja*, Warszawa 2007, s. 292–293.

¹⁵ Ibidem, s. 293.

¹⁶ Szerzej na temat angielskiej szkoły stosunków międzynarodowych: T. Widlak, *Wspólnota międzynarodowa*, Gdańsk 2012, s. 151–156.

¹⁷ K. H. Wolff, *Survival and Sociology: Vindicating the Human Subject*, New Brunswick 1991, s. 47–49; R. Swedberg, *The Max Weber Dictionary. Key Words and Central Concepts*, Stanford 2005, s. 132; J. Brunnée, S. J. Toope, *Constructivism and International Law*, [w:] J. L. Dunoff, M. A. Pollack (eds), *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art*, New York 2013, s. 122.

¹⁸ E. Adler, *Communitarian International Relations: The Epistemic Foundations of International Relations*, New York 2005, s. 55–56.

¹⁹ Ch. Reus-Smit, *Konstrukttywizm*, [w:] S. Burchill, R. Devetak, A. Linklater, M. Paterson, Ch. Reus-Smit, J. True, *Teorie stosunków międzynarodowych*, Warszawa 2006, s. 269–270.

czy choćby marksistów, konstruktywiści doszli bowiem do wniosku, że to właśnie struktury normatywne i ideowe są co najmniej tak samo istotne, jak materialne, w kształtowaniu stosunków pomiędzy aktorami w przestrzeni międzynarodowej²⁰. Fizyczne zasoby (bogactwo ekonomiczne, siła militarna, położenie geograficzne), tak chętnie postrzegane przez klasyczne pozytywistyczne teorie stosunków międzynarodowych jako źródła potęgi państw, dla konstruktywistów nabierają określonego znaczenia dopiero w kontekście wspólnych wartości i idei oraz intersubiektywnie dzielonej wiedzy, w jakiej są osadzone. Dla konstruktywistów bowiem interesy i tożsamość aktorów stosunków międzynarodowych nie są czymś danym *a priori*, jak dla neorealistów lub neoliberalów, ale raczej podlegają procesowi dynamicznego kształtowania się i zmiany zarówno pod wpływem czynników materialnych (takich jak sytuacja geopolityczna lub zmieniające się warunki ekonomiczne), jak i – a być może nawet przede wszystkim – pod wpływem struktur normatywnych²¹. Owe struktury niematerialne, zwane też normatywnymi (*normative*), są kluczem do zrozumienia procesu konstruowania interesów i tożsamości aktorów, przede wszystkim państw. Składają się na nie przede wszystkim normy, wartości, idee oraz inne czynniki kulturowe²². Dla neorealistów czy neoliberalów źródła i sposób formowania się interesów państw są w zasadzie bez znaczenia. Dla konstruktywistów tożsamość, stanowiąca samoświadomość własnej roli państw, powstaje w toku procesu interakcji i komunikacji pomiędzy aktorami stosunków międzynarodowych. Nie jest ona z góry zdeterminowana, zanim państwa wejdą w relacje z innymi aktorami, ani też nie jest stała. Tak więc interes państw, a wraz z nim w dalszej perspektywie czasowej ich tożsamość, są zmienne i mogą być wciąż redefiniowane czy też konstruowane na nowo, w zależności od okoliczności, w jakich państwo znajduje się w danym okresie historycznym, intersubiektywnego pojmowania idei, norm i poglądów, które mają wpływ na jego praktykę i postawę na arenie międzynarodowej, a także pod wpływem socjalizacji państwa w ramach reżimów prawnomiędzynarodowych, w których ono uczestniczy²³. Ujmując rzecz jeszcze inaczej – społeczne struktury niematerialne wpływają na wykształcenie się relacyjnej, definiowanej w odniesieniu do innych aktorów, społecznej tożsamości uczestników stosunków międzynarodowych, tworząc jednocześnie swoisty „filtr”, poprzez który postrzegają oni innych, siebie samych oraz swoje miejsce w społeczności międzynarodowej, której istnienie konstruktywizm jako teoria społeczna oczywiście przyjmuje. Społeczne struktury w społeczności międzynarodowej są integralnie związane z samoświadomością aktorów i racjami, jakie kierują ich działaniami na arenie międzynarodowej. Przeważające normy systemu nie są za-

²⁰ Ibidem, s. 279.

²¹ J. Brunnée, S. J. Toope, *Constructivism...*, s. 121.

²² Ibidem.

²³ T. Widłak, *op. cit.*, s. 147–148.

tem li tylko „produktem ubocznym” aktywności normotwórczej państw, którą podejmują one celem zabezpieczenia własnych interesów; cały zespół tych norm wraz z wartościami, które legły u ich podstaw, kreuje jednocześnie przestrzeń normatywną i stanowi czynnik budujący ich tożsamość. Prawo międzynarodowe jako system normatywny nie jest czynnikiem ograniczającym, wyznaczającym ramy działania, a rzeczywistą ich podstawą, konstytutywnym elementem stosunków międzynarodowych w sensie społecznym.

Powyższe nie oznacza bynajmniej, że rzeczywistość normatywna ma według konstruktywistów absolutny prymat nad czynnikami materialnymi w kształtowaniu stosunków międzynarodowych. Jak podkreśla sam Alexander Wendt w swojej narracji konstruktywizmu, nie chodzi o to, aby negocjować fakt, iż „kultura superwenuje na naturze” i należy odrzucić twierdzenie, jakoby liczyć miały się wyłącznie idee²⁴. Oczywiście jest, że rzeczywistość materialna stanowi jeden z podstawowych czynników kształtowania się stosunków w społeczności międzynarodowej. Jednakże kontekst i znaczenie czynników materialnych jest konstruowany przez struktury normatywne, i nie jest też tak, że reguły czy idee mają znaczenie jedynie o tyle, o ile czynniki materialne schodzą na drugi plan²⁵. Niewątpliwie inną tożsamość, a zatem interesy i skłonność do podejmowania konkretnych, takich, a nie innych działań mają demokracje liberalne, dyktatury, państwa świeckie i wyznaniowe, mocarstwa, państwa średnie i małe. Dla przykładu, potencjalny rozwój militarnych technologii jądrowych Iranu jest obecnie postrzegany przez Stany Zjednoczone czy Izrael jako jedno z najpoważniejszych źródeł zagrożenia ich bezpieczeństwa. Podobnych obaw nie budzą jednak w Waszyngtonie czy Tel Awiwie znacznie potężniejsze i rozwinięte technologicznie arsenały atomowe Francji i Wielkiej Brytanii²⁶. Oparty na argumentach materialistycznych i teorii racjonalności instrumentalnej neorealizm – który jest *notabene* najbliższy dogmatykom prawa międzynarodowego – zupełnie nie potrafił wytłumaczyć tych fundamentalnych różnic w zakresie polityki międzynarodowej.

Kolejnym kluczowym elementem konstruktywizmu jest pewien dynamizm całego systemu. Struktury niematerialne, w tym normatywne, a także czynniki materialne nieustannie wzajemnie na siebie oddziałują²⁷. W modelu konstruktywistycznym normy oraz idee są wciąż na nowo odtwarzane przez praktykę, a zatem tożsamości społeczne aktorów są cały czas rekonstruowane czy też reprodukowane. Następuje sprzężenie zwrotne: państwa czerpią wiedzę o normach i wartościach poprzez interakcje w ramach społeczności międzynarodowej, a zarazem wpływają na same normy poprzez ich stosowanie. Powstaje społecz-

²⁴ A. Wendt, *Anarchy is what states make of it...*, s. 371.

²⁵ Ibidem.

²⁶ Zob. podobnie A. Wendt, *Constructing international politics*, „International Security” 1995, no. 20, s. 73.

²⁷ T. Widlak, *op. cit.*, s. 283.

nie konstruowana, dzielona wiedza o normach i wartościach systemu, a zatem również o zgodnym z nimi *hic et nunc* sposobie postępowania. Podejmowane przez państwa działania stanowią ogniwa łańcucha ciągłej interpretacji oraz re-interpretacji obowiązujących norm w kontekście własnej tożsamości, co z kolei może wpływać na jej ewolucyjne przedefiniowanie w oczach własnych danego państwa lub innych aktorów, a także warunkować jego interesy. Z tego powodu państwa rzadko podejmują z dnia na dzień działania radykalnie i otwarcie kwestionujące ich własną tożsamość w społeczności międzynarodowej. Wyjaśnia to z perspektywy konstruktywizmu także to, dlaczego nawet reżimy autorytarne używają zawsze jakiegoś rodzaju moralnej argumentacji, choćby w zakresie ochrony praw człowieka, i czują potrzebę usprawiedliwiania swoich zachowań. Źródłem legitymizacji działań państw są bowiem ugruntowane normy międzynarodowe, stanowiące w danych okolicznościach faktycznych i historycznych element ich własnej tożsamości.

4. Powstawanie i funkcjonowanie norm w ujęciu konstruktywistycznym

Potencjalna eksplanacyjna siła argumentu konstruktywistycznego odnośnie do powstawania, oddziaływania oraz funkcjonowania norm w przestrzeni międzynarodowej jest godna uwagi. Normy są w konstruktywizmie racjami działania dla aktorów stosunków międzynarodowych (przede wszystkim państw) opartymi na intersubiektywnych przekonaniach o świecie społecznym (w tym dzielonych poglądach moralnych) i materialnym (fizycznym)²⁸. Konstruktywiści zaproponowali m.in. model „cyklu życia” norm w przestrzeni międzynarodowej²⁹. W pierwszym etapie powstawania norm ich protagoniści (*norm entrepreneurs*) podejmują wysiłki celem przekonania krytycznej liczby państw do przyjęcia czy też zaakceptowania promowanej przez nich nowej normy. Jako owych promotorów nowych norm wymienia się często jednostki, takie jak choćby Henry Dunant³⁰, aczkolwiek wydaje się, że we współczesnej społeczności międzynarodowej rolę tę mogą pełnić także organizacje międzynarodowe, między- i pozarządowe oraz ich koalicje, a także w oczywisty sposób poszczególne państwa³¹. Protagonisci norm działają na ogół „pod prąd”, kwestionując obowiązujący w danym czasie w przestrzeni międzynarodowej normatywny „standard stosowności” (*standard of appropriateness*), do którego zmiany dążą, co powoduje, że forsowanie nowej normy spotyka się niejednokrotnie z oporem

²⁸ D. Armstrong, T. Farrell, H. Lambert, *International Law and International Relations*, Cambridge 2007, s. 97.

²⁹ M. Finnemore, K. Sikkink, *International norm dynamics and political change*, „International Organization” 1998, vol. 52, no. 4, s. 895–905.

³⁰ Ibidem, s. 897.

³¹ Podobnie: D. Armstrong, T. Farrell, H. Lambert, *op. cit.*, s. 99–100.

społeczności międzynarodowej, występującej z pozycji pewnego aktualnego aksjologicznego *status quo*. Kluczowym punktem, w którym następuje przejście do drugiej fazy cyklu „życia normy”, jest osiągnięcie pewnego punktu zwrotnego, związanego z akceptacją normy przez pewną bliżej nieokreśloną kluczową liczbę państw. Przy tym dokonuje się to m.in. poprzez formę instytucjonalizacji danej normy, np. w politykach zagranicznych państw, regułach organizacji międzynarodowych czy niektórych źródłach prawa międzynarodowego³². Najistotniejsze jest jednak przyjęcie i zaakceptowanie normy przez wpływowe państwa lub pewną znaczącą ich grupę³³, co podkreśla podzielane także przez konstruktywistów przekonanie, iż państwa nadal pozostają głównymi aktorami stosunków międzynarodowych i wiodącymi prym pierwotnymi podmiotami prawa międzynarodowego. Osiągnięcie punktu zwrotnego w tym procesie poprzez doprowadzenie do akceptacji normy przez najważniejszych aktorów powoduje ostatecznie rozpoczęcie drugiego etapu, nazwanego „kaskadą normy”. W tej fazie chodzi przede wszystkim o stopniowe rozprzestrzenianie się normy w społeczności międzynarodowej, swego rodzaju „rozlanie” się jej po instytucjach i podmiotach całego systemu, co prowadzi do przyrastającej w relatywnie szybkim tempie liczby aktorów akceptujących, przyjmujących i postępujących zgodnie z normą. Podkreśla się na tym etapie swego rodzaju efekt konformistyczny – kolejni aktorzy decydują się naśladować, czy też podążać za państwami „liderów” tej normatywnej zmiany. Innymi słowy, najważniejszym w tej fazie staje się proces socjalizacji członków społeczności międzynarodowej w toku akceptacji promowanej normy³⁴. Następuje ona przez uwzględnienie aksjologii danej normy w konstruowaniu tożsamości państw w społeczności międzynarodowej jako podmiotów pewnej kategorii (państw), a często także w ramach bardziej szczegółowych aspektów tej tożsamości, jak np. poczucia przynależności do grona państw demokratycznych, przestrzegających standardów praw człowieka, europejskich, nowoczesnych etc. Jako mechanizmy motywujące proces socjalizacji wskazano potrzebę czerpania przez państwa legitymizacji ze sfery międzynarodowej, poczucie prestiżu elit politycznych i wspomniany już konformizm, wynikający z chęci bycia postrzeganym jako członek konkretnej grupy³⁵. Państwa i inni aktorzy poszukują nieustannie przede wszystkim legitymizacji, zarówno dla swoich działań, jak i w szerszym kontekście własnej tożsamości, co wiąże się z akceptowaniem, lub też nie, norm systemu. Delegitymizacja, która może w skrajnych przypadkach przybrać np. formę politycznej kategoryzacji państwa przez innych członków społeczności międzynarodowej jako „państw

³² M. Finnemore, K. Sikkink, *op. cit.*, s. 900–901.

³³ Jak wskazują M. Finnemore i K. Sikkink, badania empiryczne mogą sugerować, że rzadko etap ten następuje, zanim normę zaakceptuje mniej niż 1/3 państw – *ibidem*, s. 901.

³⁴ *Ibidem*, s. 902.

³⁵ *Ibidem*, s. 903–904.

zbójceckich” (*rogue states*), z pewnością łączy się z dużo wyższymi kosztami funkcjonowania w tej społeczności (czy też *de facto* poza nią)³⁶. W końcu, w trzecim etapie, gdy kaskada norm przybierze dynamicznie na sile, rozpoczyna się faza internalizacji norm³⁷; zyskują one swego rodzaju status *a priori*, tworząc tym samym nowy normatywny standard stosowności, przyjmowany niejako automatycznie przez członków społeczności międzynarodowej. Nie każda norma osiągnie ten etap w cyklu swojego operowania w systemie. Internalizowana norma jest bardzo efektywna, gdyż aktorzy przyjmują ją i postępują według niej tak, jakby pochodziła od nich samych. Stąd też normy internalizowane są bardzo trudne do zmiany, często też nie są podważane ani kwestionowane, ponieważ stają się w tym procesie częścią tożsamości aktorów.

Do powyższego opisu „życia” norm trzeba jednakże poczynić kilka uwag. Po pierwsze, pewną słabością konstruktywizmu jest fakt, że nie rozróżnia się norm prawnych od innych norm społecznych funkcjonujących w stosunkach międzynarodowych³⁸. Pytanie o ewentualną specyfikę norm prawnych w teorii konstruktywistycznej pozostaje zatem otwarte. Po drugie, powyższy opis w przypadku norm prawnych może dotyczyć raczej typu norm-zasad o szerokim zastosowaniu i gęstszej podbudowie aksjologicznej niż bardziej technicznych reguł prawnych. Jako przykłady zasad prawa międzynarodowego, które przeszły powyższy cykl do ich internalizacji włącznie można zaliczyć szereg norm praw człowieka (np. zakaz handlu niewolnikami), prawa humanitarne, czy też wiele norm związanych z emancypacją różnych grup społecznych na przestrzeni ostatniego stulecia. Niewątpliwą zaletą teorii konstruktywistycznych w odniesieniu do problematyki norm jest chociażby potencjalna zdolność do wyjaśniania, dlaczego państwa przestrzegają norm prawa międzynarodowego tam, gdzie klasyczne odpowiedzi na to pytanie, oparte o teorię interesu lub sankcji, nie dają satysfakcjonujących rezultatów. Trzeba wyraźnie podkreślić, że normy pozostają jednym z centralnych przedmiotów zainteresowania konstruktywizmu i kompleksowe podsumowanie rozważań na ten temat w tym miejscu jest niemożliwe, a powyższe ogólne uwagi mają charakter sygnalizacyjny.

5. Konstruktywizm a prawo

Mimo dynamicznego rozwoju konstruktywizmu w teorii stosunków międzynarodowych, zbliżenie konstruktywizmu i prawa z perspektywy nauk prawnych dokonuje się dopiero w ostatnich latach. Przedstawiciele nauk politycznych, będący twórcami konstruktywizmu u początków powstania tego nurtu, podjęli próby wejścia w dialog z teorią prawa; swoje stanowiska odnośnie do ontologii

³⁶ Ibidem, s. 903.

³⁷ Ibidem, s. 904–905.

³⁸ Ch. Reus-Smit, *The Politics of International Law*, New York 2004, s. 40.

prawa międzynarodowego zaproponowali zarówno Nicholas Onuf³⁹, jak i Friedrich Kratochwil⁴⁰. Jednak podejścia te, nawet jeśli krytyczne w stosunku do pozytywizmu, były w znacznej mierze – nawet nieświadomie – zdeterminowane czy ograniczone jego założeniami, a w konsekwencji inspirowane przez pozytywizm⁴¹, głównie w wydaniu H. L. A. Harta⁴². Propozycje Onufa i Kratochwila pozostają po dziś dzień i tak najbardziej wyrafinowanymi stanowiskami w odniesieniu do teorii prawa, jakie można spotkać w konstruktywistycznej literaturze nauk politycznych⁴³. Dość powiedzieć, że inne uznawane dziś za absolutnie fundamentalne dzieło dla tego nurtu – *Social Theory of International Politics* Alexandra Wendta⁴⁴ – w zasadzie w ogóle nie podejmuje żadnej głębszej refleksji nad znaczeniem i odrębnością prawa międzynarodowego. W przeważającej liczbie przypadków, z pewnymi wyjątkami⁴⁵, autorzy z zakresu konstruktywizmu w teorii stosunków międzynarodowych posługują się konwencjonalnym, czasem stereotypowym obrazem prawa jako instytucji silnie hierarchicznej, opartej na autorytecie władzy i sankcji, będącym jedynie kolejnym systemem norm społecznych⁴⁶.

Prawnicy, zwłaszcza zajmujący się prawem międzynarodowym, nie wykazywali jak dotąd szerszego zainteresowania konstruktywizmem, chociaż czerpali z innych socjologiczno-prawnych lub krytycznych podejść, dzielących przynajmniej część wspólnych założeń z konstruktywizmem, przy czym nurt znany jako szkoła *New Haven* Harolda Lasswella i Myresa McDougala może służyć tutaj za jeden z przykładów⁴⁷. W ostatnich latach zaczęły jednak pojawiać się w literaturze propozycje wprost konstruktywistycznych prób teoretyzowania na temat prawa międzynarodowego. Obok publikacji Iana Johnstone'a, Ryana Goodmana i Dereka Jinksa, czy też Moshe Hirscha, można wymienić także tytułem przykładu koncepcję budowaną na dorobku konstruktywizmu z jednej, a filozofii prawa Lona Fullera z drugiej strony, autorstwa Jutty Brunnée oraz Stephena Toppe⁴⁸. Autorzy ci skupili się na zagadnieniu odrębności norm prawnych od innych norm społecznych w stosunkach międzynarodowych. Badając kryteria moralności

³⁹ N. Onuf, *World of Our Making: Rules and Rule in Social Theory and International Relations*, Columbia 1989.

⁴⁰ F. Kratochwil, *Rules, Norms and Decisions: On the Conditions of Practical and Legal Reasoning in International Relations and Domestic Affairs*, Cambridge 1989.

⁴¹ J. Brunnée, S. J. Toope, *Constructivism...*, s. 126.

⁴² H. L. A. Hart, *Pojęcie prawa...*

⁴³ J. Brunnée, S. J. Toope, *Constructivism...*, s. 127.

⁴⁴ A. Wendt, *Social Theory of International Politics*, New York 1999.

⁴⁵ M. Finnemore, S. J. Toope, *Alternatives to „legalization“: Richer views of law and politics*, „International Organization” 2001, vol. 55, no. 3, s. 743–758.

⁴⁶ J. Brunnée, S. J. Toope, *Constructivism...*, s. 128–129.

⁴⁷ Szerzej: ibidem, s. 129–132.

⁴⁸ J. Brunnée, S. J. Toope, *Legitimacy and Legality in International Law: An International Account*, Cambridge 2010.

prawa Fullera w kontekście prawa międzynarodowego, dochodzą do niezwykle ważnego z perspektywy prawa międzynarodowego wniosku, że istota zobowiązań tkwi raczej we wzajemności, niż w tak bliskich prawu krajowemu instytucji przymusu, sankcji czy hierarchicznych zależności pomiędzy twórcami norm i podmiotami prawa. Wzajemność (*reciprocity*) może być z kolei prawidłowo zrozumiana jedynie, jeśli zostanie osadzona w szerszym kontekście norm społecznych opartych na intersubiektywnym rozumieniu i nieustannej interakcji pomiędzy członkami społeczności międzynarodowej⁴⁹.

Poza powyższymi i nielicznymi innymi przykładami⁵⁰, niewielu autorów angażuje się w poważny dialog między teorią prawa a konstruktywizmem. Tymczasem, jak wskazywano powyżej, obie dyscypliny mają wiele do nauczenia się od siebie nawzajem. Przede wszystkim jednak warto zwrócić uwagę na obszary, w których dorobek konstruktywizmu może pomóc teorii prawa oraz doktrynie prawa międzynarodowego w lepszym zrozumieniu miejsca i roli, jaką w społeczności międzynarodowej odgrywa prawo.

Po pierwsze, jak już wskazywano, konstruktywizm nie tylko czyni z norm jedną ze swoich centralnych kategorii analitycznych, lecz także bierze na poważnie ich rolę – w odróżnieniu od innych dominujących nurtów w teorii stosunków międzynarodowych, które zyskały znaczne wpływy w nauce prawa międzynarodowego. Dla przykładu, standardowe podejście liberalne nie potrafi poradzić sobie z wytłumaczeniem roli norm poza obszarem wzajemnej kooperacji i wspólnych korzyści osiąganych przez państwa w warunkach pokojowych i jest bezradne wobec argumentów neorealizmu wszędzie tam, gdzie górę bierze ostra polityczna konkurencja o zasoby, a nawet wojna⁵¹. Podważa to w oczywisty sposób pozycję i znaczenie prawa międzynarodowego. Lepsza z punktu widzenia tego ostatniego jest szeroka konstruktywistyczna teoria stosunków międzynarodowych, która nadaje normom głębsze, intersubiektywne w określonej społeczności znaczenie oraz pozwala postrzegać i analizować w ich kontekście dowolne postawy (tożsamości) oraz interesy państw, przebiegające także wedle logiki neo-Hobbesowskiej walki.

Po drugie, konstruktywiści udowodnili, że struktury w stosunkach międzynarodowych mają także – a może przede wszystkim – wymiar normatywny i nie są tylko determinowane przez dystrybucję siły i władzy w systemie⁵². Prawo międzynarodowe samo w sobie jest konstruowane społecznie, wywierając istotny wpływ na aktorów systemu (podmioty prawa międzynarodowego), dalece

⁴⁹ Zob. *ibidem*, s. 134–135.

⁵⁰ Na marginesie powyższych rozważań pozostawiam np. krytyczny nurt konstruktywizmu, reprezentowany chociażby przez znanego prawnika M. Koskienniemi'ego (*The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870–1960*, Cambridge 2001), który może być także zaliczany jako przedstawiciel ruchu *Critical Legal Studies*.

⁵¹ D. Armstrong, T. Farrell, H. Lambert, *op. cit.*, s. 102–103.

⁵² *Ibidem*, s. 103.

wykraczający poza klasyczną, normatywną siłę perswazyjną dyspozycji norm, z których się składa. Konstrukttywizm potrafi wytłumaczyć różnice w postrzeganiu przez państwa swojej roli, własnego stosunku do prawa międzynarodowego oraz udziału w jego tworzeniu i egzekwowaniu. Wskazuje, że autorytet prawa międzynarodowego może przekształcać nie tylko interesy, ale wręcz samą tożsamość członków społeczności międzynarodowej i w związku z tym wpływać na materialną rzeczywistość w sposób niewytłumaczalny przez klasyczne wizje normatywności prawa międzynarodowego, oparte o teorię racjonalnego wyboru. Dla przykładu, normy międzynarodowego prawa humanitarnego w dużej mierze wpłynęły na materialny świat, znajdując odzwierciedlenie w sposobach konstrukcji broni i instalacji militarnych, a także na inne idee i systemy normatywne, jak choćby taktyki, a nawet całe doktryny wojenne⁵³, czy w końcu tożsamość państw, takich jak Szwajcaria. Spojrzenie konstruktivistyczne pozwala na wyjątkowo adekwatną i dość głęboką analizę skutków obowiązywania i przestrzegania prawa. Z kolei w sferze tworzenia prawa konstrukttywizm daje asumpt do przeprowadzenia pełniejszej refleksji na temat kształtowania się efektywnych norm i może stanowić wartościowy wkład w dyskusję choćby nad dylematami użycia siły w prawie międzynarodowym, a konkretnie w zakresie debaty o kształtowaniu się wspomnianej już wyżej instytucji odpowiedzialności za ochronę (*Responsibility to Protect*).

Na gruncie konkretnych problemów prawa międzynarodowego można wyznaczyć wiele innych obszarów, w których analityczna siła konstruktivistycznych tez może być pomocna. Dla przykładu, konstrukttywizm wykazuje potencjał lepszego, w porównaniu z innymi teoriami stosunków międzynarodowych, wyjaśnienia procesów konstytucyjnych w ramach debaty o konstytucjonalizacji prawa międzynarodowego, w tym znaczenia i efektu działania norm peremptoryjnych w prawie międzynarodowym, zwanych też normami *ius cogens*⁵⁴. Sama konstytucjonalizacja w prawie międzynarodowym może być postrzegana jako pewien intersubiektywnie pojmowany projekt myślowy (*mindset*)⁵⁵. Podobnie, w literaturze studiowano z perspektywy konstruktivistycznej kasus funkcjonowania i rozwoju fenomenu praw człowieka⁵⁶, co z kolei łączy się z szeroką koncepcją aktora – czy też członka – społeczności międzynarodowej, propagowaną przez konstrukttywizm; wszak propagatorami nowych norm, zwłaszcza z zakresu praw człowieka, chcą i mogą być aktorzy nie-państwowi i transnarodowi, tacy

⁵³ Ibidem, s. 97.

⁵⁴ T. Kleinlein, *Between myths and norms: Constructivist constitutionalism and the potential of constitutional principles in international law*, „Nordic Journal of International Law” 2012, no. 81, s. 128.

⁵⁵ Ibidem, s. 132.

⁵⁶ Np. T. Risse, K. Sikkink, *The socialization of human rights norms into domestic practices: Introduction*, [w:] T. Risse, S. C. Ropp, K. Sikkink (eds), *The Power of Human Rights*, Cambridge 1999, s. 1–38.

jak organizacje pozarządowe (NGO). To stanowisko idzie z kolei w parze z podnoszoną w doktrynie prawa międzynarodowego ewolucją koncepcji podmiotu prawa międzynarodowego, bez wątpienia obejmującą już współcześnie byty pozapaństwowe⁵⁷. Konstruktywistyczne teorie w zakresie wyjaśniania roli, jaką odgrywają podmioty pozapaństwowe i instytucje może być również przydatna badaczom z zakresu nauk prawnych, zajmujących się międzynarodowym sądownictwem oraz funkcjonowaniem innych instytucji międzynarodowych w ramach szeroko pojętego *global governance*.

6. Podsumowanie

Konstruktywiści pokazali, że to, co myślimy na temat tego, kim jesteśmy, w znacznej mierze determinuje to, czego chcemy⁵⁸. Konstruktywizm oferuje dogmatykom prawa międzynarodowego atrakcyjne i przekonujące propozycje odpowiedzi na pytania dotyczące sposobu powstawania norm prawa międzynarodowego, a także jego przestrzegania i stosowania przez aktorów poruszających się zasadniczo w przestrzeni, w której nie ma jednego suwerena⁵⁹. Państwa, uczestnicząc argumentacyjnie w społeczności międzynarodowej, występują w roli prawodawców, a zarazem adresatów norm. Jednak tworząc normy, interpretując je, stosując i przestrzegając – równocześnie budują swoją tożsamość, a w konsekwencji również kształtują z ich udziałem swoje interesy w odniesieniu do innych aktorów. Podejście konstruktywistyczne pozwala wykroczyć poza logikę „kija i marchewki” jako podstawy istnienia i przestrzegania prawa międzynarodowego; pokazuje, że procesy kreowania oraz internalizowania norm są dużo bardziej złożone niż przekonuje klasyczny pozytywizm prawniczy. Niejednokrotnie na przestrzeni ostatnich dwóch dekad poszukiwano możliwości interdyscyplinarnego zbliżenia pomiędzy nauką prawa międzynarodowego a rosnącym dorobkiem szybko rozwijających się nauk politycznych o stosunkach międzynarodowych⁶⁰. Wydaje się, że konstruktywizm to teoria mogąca zbudować pomost między dwiema dyscyplinami. Jednakże wola musi znaleźć się niewątpliwie także po stronie doktryny prawa międzynarodowego, co wymaga od niej również przyjęcia większej elastyczności i otwartości na własnym podwórku naukowym, a zatem otwarcia się na szerszą filozofię prawa i zdecydowanego wyjścia poza paradygmat pozytywistyczny.

⁵⁷ Zob. T. Widlak, *op. cit.*, s. 215–319; B. Mielnik, *Kształtowanie się pozapaństwowej podmiotowości w prawie międzynarodowym*, Wrocław 2008.

⁵⁸ D. Armstrong, T. Farrell, H. Lambert, *op. cit.*, s. 96.

⁵⁹ Podobnie zob. T. Kleinlein, *op. cit.*, s. 127.

⁶⁰ Zob. A.-M. Slaughter Burley, *International law and international relations theory: A dual agenda*, „The American Journal of International Law” 1993, vol. 87, no. 2, s. 205–239.

Katarzyna Schmidt-Kwiecińska

Multicentryczne spojrzenie na porządek prawny w perspektywie diachronicznej

Przystąpienie Polski do Unii Europejskiej otworzyło dyskusję dotyczącą umiejscowienia oraz wzajemnej relacji prawa UE i prawa krajowego. Wielowątkowa analiza zagadnienia prymatu jednego z porządków, prowadzona na gruncie doktryny oraz w orzecznictwie TK, nie dostarczyła jednoznacznych rozwiązań w sytuacji kolizji pomiędzy systemem krajowym i europejskim. Konieczne zatem stało się poszukiwanie szerszego sposobu opisu zależności prawa krajowego do prawa UE, któremu udałoby się uniknąć tych słabości, które pojawiały się w dyskusjach nad prymatem prawa UE. Jednym z zaprezentowanych stanowisk jest przyjęcie multicentryczności współczesnego systemu prawa, przedstawione przez E. Łętowską¹. W wielu następujących po sobie opracowaniach autorka uzupełniała koncepcję o kolejne tezy i przykłady. Jednocześnie założenie multicentryczności poddawane było krytycznej weryfikacji, w wyniku której pojawiły się nowe uwagi do koncepcji. Samo pojęcie multicentryczności ewoluowało wraz z upływem lat od polskiej akcesji i stopniowym zbliżaniem się do siebie systemów prawnych. Stało się doskonałym remedium na trudności związane z opisem relacji pomiędzy prawem polskim a ośrodkami zewnętrznymi. Wydaje się to źródłem dużej popularności owego terminu, który na trwałe zagościł w polskich opracowaniach naukowych.

Założenie o multicentryczności systemu prawa wydaje się najpełniej oddawać złożoność relacji pomiędzy porządkiem UE a krajowym. Z uwagi na liczne głosy polemiczne i uzupełnienia, można uznać jego dopracowywanie za proces ciągły. Przyjęcie perspektywy diachronicznej przy jego analizie umożliwia uchwycenie specyfiki prawa UE w dynamicznie zmieniającej się rzeczywistości. Pozwala na przedstawienie multicentryczności oraz dyskusji w tym zakresie w sposób właściwy dla „czasów przemian”. Taka właściwość postępowania

¹ E. Łętowska, *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 4, s. 3; M. Zirk-Sadowski, M. Golecki, B. Wojciechowski (red.), *Multicentrism as an Emerging Paradigm in Legal Theory*, Frankfurt am Main 2009.

badawczego pozwala na uwzględnienie czynnika upływu czasu. Umożliwia również uchwycenie stopniowego zbliżania się, integracji prawa polskiego z prawem UE w miarę upływu lat od akcesji. Pozwala zatem na uwzględnienie specyfiki rozwoju samej UE, która podlega dynamicznym przeobrażeniom.

U podstaw wspomnianej koncepcji znajdują się następujące tezy. W pierwszej kolejności odrzuca się model monocentryczny, zbudowany hierarchicznie, natomiast zostaje zaproponowany model multicentryczny, z wielością ośrodków decyzyjnych w zakresie stanowienia prawa i wyznaczania kierunków wykładni. Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest umożliwienie współistnienia kilku centrów decyzyjnych oraz ich twórczej koegzystencji. Krajowe systemy prawne są zatem systemami monocentrycznymi, które ustępują pola, dopuszczając multicentryczność². Przyjęcie takiego założenia wyłącza konieczność ustalania prymatu jednego z ośrodków oraz zwalnia je z konieczności konkurowania ze sobą. W tym ujęciu nie ma także potrzeby ustalania sztywnych ram hierarchicznych, które usystematyzowałyby w kolejności głosy wyższego i niższego rzędu. Założenie to pozwala na otwarcie się przestrzeni dla wymiany poglądów. Całą europejską przestrzeń wypełnia zatem dyskurs, w którym pojawiają się koegzystujące głosy dochodzące z wielu ośrodków. Teza ta zrywa z monopolem organów krajowych i europejskich w zakresie stosowania prawa. Spór o miejsce w hierarchii zostaje zastąpiony „sporem o lepsze racje”. System multicentryczny jest modelem transgranicznym. Na terenie Polski – jednego terytorialnie kraju – współistnieją bowiem w zakresie stanowienia, stosowania i interpretacji ośrodki zewnętrzne, ponadgraniczne, właściwe dla wielu państw³.

Multicentryczność abstrahuje od tradycyjnego sporu w przedmiocie monizmu czy dualizmu systemu prawa⁴. Nie odpowiada wprost na pytanie, z iloma systemami prawnymi mamy do czynienia oraz jaka jest ich wzajemna relacja. Abstrahuje także od zasady pierwszeństwa prawa UE. Wydaje się jednak, że najbliższe multicentryczności jest przyjęcie założenia, iż mamy do czynienia z jednym porządkiem prawnym obejmującym ośrodki krajowy i europejski (podsystemy). Dostrzegalna jest zatem wielopłaszczyznowa struktura porządku prawnego w ramach UE. A. Kalisz zauważyła, że multicentryczność jest zjawiskiem „stopniowalnym” (w różnym stopniu może dotyczyć różnych systemów prawnych) oraz że nie wyklucza cechy hierarchiczności systemu. Autorka stwierdza, że „cechy multicentryczności i hierarchiczności współwystępują w ramach systemu prawa, uzupełniają się albo też wchodzą ze sobą w kolizję”⁵.

² E. Łętowska, *Multicentryczność...*, s. 3 i n. Zob. też W. Lang, *System prawa i porządek prawny*, [w:] O. Bogucki, S. Czepita (red.), *System prawny a porządek prawny*, Szczecin 2008, s. 13.

³ E. Łętowska, *Dialog i metody. Interpretacja w multicentrycznym systemie prawa (cz. I)*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2008, nr 11, s. 26.

⁴ E. Łętowska, *Multicentryczność...*, s. 3.

⁵ A. Kalisz, *Multicentryczność systemu prawa polskiego a działalność orzecznicza Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2007, z. 4, s. 36.

W swojej koncepcji multicentryczności E. Łętowska wielokrotnie akcentowała rolę sędziego krajowego jako gwaranta zapewnienia efektywności prawa europejskiemu. Nazywa sądy krajowe – sądami europejskimi „pierwszego kontaktu”⁶. Pozycja sędziów wydaje się tym bardziej skomplikowana, że prawodawca krajowy utracił monopol na tworzenie prawa, co wymusza na sędziach poszukiwanie innych punktów odniesienia dla własnego rozstrzygnięcia⁷. Dostrzegalne jest oddziaływanie wykładni sądów wyższej instancji wobec sądów instancji niższej oraz kształtowanie się linii orzeczniczej na podstawie orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego i Sądu Najwyższego w aspekcie krajowym⁸. Zauważalne jest zatem istnienie swoistego obszaru „współgospodarowania interpretacyjnego”, którego aktorami są Trybunał Sprawiedliwości UE, Europejski Trybunał Praw Człowieka i sądy krajowe. Sytuacja ta ostatecznie zrywa z monopolem interpretacyjnym sędziów polskich.

Należy zaznaczyć, że nie można uznać założenia o multicentryczności za konstrukt zupełny i pozbawiony wewnętrznych sprzeczności. W szczególności wątpliwości budzi możliwość pogodzenia go z zasadą prymatu prawa UE i autonomią prawa UE. Swoisty dysonans ujawnia się także w odniesieniu do wykładni obopólnie przyjaznej. Wskazane słabości założenia o multicentryczności mogą stać się asumptem do jego dalszego dopracowywania.

Konsekwencją przyjętego założenia o multicentryczności współczesnego prawa jest postulat „obustronnie przyjaznej wykładni”. Oznacza to, że proces interpretacji nie może prowadzić do rezultatów, które eliminowałyby lub marginalizowały jeden z porządków. W. Lang podkreśla, że przyjazna wykładnia musi mieścić się jednak w granicach leksykalnego znaczenia terminów i zwrotów interpretowanych przepisów prawa krajowego i unijnego⁹. Preferowane są zatem rozwiązania, które chronią współdziałanie, a do eliminacji nie prowadzą. E. Łętowska wskazuje na potrzebę „obopólnie przyjaznej wykładni”, aby – niezależnie od tego, jaki organ dokonuje wykładni i jaki akt jest poddawany interpretacji – jej wynik umożliwił nie tylko rozgraniczenie, lecz także „współfunkcjonowanie” obu porządków¹⁰. Ponadto zaznacza, że rozgraniczenie będzie się odbywało zgodnie z zasadą pierwszeństwa, kosztem uregulowania krajowego. E. Łętowska jednak postuluje nie tylko uwzględnienie przez sądy krajowe

⁶ E. Łętowska, *Między Scyllą i Charybdą – sędzia polski między Strasburgiem i Luksemburgiem*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2005, nr 1, s. 4.

⁷ E. Łętowska, *Czy w Polsce możemy mówić o prawie precedensowym?*, [w:] A. Ślesieńska-Simon, M. Wyrzykowski (red.), *Precedens w polskim systemie prawa*, Warszawa 2010, s. 11.

⁸ E. Łętowska, *Kilka uwag o praktyce wykładni*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2002, z. 1, s. 34.

⁹ W. Lang, *Wokół „Multicentryczności systemu prawa”*, „Państwo i Prawo” 2005, z. 7, s. 99.

¹⁰ E. Łętowska, *Multicentryczność...*, s. 9. Zob. też: J. Helios, W. Jedlecka, *Interpretacja prawa wobec wyzwań multicentryzmu*, [w:] P. Kaczmarek (red.), *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Lokalny a uniwersalny charakter interpretacji prawniczej*, Wrocław 2009, s. 143 i n.; D. Antonów, *Wykładnia prawa podatkowego po wstąpieniu Polski do Unii Europejskiej*, Warszawa 2009, s. 30 i n.

wykładni proeuropejskiej. Wydaje się, że w ramach „obustronnie przyjaznej wykładni” także sądy europejskie muszą uwzględniać w procesie wykładni źródła prawa krajowego i preferować rozwiązania niepozostające w sprzeczności z prawem państw członkowskich. Pojawia się wszak wątpliwość, czy jest to postulat możliwy do zrealizowania przez sądy krajowe. Należy bowiem zauważyć, że stoi on w sprzeczności z zasadą wykładni prounijnej oraz prymatu prawa UE. Powstaje zatem pytanie, w jaki sposób pogodzić ze sobą dwa sprzeczne postulaty? Z jednej strony konieczne jest zapewnienie kooperacji dwóch porządków, z drugiej – zasada pierwszeństwa może doprowadzić do pominięcia prawa krajowego w procesie orzekania. W sytuacji rozbieżności między prawem krajowym a UE, pierwszeństwo zarówno w sądach krajowych, jak i europejskich powinno bowiem zostać przyznane uregulowaniom prawa UE. Ponadto uwzględnianie przy rozstrzygnięciach sądów europejskich prawa członkowskiego w ramach „przyjaznej wykładni” może prowadzić do odmiennych rezultatów. Rozstrzygnięcia sędziów europejskich w analogicznych stanach faktycznych kształtowałyby się różnie w zależności od tego, jakie prawo państwa członkowskiego znajdowałoby zastosowanie. W rezultacie zatem ujednoczenie rozwiązań prawnych w ramach UE byłoby jedynie pozorne, gdyż w procesie wykładni prawo UE byłoby determinowane przez istniejące ustawodawstwo krajowe. Pozostaje również pytanie o to, w jaki sposób pogodzić zasadę „przyjaznej wykładni” z dopuszczalnością rozgraniczenia, a następnie pominięcia prawa krajowego. Postulat „obustronnie przyjaznej wykładni” jest do zrealizowania jedynie, gdy przyjmiemy, że zgodnie z nim sądy europejskie w swoim orzekaniu nie mogą preferować rozwiązań, które stałyby w oczywistej sprzeczności z prawem krajowym. Takie rozumienie „przyjaznej wykładni” obliguje sądy europejskie do brania pod uwagę konsekwencji dla prawa krajowego, wiążących się z wydawaniem rozstrzygnięć sprzecznych z prawem krajowym. Sądy europejskie muszą zatem uwzględniać przy orzekaniu prawo krajowe i dawać prymat rozwiązaniom dającym się pogodzić z uregulowaniami krajowymi. Rozstrzygnięcie sprzeczne z prawem krajowym jest zatem dopuszczalne jedynie w sytuacji, kiedy prawo krajowe nie daje się pogodzić z prawem UE. Nie ulega zatem wątpliwości, że „obustronnie przyjazna wykładnia” obliguje sędziego krajowego do uwzględnienia w sprawie „cienia europejskiego”. Otwarte pozostaje jednak pytanie, jakie konsekwencje pociąga ona za sobą przy orzekaniu przez sędziego europejskiego.

Główną słabością multicentryzmu jest trudność pogodzenia go z zasadą pierwszeństwa. Ta sprzeczność uwidoczniła się również powyżej, w ramach rozważań o „obustronnie przyjaznej wykładni”. Nie można zatem zgodzić się z poglądem A. Kalisz, według której „takie cechy prawa UE, jak zasada pierwszeństwa, bezpośrednie obowiązywanie i stosowanie przesadzają niejednokrotnie, że «stapia» się on w multicentryczny system z normami krajowymi”¹¹. Wymienione

¹¹ A. Kalisz, *Wykładnia i stosowanie prawa wspólnotowego*, Warszawa 2007, s. 215.

przez autorkę elementy wyłączają bowiem kooperację ośrodków krajowych i europejskich, stoją zatem w sprzeczności z głównym postulatem multicentryzmu. Mamy tutaj do czynienia z analogiczną sprzecznością, jak przy okazji niemożliwości pogodzenia zasady autonomii prawa UE i wykładni autonomicznej¹² z multicentryzmem. Powstaje pytanie – w jaki sposób autonomiczność prawa UE w obszarze wykładni pogodzić z założeniem wielokulturowości oraz wzajemnego poszanowania dwóch porządków? Wydaje się, że jest to możliwe przy wprowadzeniu zastrzeżenia, że zasada autonomii wykładni odnosi się do sposobu wykładni prawa unijnego, a nie krajowego. Prowadzi to zatem do wniosku, że unijne akty prawne powinny być interpretowane wyłącznie we wzajemnych zależnościach, a nie w zależnościach z prawem krajowym¹³. Multicentryczność natomiast opisuje wzajemną relację pomiędzy prawem UE a krajowym. Trzeba przyjąć, że wykładnia autonomiczna nie dotyczy zależności zachodzących pomiędzy prawem UE a krajowym. Odnosi się ona wyłącznie do sposobu interpretacji prawa unijnego, a może jedynie doprowadzić do zmiany powszechnie przyjętych pojęć na gruncie prawa krajowego¹⁴. Umożliwia zbudowanie autonomicznej siatki pojęciowej UE, która nie będzie się w pełni odnosić do prawodawstwa krajowego¹⁵. Pogodzenie ze sobą multicentryczności i autonomii wydaje się możliwe jedynie przy przyjęciu, że pierwsze dotyczy kooperacji między prawem UE a krajowym, a drugie wyłącznie interpretacji prawa unijnego. Postulat zapewnienia współegzystencji porządków będzie odnosił się do sytuacji, kiedy w procesie interpretacji będzie miało zastosowanie zarówno prawo polskie, jak i unijne. Założenie to nie rozstrzyga jednak wszystkich dylematów. Pozostaje bowiem pytanie o możliwość rozdzielenia w procesie stosowania prawa perspektywy europejskiej od krajowej. Interpretator może zostać postawiony przed dylematem, czy dokonywać

¹² Zob. K. Masło, *Wykładnia autonomiczna w prawie Unii Europejskiej*, [w:] C. Mik (red.), *Wykładnia prawa Unii Europejskiej*, Toruń 2008, s. 88; M. Masternak-Kubiak, *Zasada autonomii prawa wspólnotowego praktyka jej stosowania w Polsce*, [w:] M. Granat (red. nauk.), *Stosowanie prawa międzynarodowego i wspólnotowego w wewnętrznym porządku prawnym Francji i Polski. Materiały z polsko-francuskiej konferencji naukowej*, Warszawa 2007, s. 78; A. Kozak, [w:] A. Bator (red.), *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, Warszawa 2008, s. 21. Na temat sposobów pojmowania autonomii prawa zob. W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, Wrocław 2000; W. Jedlecka, *Autonomia dyrektyw prawa wspólnotowego wobec prawa wewnętrznego*, [w:] W. Gromski, *Autonomia prawa*, Wrocław 2001, s. 77. Zob. też: W. Jedlecka, *Z zagadnień autonomii prawa wspólnot*, [w:] J. Kaczor (red.), *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Teoria prawa europejskiego*, Wrocław 2005, s. 113; J. Helios, *Autonomia orzeczeń prejudycjalnych Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, [w:] W. Gromski, *Autonomia prawa*, s. 63; J. Helios, *Prawo europejskie jako rodzaj prawa*, [w:] idem (red.), *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Autonomia prawa ze stanowiska teorii i filozofii prawa*, Wrocław 2002, s. 77 i n.

¹³ M. Militz, D. Dominik-Ogińska, M. Bącał, T. Siennicki, *Zasady prawa unijnego w VAT*, Warszawa 2013, s. 225.

¹⁴ Ibidem, s. 226.

¹⁵ Ibidem, s. 225.

wykładni autonomicznej, czy też zapewnić funkcjonowanie prawa pochodzącego z obu centrów prawodawczych w duchu efektywności i wzajemnego poszanowania. Rodzi się również wątpliwość, co zrobić w przypadku, kiedy wykładnia autonomiczna nie doprowadzi do rezultatów zapewniających pełną efektywność prawa UE. Natomiast uwzględnienie kooperacji porządków w procesie interpretacji umożliwi zrealizowanie zasady efektywności. Dostrzegalny jest zatem brak spójności między wykładnią autonomiczną a założeniem multicentryzmu i konieczności uwzględnienia koegzystencji porządków.

Zatem pomimo przyjęcia w ramach rozważań o multicentryzmie założenia o abstrahowaniu od hierarchii pomiędzy prawem UE a krajowym, nie można w pełni zastąpić go postulatem kooperacji. Dylematy związane z zapewnieniem pierwszeństwa prawu UE przed krajowym wciąż bowiem pozostają aktualne w procesie orzekania. Wydaje się, że te dwa skrajne założenia można pogodzić jedynie przy przyjęciu, że zasada prymatu to modelowy wzorzec z obszaru dogmatyki, zaś założenie o multicentryczności systemu prawnego jest opisem rzeczywistego funkcjonowania zależności pomiędzy porządkami. Modelowy wzorzec został poddany korekcie praktyki orzeczniczej sądów polskich. W wyrokach krajowych doszło do odrzucenia wyznaczania relacji między porządkami na zasadzie prymatu jednego z nich, na rzecz kooperacji oraz „współgospodarowania” obszarem interpretacyjnym. Uznaje się zatem multicentryczność za sposób opisu zależności pomiędzy porządkiem krajowym a UE, który znajduje odzwierciedlenie w praktyce interpretacyjnej sądów polskich. Nie jest on jednak realizacją zasady pierwszeństwa. Wydaje się, że zasada prymatu z powodzeniem służyła do zapewnienia prawu UE efektywności we wczesnym etapie poakcesyjnym. Obecnie, wraz z postępującymi procesami integracyjnymi, realizacja prawa UE jest zapewniana w sądach polskich w procesie interpretacji, a nie na poziomie walidacyjnym. Wraz z zastępowaniem dyskusji nad hierarchią porządków analizą ich kooperacji wydaje się, że pewnej rewizji wymaga rozumienie zasady pierwszeństwa. Coraz częściej zamiast na poziomie walidacyjnym wyeliminować prawo krajowe z procesu orzekania, sądy decydują się raczej na dokonanie wykładni w zgodzie z prawem UE i zapewnienie prawu UE efektywności.

E. Łętowska zauważa, że multicentryczność w obszarze wymiaru sprawiedliwości jest faktem i zamiast z nim polemizować, należy uznać po prostu istnienie takiego konstruktów za punkt wyjścia¹⁶. Kolejnym krokiem jest, jej zdaniem, działanie poprzez dialog, perswazję i edukację. Negatywną alternatywą dla tej drogi jest bierne poddawanie się zaistniałemu stanowi rzeczy, którego konsekwencją będzie chaos w systemie prawnym, a w szczególności upadek prestiżu prawa i wymiaru sprawiedliwości. Prawo krajowe oraz prawo UE powinny ze sobą

¹⁶ E. Łętowska, L. Garlicki, M. Safjan, A. Wróbel, *Quis iudicabit? – europejska wspólnota sędziów czy sędziowska wieża Babel?*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2010, z. 10, s. 3.

kooperować jako dwa oddzielne, lecz skoordynowane ze sobą systemy, które wzajemnie się uzupełniają, podejmując wzajemny wysiłek w celu zapewnienia skutecznego systemu ochrony prawnej¹⁷.

Przystąpienie Polski do UE wymusiło koegzystowanie na jednej płaszczyźnie dwóch porządków prawnych. Relacje pomiędzy porządkiem krajowym a europejskim można porównać do geologicznego zjawiska płyt tektonicznych. Taka metafora umożliwia pełniejsze ukazanie kooperacji porządków. Współistnieją one jak płyty tektoniczne, które cały czas znajdują się na „styku”. Zwykle funkcjonują oddzielnie, jednak w sytuacji, kiedy na siebie nachodzą, dochodzi do napięcia, konfliktu. Aby zapobiegać negatywnym skutkom tego zjawiska, konieczne wydaje się rozładowywanie powstałych napięć i wyważanie racji właśnie w procesie sądowego stosowania prawa. Interpretacja staje się zatem swoistym „wentylem bezpieczeństwa” i gwarantem kooperacji. Wraz z postępującymi procesami integracyjnymi zauważalne jest stopniowe zanikanie traktowania w orzecznictwie spraw krajowych z pierwiastkiem europejskim jako „granicznych”.

A. Kustra, odnosząc się do ram pojęcia multicentryczność, wyróżnia jego zewnątrzsystemowy aspekt. W ramach niego omawia tzw. „geometrię trzech płaszczyzn” – prawa krajowego, UE oraz prawa tworzonego w ramach Rady Europy, przede wszystkim Europejskiej Konwencji Praw Człowieka¹⁸. Postuluje konieczność szerszej analizy trójstronnych relacji między wszystkimi wymienionymi centrami tworzącymi i stosującymi prawo. W skład multicentrycznej hybrydy wchodzi bowiem więcej elementów niż prawo polskie i UE. Przykładem na multicentryczność jest także obszar praw człowieka. Materia ta stanowi istotny element zarówno porządku międzynarodowego, UE, jak i krajowych systemów prawnych¹⁹. Natomiast D. Kornobis-Romanowska wskazuje, że prawo krajowe oraz prawo UE powinny ze sobą kooperować jako dwa oddzielne, lecz skoordynowane ze sobą systemy, które wzajemnie się uzupełniają, podejmując wzajemny wysiłek w celu zapewnienia skutecznego systemu ochrony prawnej²⁰. Autorka wyróżnia zatem dwa systemy prawne. Jednak w jej opisie zależności pomiędzy porządkami można doszukiwać się analogii z multicentrycznością.

¹⁷ D. Kornobis-Romanowska, *Zasada pierwszeństwa prawa wspólnotowego w praktyce ETS i sądów krajowych*, „Przegląd Prawa Egzekucyjnego” 2004, nr 4 (18), s. 46.

¹⁸ A. Kustra, *Wokół problemu multicentryczności systemu prawa*, „Państwo i Prawo” 2006, z. 6, s. 91; E. Łętowska, *Zapewnienie skuteczności orzeczeniom sądów międzynarodowych*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2010, nr 10, s. 26. Na konieczność uwzględniania w ramach multicentryczności Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka zwróciła także uwagę A. Kalisz w artykule: *Multicentryczność systemu prawa polskiego a działalność orzecznicza Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2007, z. 4, s. 41.

¹⁹ A. Kalisz, *Wielopłaszczyznowa ochrona praw człowieka w europejskiej przestrzeni prawnej*, [w:] T. Pietrzykowski (red.), *W kręgu teorii prawa i zagadnień prawa europejskiego*, Sosnowiec 2007, s. 26.

²⁰ D. Kornobis-Romanowska, *op. cit.*, s. 46.

Koegzystencję systemów dopuszcza bowiem w ramach takich elementów, jak kooperacja i skoordynowanie. Założenia te są więc tożsame z postulatami współdziałania i kooperacji, które zakłada multicytryczność.

W doktrynie coraz wyraźniej dostrzegalne jest odchodzenie od pojmowania systemu prawa UE w kategoriach nadrzędności na rzecz kooperacji. Zmieniają się również metafory, które mają obrazować system prawa UE. W 2008 r. Z. Brodecki ilustrował porządek prawny z perspektywy Unii Europejskiej jako piramidę²¹. W kolejnych latach zastąpił go symbolem zintegrowanego porządku prawnego, którego odpowiednikiem jest zegar²². Symbolizuje on czas przemian, a tarcze wewnątrz zegara, oznaczone jako prawo krajowe, prawo ponadnarodowe, prawo międzynarodowe – zazębiają się. Za spoiwo zintegrowanego systemu uznaje on jurysprudencję, która rozwija się z myślą o wspólnocie kulturowej jako elemencie jurysprudencji²³. Analizując graficzny obraz porządku UE, można doszukiwać się w nim analogii ze zintegrowaną kooperacją ośrodków w ramach multicytryzmu. Ta zmiana w prezentacji relacji pomiędzy centrami prawodawczymi ukazuje ewolucję spojrzenia na zagadnienia związków między prawem członkowskim a UE. Coraz częściej termin nadrzędność/podrzędność zastępuje się pojęciem zintegrowanie. Sam sposób postrzegania zagadnienia systemowości prawa UE zmienia się w sposób dynamiczny.

Wobec zaprezentowanych wyżej sposobów opisu relacji pomiędzy prawem UE a krajowym pojawia się pytanie o ich aplikację na grunt praktyki orzeczniczej sądów polskich. Istotnym głosem w ramach analizy relacji pomiędzy systemem prawa UE a krajowym jest stanowisko wyrażone w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. Założenie o koegzystowaniu dwóch centrów prawodawczych wysłowił TK w wyroku z 11 maja 2005 r. (K 18/04, OTK ZU 2005, nr 5A, poz. 49), podkreślając, że

prawną konsekwencją art. 9 Konstytucji jest konstytucyjne założenie, iż na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, obok norm (przepisów) stanowionych przez krajowego legislatora, obowiązują uregulowania kreowane poza systemem krajowych (polskich) organów prawodawczych. Ustrojodawca konstytucyjny świadomie więc przyjął, że system prawa obowiązujący na terytorium Rzeczypospolitej mieć będzie charakter wieloskładnikowy. [...] Na terenie Polski współobowiązują więc podsystemy regulacji prawnych, pochodzące z różnych centrów prawodawczych. Winny one koegzystować na zasadzie obopólnie przyjaznej wykładni i kooperatywnego współstosowania.

Wskazując na relację pomiędzy systemem europejskim a polskim, TK formułuje pogląd, zgodnie z którym:

²¹ Z. Brodecki (red.), *Europa sędziów*, Warszawa 2007, s. 32; idem, *Prawo integracji. Konstytucja dla Europy*, Warszawa 2008.

²² Z. Brodecki, *Prawo integracji. Konstytucja dla Europy*, Warszawa 2011, s. 111.

²³ Ibidem, s. 101.

sama koncepcja i model prawa europejskiego stworzyły nową sytuację, w której obowiązują obok siebie autonomiczne porządki prawne. Ich wzajemne oddziaływanie nie może być opisane w pełni za pomocą tradycyjnych koncepcji monizmu i dualizmu w układzie: prawo wewnętrzne – prawo międzynarodowe. Występowanie względnej autonomii porządków prawnych, opartych na własnych wewnętrznych zasadach hierarchicznych, nie oznacza braku wzajemnego oddziaływania. Nie eliminuje też możliwości wystąpienia kolizji między regulacjami prawa wspólnotowego a postanowieniami Konstytucji. Ta ostatnia sytuacja wystąpiłaby wówczas, gdyby miało dojść do nieusuwalnej sprzeczności pomiędzy normą Konstytucji a normą prawa wspólnotowego, i to sprzeczności, której nie można eliminować przy zastosowaniu wykładni respektującej względną autonomię prawa europejskiego i prawa krajowego. Sytuacji takiej wykluczyć nie można, ale może ona – z uwagi na wspomnianą już wspólność założeń i wartości – pojawić się wyjątkowo.

Za korespondujące z założeniem multicentryczności należy uznać to stwierdzenie TK, w którym odnosi się on do wieloskładnikowego systemu prawa obowiązującego na terytorium Polski. W orzeczeniu odrzucono także rozumienie wzajemnych relacji prawa UE i krajowego na zasadzie monizmu albo dualizmu. TK podkreślił także współobowiązywanie podsystemów regulacji pochodzących z różnych centrów prawodawczych. Pojęcie równoległych centrów prawodawczych pojawia się również w ramach multicentryzmu.

Warunkiem wyprowadzenia konstatacji, że sądy polskie coraz pewniej funkcjonują w multicentrycznej rzeczywistości jest badanie polskiej praktyki orzeczniczej. Podstawowe bowiem jest pytanie o to, czy w polskim orzecznictwie występuje perspektywa europejska, a jeśli tak, to z jakim natężeniem oraz czy częstotliwość powoływania się przez polskie sądy na prawo UE ulega zmianie. Powyższe prowadzi zaś do postawienia pytania, czy funkcjonowanie w ramach multicentrycznej przestrzeni sądowej wpływa na ewolucję sądowego stosowania prawa w Polsce.

W początkowym okresie funkcjonowania termin multicentryczność miał służyć zagwarantowaniu zachowania swoistej atomizacji, odrębności pomiędzy sądami krajowymi a europejskimi. Zaznaczał podział na odrębne pola działań i wyrażał ograniczenie zaufania w ramach wymuszonej sytuacją graniczną kooperacji. Aktualnie w kontekście funkcjonowania sądów polskich w ramach europejskiej struktury znacznie częściej pojawiają się terminy dialog, współpraca, niż hierarchiczne podporządkowanie²⁴ czy nadrzędność. Założenie o multicentrycznej hybrydzie przestaje służyć jako gwarant suwerenności²⁵ polskiego wymiaru sprawiedliwości, a staje się narzędziem używanym do opisu wzajemnych zależności pomiędzy sądami. Coraz mniej adekwatne także przy omawianiu systemu prawa UE wydaje się traktowanie go jako konglomeratu porządku *common law*

²⁴ Zob. K. Pleszka, *Niektóre własności hierarchicznego uporządkowania systemu prawa*, „Studia Prawnicze” 1986, z. 3–4, s. 157–197.

²⁵ Zob. suwerenność jako źródło kontrowersji teoretycznych wśród prawników w UE – zob. M. Zirk-Sadowski, M. Król, *Prawo Wspólnoty Europejskiej w aspekcie teoretycznym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1994, z. 4, s. 40.

oraz kontynentalnego, w którym wyróżnia się cechy charakterystyczne każdego z modeli. Mówiąc o systemie prawa UE, mamy do czynienia z zupełnie nowym, coraz bardziej uporządkowanym i zupełnym tworem²⁶. Natomiast w ramach rozumienia terminu multicentryczność punkt ciężkości stopniowo przesuwa się z koegzystencji w ramach odrębności na wzajemne przenikanie się i „stapianie” systemów prawnych. Sam termin „sąd europejski” uległ swoistej ewolucji i nie jest już wprost utożsamiany z TS UE. Coraz częściej w kontekście tej definicji jako naturalna część składowa wymieniany jest sąd polski. Sądy polskie wraz z upływem lat od akcesji przestały upatrywać w TS UE źródła zagrożenia dla swej suwerenności. Sąd europejski służy jako „doradca” w ramach procedury prejudycjalnej. Coraz częściej sądy polskie wykorzystują orzecznictwo TS UE jako potwierdzenie tez zawartych w wyroku. Stwierdzić można zatem istnienie swoistej ewolucji samego rozumienia pojęcia multicentryczność. Postępująca integracja może w przyszłości doprowadzić do marginalizacji zagadnienia nadrzędności i podrzędności porządków. Wydaje się też, że istniejący obecnie rozdźwięk pomiędzy zasadą pierwszeństwa i autonomiczności prawa UE a multicentrycznością będzie tracił na znaczeniu. Odniesienie powyższych konkluzji do obecnego stanu polskiej praktyki interpretacyjnej byłoby jednak stwierdzeniem przedwczesnym. Wspomniane tendencje przemawiają za przyjęciem założenia multicentryczności, które promuje rozwiązania komunikacyjne zamiast zhierarchizowania porządków.

²⁶ Zob. M. Stępień, *Systemowość prawa europejskiego*, Poznań 2008, s. 13 i n.

Beata Polanowska-Sygulska

Herkules w stajni niewspółmierności

Wzmoczone promieniowanie anglosaskiej jurysprudencji jest dziś powszechnie obserwowalnym zjawiskiem. Charakterystyczne dla niej uwzględnianie w refleksji nad prawem szerszego, politycznego kontekstu znamionuje stopniowe odchodzenie od dominującej do niedawna na kontynentalnym gruncie tradycji analitycznej. U podłoża właściwego współczesnym przedstawicielom jurysprudencji przekonania o głębokim związku między filozofią prawa a filozofią polityczną leży przeświadczenie o współzależności obu tych dyscyplin od filozofii moralnej. Filozofia polityczna bowiem w świetle przyjętej przez nich perspektywy to filozofia moralna przeniesiona na grunt społeczny.

Swoistym ucieleśnieniem wspomnianych powiązań wydaje się znamienna droga intelektualna Josepha Raza, ucznia i następcy H. L. A. Harta na stanowisku profesora filozofii prawa na Uniwersytecie Oksfordzkim. Punktem wyjścia dla interdyscyplinarnej refleksji Raza była właśnie jurysprudencja; w tym obszarze jawi się on jako zdeklarowany zwolennik i obrońca twardego pozytywizmu, głoszącego tezę o możliwości ustalenia treści prawa poprzez wyłączone odniesienie do faktów społecznych, bez potrzeby odwoływania się do argumentów natury moralnej. *Stricte* filozoficznoprawne zainteresowania Raza ewoluowały z czasem w stronę ogólniejszej refleksji, wpisującej się w ramy filozofii politycznej. Głównym plonem tego etapu dociekań oksfordzkiego filozofa jest zaproponowana przez niego perfekcjonistyczna doktryna liberalna, konkurencyjna względem koncepcji Rawlsa. Stanowi ona oryginalną syntezę zasad liberalnych, niejako wychodzącą ponad główne kontrowersje, będące przedmiotem sporów między liberałami i komunitarystami. Najnowszym obszarem poszukiwań, wieńczącym intelektualną drogę Raza, jest filozofia moralna. W tej dziedzinie oksfordzki filozof jest zwolennikiem pluralizmu etycznego i obrońcą przekonania o obiektywnym oraz uniwersalnym charakterze wartości, ugruntowanego w oryginalnej, kwestionującej inne stanowiska, argumentacji. Trzy dyscypliny, na styku których sytuują się zainteresowania Raza – filozofia prawa, filozofia polityczna i moralna – jego zdaniem oświetlają różne aspekty ludzkiego życia. Myśliciel opowiada się za zasadniczą jednością filozofii praktycznej; jego własne, interdyscyplinarne

rozważania są niejako ilustracją tego wyznania wiary. W rozmowie ze mną, przeprowadzonej w Oksfordzie w 2010 r., Joseph Raz dał jawny wyraz wspomnianemu przekonaniu:

Wiele lat temu, zapewne na długo jeszcze przed powstaniem *The Morality of Freedom*, wątpiłem w to, jakoby sfera moralności tworzyła (czy też obejmowała) odrębny obszar rozważań, zasad czy wartości. [...] *Engaging Reason* to pierwsza książka, w której wysunąłem tezę, iż rozróżnienie rozważań moralnych i innych rozważań normatywnych ma charakter stylistyczny, kontekstualny, niemniej jest ono pozbawione jakiegokolwiek teoretycznej czy też praktycznej doniosłości¹.

Zapytany o naturę dającej się zidentyfikować w jego dociekaniach charakterystycznej sekwencji gałęzi filozofii praktycznej, ukierunkowanej w stronę coraz ogólniejszej refleksji, odparł, że należy ją interpretować w kategoriach pewnego faktu biograficznego. Szerszy kontekst, do pewnego stopnia kwestionujący to wyznanie, znajdujemy w jednej z nowszych prac filozofa, zatytułowanej *Value, Respect and Attachment*. Ilustrując tezę o przenikaniu się dwóch wymiarów doświadczenia etycznego – obiektywnego i subiektywnego – Raz przywołuje znany fragment *Małego Księcia*, traktujący o traumatycznym przeżyciu bohatera, jakim było dla niego odkrycie ogrodu pełnego róż. Tam Mały Książę uświadomił sobie, że jego róża, wbrew składanym przez nią zapewnieniom, nie jest jedyna na świecie. Zgodnie z interpretacją Raza jest to „urocza opowieść o powszechnym doświadczeniu”², wiążącym się z utratą złudzeń dzieciństwa i wejściem w dorosłość. Jest to moment, w którym uświadamiając sobie unikatowość właściwego nam, partykularnego i subiektywnego kontekstu, robimy decydujący krok w stronę tego, co ma wymiar obiektywny i uniwersalny³. Wówczas to doświadczamy nieodpartej siły rozumu i poddajemy się jej⁴. Wydaje się, że między zilustrowanym przez filozofa procesem przewartościowania, zachodzącym w trakcie dorastania, i jego własną drogą intelektualną zachodzi swoista paralela. Innymi słowy, charakterystyczna dla Raza ewolucja myślowej perspektywy, skierowana „od szczegółu do ogółu”, nie wydaje się li tylko przypadkowym faktem biograficznym, lecz – w pewnym aspekcie – niejako prawidłowością. Żartobliwy autokomentarz na temat własnego oglądu stanowi następujące wyznanie filozofa, poczynione w znanym eseju *Multiculturalism*: „Moja praca to typowe zajęcie abstrakcjonisty (*generalist*), który potrafi mówić o wszystkim, nie mając pojęcia o niczym”⁵.

¹ B. Polanowska-Sygulska, *Rozmowy z oksfordzkimi filozofami*, Kraków 2011, s. 256–257.

² J. Raz, *Value, Respect and Attachment*, Cambridge 2001, s. 13.

³ Piszę na ten temat szerzej w monografii: B. Polanowska-Sygulska, *Pluralizm wartości i jego implikacje w filozofii prawa*, Kraków 2008, s. 327–328.

⁴ J. Raz, *Value, Respect...*, s. 14.

⁵ J. Raz, *Multiculturalism*, [w:] idem, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford 1994, s. 155.

Powyższa ramowa charakterystyka sylwetki Josepha Raza jest pomyślana jako swoisty wstęp do dociekań, które utworzą trzon niniejszego opracowania. Będą one prowadzone w duchu podzielanego przez oksfordzkiego myśliciela przekonania o jedności filozofii praktycznej. W istotnym aspekcie zamierzam jednak wyjść poza perspektywę autora *The Morality of Freedom*. Stawiam tezę, że rozstrzygnięcia teoretyczne, dokonane czy to świadomie, czy też nie, na poziomie najgłębszej warstwy filozofii praktycznej – to jest filozofii moralnej – zakładając się na określoną koncepcję życia zbiorowego, wywierają decydujący wpływ na wizję prawa i jego stosowania.

Sięgnijmy do przemyśleń bodaj najbardziej wpływowego współczesnego filozofa prawa, jakim jest niedawno zmarły Ronald Dworkin. Z pozoru mogłoby się wydawać, że z racji przynależności do tej samej tradycji polityczno-prawnej poglądy Raza i Dworkina winny ze sobą blisko korespondować. Wszak obaj myśliciele bez najmniejszej wątpliwości wpisują się w szeroko rozumianą orientację liberalną. Niekwestionowanym przedstawicielem tego nurtu jest, jak wyżej wspomniano, Joseph Raz. Mimo wyraźnych, komunitarystycznych afiliacji, autor *The Morality of Freedom* jest nade wszystko zdeklarowanym zwolennikiem liberalnego z ducha ideału autonomii osobistej, który postrzega jako przystający do wymogów ery industrialnej, wraz z jej szybko zmieniającymi się technologiami i migracjami siły roboczej. Głoszony przezzeń perfekcjonizm państwowy jest legitymizowany o tyle, o ile służy stwarzaniu warunków sprzyjających hołdowaniu przez obywateli autonomicznemu stylowi życia. Stąd przymus może być stosowany wyłącznie w celu ochrony autonomii.

Ronald Dworkin bez najmniejszych wątpliwości także jest kontynuatorem tradycji liberalnej. Jego dokonania są powszechnie interpretowane jako przynależne do wspomnianego nurtu. Zidentyfikowano go nawet jako ostatniego myśliciela „w linii wyznaczonej nazwiskami Johna Stuarta Milla i Johna Rawlsa”⁶. Jednoznacznie liberalnej proveniencji jest bowiem indywidualistyczna perspektywa, leżąca u podłoża zarówno jego doktryny, zbudowanej na fundamencie uprawnień (*rights-based*), jak i koncepcji demokracji, zakładającej ideę równego szacunku i równej ochrony obywateli (*equal concern and respect*). Co zastanawiające, właściwa Dworkinowi indywidualistyczna optyka mocno kontrastuje z charakterystycznym dla podejścia Raza antyindywidualizmem. Oksfordzki myśliciel jawnie deklaruje swoje stanowisko w tym względzie w swym kluczowym dziele *The Morality of Freedom*:

Jeżeli w przedstawionych w tej książce wywodach można wyróżnić jakiś motyw przewodni, to jest nim wyrażona w niej krytyka indywidualizmu oraz próba argumentacji za moralnością liberalną, opartą na nieindywidualistycznych podstawach. Indywidualizm, bądź indywidualizm moralny w rozumieniu tej książki, to doktryna, zgodnie z którą wyłącznie stany odnoszące się do indywidualnych istot ludzkich, bądź do aspektów ich życia, mogą być same w sobie dobre lub wartościowe [...].⁷

⁶ W. Sadurski, *Śmierć giganta*, „Gazeta Wyborcza”, 23.02.2013, s. 29.

⁷ J. Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford 1986, s. 18.

Ów charakterystyczny dla Raza anty-indywidualistyczny rys unaocznia jego koncepcja społecznego uwarunkowania wartości, a także dokonane przezeń rozpoznanie dóbr kolektywnych (*collective goods*) jako wartości samych w sobie. Obaj myśliciele – Dworkin i Raz – zdają się zatem zajmować opozycyjne stanowiska w obrębie tego samego, szeroko rozumianego nurtu w zakresie filozofii politycznej, hołdując przeciwstawnym wizjom państwa: z jednej strony jego neutralności względem różnych koncepcji dobra, z drugiej zaś – jego perfekcjonizmowi. Pomimo tej bogatej w konsekwencje różnicy, przynależą do wspólnej, liberalnej tradycji.

Tym bardziej zaskakuje odmiennosc przyjętych przez nich perspektyw na poziomie filozofii prawa. Mogłoby się po raz kolejny wydawać, iż wspólne korzenie – obaj wszak czerpią z dziedzictwa anglosaskiej jurysprudencji – przesądzą o podobnym oglądzie. Co istotne, obaj myśliciele reprezentują pokrewny styl refleksji nad prawem, sytuując ją w szerokim kontekście politycznym i moralnym. Jednakże właściwe im wizje stosowania prawa radykalnie od siebie odbiegają. Jak wspomniano powyżej, Raz zawrócił z drogi swojego mistrza Harta w stronę wyrafinowanego pozytywizmu, opowiadając się zdecydowanie za „twardą” wersją tego stanowiska. Dworkin, także odcinając się od Harta, zaproponował całkowicie nowe podejście w jurysprudencji, przekraczające tradycyjną opozycję między pozytywizmem a prawem natury. Jego nader wpływowa koncepcja *law as integrity* zrywa z wizją prawa jako gotowego obiektu, podkreślając jego interpretacyjny wymiar. Tym samym kładzie szczególny akcent na rolę sędziów, zyskujących w Dworkinowskim „imperium prawa” status książąt. Rozbieżne punkty widzenia obu myślicieli zdają się stanowić modelową ilustrację maksymy: „Wiek XX to czas władzy parlamentów, zaś wiek XXI to czas władzy sędziów”. W tym aspekcie twardy pozytywizm Raza sytuuje go w wieku XX, zaś interpretacyjna filozofia prawa Dworkina lokuje go zdecydowanie w wieku XXI. Nasuwa się kluczowe pytanie: na jakiej płaszczyźnie należy poszukiwać źródeł wspomnianego rozżewu? Nie wydaje się, by poziom filozofii politycznej oferował rozstrzygającą odpowiedź. Mimo wszelkich różnic między wizjami państwa wyłaniającymi się z refleksji Raza i Dworkina, ich stanowiska względem kluczowej kwestii relacji między prawami jednostki a dobrem wspólnym nie są od siebie zbyt odległe. Obaj bowiem – wpisując się w tradycję liberalną – mocno podkreślają priorytet jednostki przed wspólnotą (jakkolwiek odmiennie rozkładają akcenty). Być może zatem punkt ciężkości usytuowany jest głębiej, na poziomie fundamentalnych rozstrzygnięć w obszarze filozofii moralnej, przekładających się następnie na wizję polityki, prawa i jego stosowania.

Stawiam tezę, iż kardynalna rozbieżność między stanowiskami Raza i Dworkina w jurysprudencji jest bezpośrednią konsekwencją odmiennych optyk, właściwych obu myślicielom na poziomie filozofii moralnej. Zaryzykowałabym również twierdzenie, że przy wszystkich zastrzeżeniach, jakie można skierować

pod adresem perspektywy Josepha Raza w obszarze szeroko rozumianej filozofii praktycznej, wyznawany przez niego pluralizm etyczny stanowi świetną lekcję pokory dla prawników, odsłaniając równocześnie niebezpieczeństwa, uwikłane w opozycyjnym, Dworakinowskim podejściu.

Zestawienie poglądów obu filozofów, sytuujących się na poziomie filozofii moralnej, wymaga choćby ramowej prezentacji specyficznego stanowiska Josepha Raza. Podzielany przez niego pluralizm wartości jest niejako pośrednim poglądem na mapie teorii etycznych, dystansującym się zarówno od monizmu, jak i relatywizmu, i proponującym unikatowy, odmienny od obu powyższych punktów widzenia opis życia etycznego. Koncepcje monistyczne zakładają istnienie jednego możliwego do przyjęcia systemu wartości; rozmaite odmiany etycznego subiektywizmu czy relatywizmu przyjmują, iż wszystkie wartości są wyrazem preferencji czy konwencji. Na gruncie pluralizmu fundamentalne ludzkie wartości są obiektywne i poznawalne, ale jest ich wiele. Owa wielość nie poddaje się ani redukcji, ani pełnemu hierarchicznemu uporządkowaniu, które byłoby uniwersalnie prawomocne. Nie sposób łączyć ze sobą pewnych wartości; niektóre spośród nich bywają niewspółmierne. W interpretacji Raza wspomniane zjawisko niewspółmierności wartości, którego rozpoznanie jest wyróżniającym rysem pluralistycznej perspektywy w etyce, zasada się na ich nieporównywalności (braku wspólnej miary). Nie istnieje żaden ostateczny standard, który pozwoliłby na racjonalne rozstrzygnięcie kolizji między nimi. Wizja, która wylania się z pluralistycznego oglądu, to świat będący areną nieuniknionych zderzeń, dylematów moralnych i utraty, która towarzyszy koniecznym wyborom między kolidującymi wartościami. To rzeczywistość, w której z założenia nie można mieć wszystkiego; w której nie wchodzi w grę ani osiągnięcie harmonii, ani znalezienie jakiegoś „ostatecznego rozwiązania” ludzkich problemów. Wreszcie to świat na trwałeznaczony brakiem, cierpieniem i możliwością tragedii.

Światowa dyskusja nad tą zrodzoną w Oksfordzie kontrowersyjną koncepcją i jej implikacjami dla filozofii politycznej i filozofii prawa rozwinęła się w ciągu ostatnich kilkunastu lat. Strumień publikacji poświęconych pluralizmowi nasilił się po wydaniu w 1995 r. głośnej książki Johna Graya, zatytułowanej *Isaiah Berlin*. Autorstwo koncepcji pluralizmu etycznego przypisuje się bowiem powszechnie Isaiahowi Berlinowi, jakkolwiek zarówno on sam, jak i inni autorzy upatrują jej źródła w poglądach całej plejady dawniejszych myślicieli. Ujmując rzecz w największym skrócie, można uznać późne lata 80. i wczesne 90. ubiegłego wieku za okres, w którym miało miejsce niejako „ukonstytuowanie się” pluralizmu wartości jako niezależnego kierunku, stanowiącego źródło inspiracji dla rosnącej liczby autorów⁸.

⁸ Miałam przywilej bycia świadkiem, a zarazem – do pewnego stopnia – uczestniczką tamtych dyskusji. Zob. I. Berlin, B. Polanowska-Sygułska, *Unfinished Dialogue*, Amherst–New York 2006, s. 211–229.

Joseph Raz jest autorem niejako równoległej względem Berlinowskiej, a zarazem najbardziej wyrafinowanej i rozwiniętej teoretycznie wersji pluralizmu. Jej wyróżniającym rysem jest charakterystyczna dla ujęcia Raza tzw. teza o społecznej zależności wartości, tj. przekonanie o ich zależności od społecznych praktyk. Warto odnieść się do pewnego wybranego wątku rozważań Raza, który ma istotne znaczenie dla filozofów prawa. Otóż jednym z argumentów, wysuwanych przez Raza za tezę o społecznej zależności szeroko zakrojonych celów (*comprehensive goals*), czyli takich, które wywierają wpływ na wiele aspektów ludzkiego życia, jest fakt, iż jednostki nie byłyby w stanie zakładać ani realizować owych celów inaczej, niż tylko poprzez ciągle zaznajamianie się z formami społecznymi. Innymi słowy – jednostki nie są w stanie urzeczywistniać niektórych celów dzięki świadomemu poddaniu ich gruntownym przemyśleniom. Mogą one być osiągnięte wyłącznie poprzez nabranie stosownych nawyków (*habituation*). Raz przywołuje tu przykład tzw. „gęstych” relacji, jakie zachodzą między rodzicami a dziećmi, czy też między małżonkami. Ich treść jest na tyle bogata, że znacznie wykracza poza teoretycznie możliwy opis, jaki byłibyśmy w stanie skonstruować. Stosunkowo adekwatną rekonstrukcję tego rodzaju stosunków międzyludzkich mogą zaoferować jedynie wybitne dzieła sztuki. Nie sposób nauczyć się pielęgnowania takich relacji, zgłębiając ich sformułowaną *explicite* charakterystykę; w grę wchodzi wyłącznie doświadczenie. Nawet wtedy, gdy już udało nam się przyswoić odpowiednie wzorce zachowań, większość naszych poczynań zasada się na wyuczonych, na poły automatycznych reakcjach. Przy pewnym nakładzie sił jesteśmy w stanie je stłumić, ale z reguły nie poddajemy ich świadomej refleksji i nie do końca zdajemy sobie z nich sprawę. Nawet wówczas, gdy nasze reakcje mogłyby być świadome, to jednak nie powinny takimi być. Przywiązujemy wagę do ich spontaniczności i niejako instynktownej bezpośredniości. Ich doniosłość zasada się właśnie na tym, że nie są przez nas w pełni kontrolowane. Rzecz komplikuje się dodatkowo wtedy, gdy urzeczywistnienie danego celu zależy od interakcji między ludźmi. Wiele zależy wówczas od tego, czy partnerzy potrafią właściwie odczytywać znaczenie swoich zachowań. W grę wchodzi wówczas również tzw. język ciała, czyli tysiące drobnych sygnałów, jakie ludzie sobie nieświadomie przekazują⁹. Filozof przekonująco argumentuje za społecznym ugruntowaniem owych szeroko zakrojonych celów, rzucając światło na ich złożoną naturę:

Fundamentalne opcje, które nadają naszemu życiu znaczenie – rozmaite zawody, które możemy uprawiać, przyjaźnie i relacje, jakie możemy nawiązywać, przejawy lojalności i zaangażowania, w jakie wchodzimy i które rozwijamy, nasze zainteresowania kulturalne, sportowe czy jakiegokolwiek inne – wszystkie one są gęstymi sieciami złożonych działań i interakcji. Są otwarte tylko dla tych, którzy je doskonałą; niemniej ich złożoność i gęstość uwikłanych szczegółów

⁹ Piszę na ten temat także w książce: B. Polanowska-Sygulska, *Pluralizm wartości...*, s. 116–118.

uniemożliwia ich świadome przyswojenie czy też sformułowanie ich szczegółowej charakterystyki. Są one dostępne tylko dla tych, którzy posiadają praktyczną wiedzę na ich temat bądź mogą ją zdobyć; wiedzę wyrażaną przez praktyki społeczne i przekazywaną poprzez nabieranie stosownych nawyków¹⁰.

Poddając pod rozwagę filozoficznoprawne implikacje optyki Josepha Raza, przywołajmy autentyczny postulat, wysunięty kilka lat temu w trakcie debaty nad nowo powstającą konstytucją Ekwadoru, przez pewną posłankę hołdującą radykalnie feministycznym przekonaniom. Zaproponowała ona wpisanie do opracowywanego wówczas projektu ekwadorskiej ustawy zasadniczej prawa do orgazmu. Taka regulacja stanowiłaby podstawę umożliwiającą kobietom dochodzenie prawa do satysfakcji seksualnej na drodze sądowej¹¹. Refleksja Josepha Raza w pełni odsłania absurdalność tego pomysłu. Nie ma chyba obszaru relacji międzyludzkich, który byłby – mówiąc językiem Raza – „gęstszy”, a tym samym trudniejszy w opisie i w mniejszym stopniu poddający się racjonalnym decyzjom czy rozstrzygnięciom. Tym samym niedorzecznością jest zamysł poddawania wspomnianej sfery jurysdykcji sądowej. Co więcej, w świetle sformułowanej przez Raza miażdżącej krytyki moralności opartej na uprawnieniach (*rights-based morality*), a zarazem proceduralnego liberalizmu, idea postrzegania relacji międzyludzkich w kategoriach uprawnień jawi się z samej swej natury jako nieoddająca sprawiedliwości bogactwu doświadczenia etycznego i tym samym z gruntu chybiona.

Zupełnie inaczej kwestie te przedstawiają się na gruncie optyki Dworkina. Wysunięty przez amerykańskiego filozofa postulat „wzięcia praw poważnie” jest wyrazem opozycyjnego względem perspektywy Raza stanowiska w kwestii moralności opartej na uprawnieniach. Innymi słowy, w przeciwieństwie do Raza Dworkin postrzega relacje międzyludzkie właśnie w kategoriach uprawnień i płynących z nich obowiązków. Wyobraźmy sobie sytuację, w której dochodzi do uwzględnienia w hipotetycznej konstytucji wspomnianego wcześniej uprawnienia. Dworkinowski „książe prawa” – to jest idealny sędzia, noszący skromne miano Herkulesa – dysponuje niedostępną zwykłym śmiertelnikom wiedzą i doświadczeniem. Dzięki nim, jak celnie pisze M. Zirk-Sadowski, jest on „w stanie uchwycić całość uwarunkowań społecznych i politycznych występujących w danej wspólnotce politycznej, rozpoznać zasady rządzące tą społecznością, wyważyć je i tą drogą dojść do «jednej jedynej słusznej odpowiedzi» na pytanie o uprawnienia jednostki”¹². Wkracza zatem wyposażony w swoistą piłę tarczową na zaminowany grunt delikatnych relacji międzyludzkich i – jeśli ma do czynienia z rozwiniętym systemem prawnym, obfitującym w bogate źródła

¹⁰ J. Raz, *Multiculturalism*, s. 162.

¹¹ Zob. M. Tryc-Ostrowska, *Konstytucyjne prawo do orgazmu*, „Rzeczpospolita”, 6.05.2008, s. A15. Wspomniany postulat ostatecznie nie został uwzględniony w konstytucji Ekwadoru.

¹² M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Kraków 2000, s. 212.

prawa oraz materiał orzecznicy – dokonuje uwieńczonej sukcesem wiwisekcji normatywnych struktur społecznych, prowadzącej do identyfikacji jednego jedynego słusznego rozstrzygnięcia. Nie jest przy tym, jak jego pozytywistyczny przeciwbiegun noszący miano Herberta, związany opinią większości; kieruje się własnym osądem, bazując na posiadanej przez siebie wiedzy i doświadczeniu. Jest to zadanie na miarę antycznego herosa – tylko „książęta prawa” są predestynowani do oczyszczenia imperium, w którym sprawują autentyczną władzę, z rzekomo niewspółmiernych kolizji uprawnień.

Fundamentem tego rodzaju optyki jest przeświadczenie o istnieniu zintegrowanego systemu wartości, innymi słowy – monizm etyczny, przy wszystkich zastrzeżeniach i całym wyrafinowaniu charakteryzującym Dworkinowskie ujęcie. Filozof jawnie deklaruje swoje przekonania w tym względzie w swej przedostatniej pracy, zatytułowanej *Justice for Hedgehogs*. Pierwsze zdanie tego obszernego *credo* Dworkina brzmi: „Ta książka broni rozległej, starej tezy filozoficznej o jedności wartości”.

Rozziew między stanowiskami Raza i Dworkina w jurysprudencji sięga zatem swymi korzeniami poziomu filozofii moralnej. Konsekwencje pluralistycznego oglądu, które dla Raza są wyrazem bogactwa i złożoności ludzkiego doświadczenia etycznego, Dworkinowi przywodzą na myśl wymagające oczyszczenia stajnie Augiasza. To, co zdaniem Raza odsłania granice ludzkiego rozumu, wedle Dworkina stanowi wyzwanie dla współczesnych herosów, czyli wyposażonych w niemal nadludzkie predyspozycje sędziów. Nieunikniony konflikt niewspółmiernych wartości, który zdaniem Raza oferuje mocny argument za rozwiązywaniem głęboko spornych kwestii za pomocą uregulowań legislacyjnych, ze swej natury dopuszczających kompromis i polityczne renegocjacje, w przekonaniu Dworkina winien być wpisany w ramy „uprawnieniowej” wizji polityki (*rights-based*) i tym samym poddany jurysdykcji sądów. W efekcie, zgodnie z duchem XXI w., pogłębia się proces przesunięcia mocy decyzyjnej z parlamentów do sądów.

Tę tendencję z wielu względów uważam za niepokojącą; tym cenniejsza zdaje się lekcja pokory dla prawników, płynąca z wnikliwych dociekań Josepha Raza i innych pluralistów etycznych, z Isaiahem Berlinem i Johnem Grayem na czele.

ETYKA – KRYTYKA – LITERATURA

Michał Krotoszyński

Integracja zewnętrzna prawoznawstwa a badania nad sprawiedliwością tranzycyjną

1. Wprowadzenie

Budowa systemu demokratycznego w państwach postautorytarnych i post-konfliktowych pociąga za sobą liczne dylematy natury politycznej, społecznej, moralnej i prawnej. Jedną z decyzji, jaka musi zostać podjęta w okresie tranzycji ustrojowej, jest ustalenie, co uczynić z „symbolami, doktrynami, organizacjami, prawami, urzędnikami i przywódcami systemów autorytarnych”¹. Ów „problem kata”, jak nazywał go S. Huntington, rodzi więc pytanie o podejście do kwestii ukarania winnych naruszeń praw człowieka dokonanych na polecenie lub za zgodą władz niedemokratycznych. Jak jednak dokonać takiego rozrachunku, nie zagrażając jednocześnie powstaniu bądź dalszemu istnieniu młodej demokracji? Jak zreformować instytucje publiczne, by zapewniały ochronę praw jednostek oraz jak – w sytuacji niedoboru zasobów – zadośćuczynić ofiarom? I wreszcie: jak zjednoczyć podzielone społeczeństwo wokół oficjalnej narracji historycznej, dbając przy tym, by przyjęcie wspólnej wizji przeszłości nie powodowało ekskluzji poglądów alternatywnych?

Na te i inne pytania szuka się odpowiedzi w ramach badań nad sprawiedliwością tranzycyjną (ang. *transitional justice*). Sprawiedliwość tranzycyjna wywodzi się z okresu rozliczeń po II wojnie światowej, kiedy to przed trybunałami w Norymberdze i w Tokio osądzono najwyższych dygnitarzy Państw Osi. Społeczeństwo niemieckie zostało również objęte administracyjną procedurą denazyfikacji. Po zakończeniu okupacji procesy kolaborantów odbyły się też w wielu

¹ S. Huntington, *Trzecia fala demokratyzacji*, Warszawa 1995, s. 216.

krajach zachodniej Europy. W okresie tym paradygmat rozliczeń z przeszłością opierał się na odpowiedzialności jednostek, która to odpowiedzialność zapewnić miała powstanie rządów prawa². Zmianę tego podejścia przyniosły jednak fundamentalne przekształcenia w krajach Europy, Afryki, Azji i Ameryki Łacińskiej z ostatniej ćwierci XX w., zwane powszechnie „trzecią falą demokratyzacji”³. Znaczna część tranzycji demokratycznych miała wówczas charakter negocjowany; konieczne stało się więc przyjęcie takich form rozliczeń, które nie zagroziłyby delikatnemu konsensusowi pomiędzy ustępującymi elitami a nową władzą demokratyczną. Wymierzanie odpowiedzialności w ramach procedur karnych i administracyjnych, choć nadal obecne, straciło więc swój prymat na rzecz innych priorytetów: budowy nowego ładu, zapewnienia pokoju oraz stworzenia stanu społecznego pojednania⁴.

Taka redefinicja celów *transitional justice* nie pozostała bez wpływu na charakter toczącego się na jej temat dyskursu. Skutkowała ona inkorporowaniem do zakresu podejmowanych rozważań

bardziej ogólnych pojęć społecznych, takich jak pojednanie, pamięć i tożsamość; idei religijnych, takich jak przebaczenie oraz politologicznych i socjologicznych perspektyw koncentrujących się na zależnościach pomiędzy *transitional justice* a budową państwa, demokracją i zmianą instytucjonalną⁵.

Zaowocowało to powstaniem nowego, interdyscyplinarnego pola naukowej refleksji, łączącego rozważania z zakresu prawa, myśli politycznej, medycyny sądowej, ekonomii, historii, psychologii – a nawet sztuk pięknych⁶. Tak szeroki zakres zainteresowań sprawiedliwości tranzycyjnej, a także niepewność co do jej celów oraz ich prymatu sprawiły, że zasadność kwalifikowania powyższych rozważań jako spójnego pola naukowego bywa kwestionowana. C. Bell widzi w sprawiedliwości tranzycyjnej raczej etykietę łączącą odmienne paradygmaty naukowe i teren, na którym toczy się wzajemna kolonizacja i dekolonizacja prawa oraz pozostałych nauk⁷. Nie negując zasadności krytyki podejmowanej przez autorkę, należy jednak wskazać, że obecny stan tego pola nie przekreśla możliwości owocnego współistnienia w jego ramach rozważań prowadzonych z prawnej i pozaprawnej perspektywy.

² R. Teitel, *Transitional justice genealogy*, „Harvard Human Rights Journal” 2003, vol. 16, s. 72–74.

³ Szerzej o tych wydarzeniach: S. Huntington, *op. cit.*

⁴ R. Teitel, *Transitional justice genealogy*, s. 75–89.

⁵ *Editorial Note*, „The International Journal of Transitional Justice” 2007, vol. 1, s. 2.

⁶ A. Mayer-Rieckh, P. de Greiff (eds), *Justice as Prevention: Vetting Public Employees in Transitional Societies*, New York 2007, s. 4.

⁷ C. Bell, *Transitional justice, interdisciplinarity and the state of the 'field' or 'non-field'*, „The International Journal of Transitional Justice” 2009, vol. 3, s. 5–27.

Biorąc powyższe pod uwagę, niniejsze opracowanie koncentruje się, po pierwsze, na roli teorii i filozofii prawa w badaniach nad sprawiedliwością czasu przełomu; po drugie zaś, wskazuje ono na możliwości, jakie na tym polu daje integracja zewnętrzna prawoznawstwa z innymi naukami.

2. Teoria i filozofia prawa a namysł nad sprawiedliwością tranzycyjną

Jak podnosi J. Zajadło, dla okresu przełomu typowa jest „szczególna infiltracja nauki i praktyki prawa przez **filozofię prawa**, zwłaszcza w wersji szeroko pojętych koncepcji prawnonaturalnych”⁸. W okresach tranzycji ustrojowych orzecznictwo odważniej odwołuje się do takiej argumentacji, czego przykładem jest zastosowanie klauzuli Radbrucha przez sądy niemieckie w powojennych procesach hitlerowskich zbrodniarzy i tzw. strzelców przy Murze Berlińskim. W ramach tych ostatnich postępowań sądy odmówiły zastosowania § 27 ust. 2 wschodniemieckiej ustawy o granicach państwowych – uprawniającego strażników do użycia broni dla zapobieżenia popełnieniu poważnego przestępstwa – uznając, że w realiach funkcjonowania byłego NRD przepis ten stanowił „urzędowe bezprawie” w rozumieniu niemieckiego filozofa⁹. Jak widać, w tych skrajnych przypadkach „wydanie wyroku odpowiadającego elementarnemu poczuciu sprawiedliwości nie mogło odbyć się bez odwołań prawnonaturalnych”, jednak również w sprawach mniej transgresywnych sądy w okresie przejściowym odwołują się do argumentacji pozaprawnej, osadzając w ten sposób treść zasady państwa prawa na fundamencie norm moralnych bądź uzupełniając brak takiej normy w systemie¹⁰.

Filozofia oddziałuje również na toczące się w ramach sprawiedliwości tranzycyjnej dyskusje; zarówno bowiem argumenty przemawiające za rozliczaniem przeszłości, jak i te sugerujące powstrzymanie się od rozrachunku z nią dają się osadzić na gruncie fundamentalnych koncepcji etycznych. W tym miejscu przytoczone zostaną jedynie niektóre z nich. Zgodnie ze stanowiskiem deontologicznym, znajdującym swe oparcie m.in. w moralności Kantowskiej, sprawiedliwości zwyczajnie „stać się musi zadość”. Powstrzymanie się od rozliczeń to bowiem nie tylko czyn nieetyczny, ale i stanowiący ujmę dla ofiar. Z tego punktu widzenia skutki przeprowadzanych rozliczeń nie mogą być argumentem moralnym za bądź przeciw ich przeprowadzeniu. Z kolei utilitaryzm – uzależniający osąd etyczny

⁸ J. Zajadło, *Filozofia prawa a prawo karne. Studium tzw. Mauerschützen*, „Ius et Lex” 2003, vol. 2, nr 1, s. 183.

⁹ Szerzej o zastosowaniu klauzuli Radbrucha: K. A. Adams, *What is just? The rule of law and natural law in the trials of former East German border guards*, [w:] N. J. Kritz (ed.), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, vol. II: *Country Studies*, Washington 1995, s. 625–640; s. 175–202.

¹⁰ M. Kordela, „Lex” i „ius” w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, „Ius et Lex” 2002, nr 1, s. 213–223 (cytat: s. 216).

od rezultatów podejmowanych działań dla rozmiarów społecznego dobrobytu – może dostarczyć zarówno argumentów na poparcie rozliczeń, jak i za rezygnacją z ich wdrożenia. Ich przeprowadzenie może zapobiec przyszłym naruszeniom praw człowieka oraz dać świadectwo przywiązania nowych władz do demokratycznych wartości; jeśli jednak byłe elity zachowały znaczące wpływy, to pociągnięcie ich do odpowiedzialności może zagrozić rodzącej się demokracji, co jest argumentem za powstrzymaniem się od rozrachunku z przeszłością¹¹.

Teoria prawa w okresie tranzycji musi się zmierzyć z problemem kontynuacji bądź dyskontynuacji systemu normatywnego i związanym z nim rozumieniem zasady rządów prawa. Jak różne może być rozwiązanie tego dylematu, pokazują dwa wyroki sądów konstytucyjnych w sprawie ustawodawstwa przywracającego bieg okresu przedawnienia dla przestępstw, które w systemie komunistycznym nie były z przyczyn politycznych ścigane. Trybunał węgierski stwierdził, że podstawą rządów prawa jest pewność prawa, która wobec kontynuacji systemu normatywnego wyklucza takie ustawodawstwo. Zgodnie z tym orzeczeniem: „Państwo prawa nie może zostać stworzone, gdy podważa się zasadę rządów prawa. Pewność prawa, oparta na formalnych i obiektywnych zasadach, jest ważniejsza niż z konieczności częściowa i subiektywna sprawiedliwość”¹². Gdy zaś upłynie okres przedawnienia, przestępca zyskuje prawo podmiotowe do pozostania wolnym od kary; w tej sytuacji przywrócenie karalności drastycznie naruszałoby zaufanie obywateli wobec stanowionego przez państwo prawa. Całkowicie odmienne stanowisko przyjął czeski Trybunał Konstytucyjny, który, podkreślając aksjologiczną dyskontynuację systemu, uznał, że mimo formalnej jego ciągłości, zasada pewności prawa ma charakter materialny i, wyrażając się w konieczności ukarania winnych naruszeń praw człowieka, tym samym takie ustawy dopuszcza. Jak można przeczytać w uzasadnieniu wyroku, nowa czeska Konstytucja

nie opiera się na neutralności aksjologicznej [...], lecz inkorporuje do swego brzmienia pewne podstawowe reguły, wyrażające fundamentalne, nienaruszalne zasady demokratycznego społeczeństwa. Czeska Konstytucja przyjmuje i szanuje zasadę legalności jako element podstawowych ram państwa prawa; prawo pozytywne nie wiąże jej jednak wyłącznie z legalnością formalną, lecz interpretacja i stosowanie norm prawnych jest podporządkowane ich materialnemu celowi¹³.

¹¹ Szerzej: S. A. Garrett, *Problems of Transitional Justice: The Politics and Principles of Memory*, New York 1999; www.ciaonet.org/isa/gas01 (niepubl. manuskrypt) (dostęp: 25.11.2009). Także przeciwstawiając idealizm pozaetycznemu realizmowi: R. Teitel, *Transitional Justice*, Oxford/New York 2000, s. 3–4.

¹² Wyrok węgierskiego Trybunału Konstytucyjnego z 5 marca 2012 r. (2086/A/1991/14), wersja anglojęzyczna wyroku dostępna w: N. J. Kritz (ed.), *Transitional Justice: How Emerging Democracies...*, vol. III: *Laws, Rulings and Reports*, Washington 1995, s. 629–640.

¹³ Wyrok czeskiego Trybunału Konstytucyjnego z 21 grudnia 1993 r. (Pl. ÚS 19/93), wersja anglojęzyczna wyroku dostępna na stronie Trybunału: www.concourt.cz/view/pl-19-93 (dostęp: 20.04.2013).

Trybunał stwierdza więc, że „koniecznym elementem pojęcia przedawnienia karalności jest istnienie po stronie państwa intencji, prób i gotowości ukarania penalizowanego czynu”. Warunki te w odniesieniu do zbrodni komunistycznych nie zostały spełnione, toteż taka „pewność w bezkarności” nie zasługuje na uznanie, podważałaby bowiem zaufanie obywateli do materialnych, aksjologicznych podstaw państwa demokratycznego¹⁴. Należy więc zauważyć, że o ile dla trybunału węgierskiego zasada rządów prawa ma przede wszystkim znaczenie proceduralne, o tyle czeski sąd konstytucyjny opowiada się za jej materialnym rozumieniem, uznając, że jej obowiązywanie w systemie prawa pociąga za sobą określone konsekwencje treściowe¹⁵.

Teoria prawa musi też wytworzyć dyrektywy wykładni przeszłego prawa w nowej rzeczywistości, w szczególności zaś dać odpowiedź na pytanie, na ile ówczesne normy mogą być obecnie interpretowane przez pryzmat – formalnie istniejących w tamtym systemie, ale w praktyce ignorowanych – zobowiązań międzynarodowych i zasady państwa prawa. Europejski Trybunał Praw Człowieka w swoim wyroku w sprawie Mauerschützen dokonał reinterpretacji prawa NRD, dokonując jego wykładni nie w duchu prawodawstwa socjalistycznego, lecz w duchu demokratycznej idei rządów prawa i poszanowania zobowiązań międzynarodowych państwa. Sąd stwierdził więc, że argumenty przytaczane na poparcie praktyki prawnej Niemiec Wschodnich w zakresie ochrony ich granic „podlegają ograniczeniu przez zasady wyrażone w Konstytucji oraz ustawodawstwie NRD” (w szczególności w ustawie o granicach państwowych i ustawie o Policji Ludowej), a także w Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych, ratyfikowanym przez NRD w 1974 r.¹⁶ Choć wyrok ten czyni zadość poczuciu sprawiedliwości ofiar autokratycznego reżimu, to otwarte pozostaje pytanie, czy taka praktyka orzecznicza – oparta w gruncie rzeczy na fikcji praworządności charakteru ówczesnego systemu prawnego, a więc swoistej reinterpretacji jego natury na potrzeby prowadzonego procesu – daje się z punktu widzenia teorii prawa obronić.

Powyższe przykłady nie wyczerpują, rzecz jasna, filozoficzno- i teoretyczno-prawnych kontekstów sprawiedliwości tranzycyjnej. Już one jednak pokazują, że zadania teorii i filozofii prawa są w okresie fundamentalnej zmiany ustrojowej nietuzinkowe i dotyczą zasadniczych problemów z punktu widzenia rozliczeń z przeszłością.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Omówienie obu wyroków m.in. w: W. Sadurski, *Rights Before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Dordrecht 2008, s. 237–240, 249–258.

¹⁶ Streletz, Kessler i Krenz przeciwko Niemcom (ECHR: 34044/96, 35532/97 i 44801/98), zwłaszcza par. 67–76. Normatywne znaczenie zobowiązań międzynarodowych podkreśla też argentyński Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 14 czerwca 2005 r., stwierdzającym niekonstytucyjność dwóch ustaw amnestyjnych, uchwalonych przez demokratyczne władze dla uspokojenia sytuacji wewnętrznej. Omówienie wyroku: Ch. A. E. Bakker, *A full stop to amnesty in Argentina: The Simón case*, „Journal of International Criminal Justice” 2005, nr 5, vol. 3, s. 1106–1120.

3. Integracja zewnętrzna prawoznawstwa w ramach badań nad sprawiedliwością tranzycyjną

Fundamentalne przemiany ustrojowe okresu demokratyzacji zmieniają obowiązujący porządek normatywny. Jednocześnie jednak to właśnie prawo nadaje ramy tranzyycji. Normy prawne są jednym ze środków – a zapewne środkiem najważniejszym – które mają umożliwić osiągnięcie dwóch celów sprawiedliwości tranzycyjnej: stworzenie liberalnej demokracji i uzyskanie stanu społecznego pojednania (ang. *reconciliation*).

To ostatnie pojęcie bywa rozumiane w dwojaki sposób. W ujęciu psychologicznym pojednanie zawiera w sobie akty indywidualnego przebaczenia sprawcom ze strony ich ofiar. Takie jego znaczenie, oparte na moralności chrześcijańskiej i filozofii *ubuntu*, obecne było w założeniach południowoafrykańskiej Komisji Prawdy i Pojednania (TRC): przeprosiny i przebaczenie miały więc doprowadzić do ponownego nawiązania zerwanych więzów społecznych¹⁷. Jednocześnie jednak raport Komisji, zdającej sobie sprawę z tego, jak trudny do osiągnięcia może być ten cel, przestrzegał przed prostym utożsamianiem ze sobą tych dwóch pojęć i wskazywał, że możliwe jest także pojednanie społeczeństwa bez indywidualnego przebaczenia¹⁸. Myśl, że wszyscy mają wybaczyć wszystkim, to jednak nie tylko cel utopijny, ale w demokracji liberalnej nawet niepożądany¹⁹, toteż pojednanie bywa też rozumiane w inny, bardziej operatywny sposób. Zgodnie z koncepcją celów *transitional justice* autorstwa P. de Greiffa, pojednanie oznacza stan, w którym członkowie społeczeństwa mogą zasadnie wierzyć, że instytucje państwowe i inni obywatele opierają swe działania na wspólnym systemie wartości – a co za tym idzie, nie będą naruszać ich praw²⁰.

Te dwie koncepcje pokazują, że w okresie tranzycji cele prawa wyznaczone są za pomocą pojęć zakorzenionych w psychologii, teologii, socjologii i naukach politycznych. W takiej sytuacji przeformułowania wymaga – kluczowe dla aspektu realnego badań nad prawem – pojęcie jego efektywności. Efektywność materialną należy bowiem oceniać nie tylko przez pryzmat bezpośredniej skuteczności instytucji prawnej (np. liczby ujawnionych współpracowników policji politycznej), lecz także przez jej pośrednie rezultaty. Należy więc uwzględnić to, w jakim stopniu instytucja będzie wspierać interpersonalne przebaczenie bądź też na ile wytworzy ona, wspólnie z innymi mechanizmami, zasadne wrażenie

¹⁷ D. Tutu stwierdza w raporcie TRC, że gdy społeczeństwo „poprosiło o przebaczenie i gdy je otrzymało”, oraz gdy „wynagrodziło wyrządzone zło”, nadchodzi czas, by „zamknąć drzwi za przeszłością”, lecz „nie po to, by o niej zapomnieć”, lecz by społeczeństwo „nie stało się jej więźniem”. *Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report*, Truth and Reconciliation Commission 1998, vol. I, s. 22.

¹⁸ Ibidem, vol. I, s. 108; ibidem, vol. V, s. 435.

¹⁹ Myśl T. G. Asha przytacza: K. Wigura, *Wina narodów*, Warszawa, 2011, s. 24–25.

²⁰ P. de Greiff, *A normative conception of transitional justice*, „Politorbis” 2010, vol. 50, no. 3, s. 17–29.

zmian aksjologicznych u podstaw systemu prawa. Poczucie takiej zmiany może przywrócić wiarę obywateli w obowiązywanie norm podstawowych i przez to legitymować demokrację. Wzgląd na wytworzenie wrażenia przełomu aksjologicznego może zaś być argumentem za uznaniem, że koniecznym warunkiem udanego rozrachunku z przeszłością jest zachowanie proceduralnych standardów państwa prawa oraz za przyjęciem stanowiska, iż w okresie tranzycji istotniejszy od adekwatnej surowości kary może stać się jej symboliczny wymiar.

Badanie poziomu legitymacji ustroju nie jest możliwe bez odwołania się do instrumentów statystyki i socjologii. Jak jednak ocenić, na ile dane narzędzie sprawiedliwości tranzycyjnej przyczynia się do jego podniesienia? Wydaje się, że przywrócenie zaufania obywatelskiego jest możliwe tylko wówczas, gdy oprócz formalnego zachowania zasady państwa prawa respektowane będzie społeczne poczucie sprawiedliwości. Nie chodzi tu o schlebianie populistycznej żądzy odwetu, lecz o dbałość, by rozdzwięk pomiędzy tym, co przez społeczeństwo pożądane, a tym, co z powodów moralnych i dowodowych możliwe – nie był zbyt wielki. Gdy tak się dzieje, pojawia się społeczna frustracja, obecna chociażby w znanej wypowiedzi wschodnioniemieckiej opozycjonistki, Bärbel Bohley, która odnosząc się do rozliczenia przeszłości, stwierdziła: „Chcieliśmy sprawiedliwości, a dostaliśmy rządy prawa”²¹. Biorąc pod uwagę, jak wszechstronne było rozliczenie w byłym NRD, wydaje się, że podobny żal artykułować będą członkowie innych społeczeństw.

Prowadzone pod tym kątem analizy rzucają krytyczne światło m.in. na modelowy zdawałoby się przykład TRC. Paradygmat będący podstawą jej działań, przewidujący przyznanie amnestii w zamian za ujawnienie pełnej informacji o popełnionych zbrodniach, nie okazał się zgodny ze społecznymi oczekiwaniami w zakresie karania przestępstw. Badania pokazały, że gdy jednostce przypisana zostanie wina, większość obywateli wyklucza amnestię i domaga się ukarania sprawcy; biorąc powyższe pod uwagę, J. L. Gibson i A. Gouws dochodzą do wniosku, że skoro społeczeństwo RPA „chce nie pojednania, a sprawiedliwości”, to „proces prawdy i pojednania może potencjalnie podważyć legitymację obecnego reżimu politycznego, w szczególności poszanowanie dla idei rządów prawa”²². Wyniki tych badań rodzą więc pytanie, na ile afrykańska filozofia *ubuntu* – zakładająca w miejsce odwetu naprawę zerwanych więzów społecznych – może być odpowiedzią na dziedzictwo drastycznych naruszeń praw człowieka.

Jest to zresztą szerszy dylemat, niemożliwy do rozwiązania bez pomocy kulturoznawców i antropologów: czy zbrodnia zawsze musi wiązać się z karą, czy też myśl taka jest przejawem narzucania innym zachodniej perspektywy i winna

²¹ Cytat za: N. J. Kritz, *The dilemmas of transitional justice*, [w:] idem (ed.), *Transitional Justice: How Emerging Democracies...*, vol. II: *Country Studies*, s. xxxiv.

²² J. L. Gibson, A. Gouws, *Truth and reconciliation in South Africa: Attributions of blame and the struggle over Apartheid*, „The American Political Science Review” 1999, vol. 93, no. 3, s. 501–517 (cytat: s. 514).

ustąpić miejsca akceptacji sposobów rozliczeń zakorzenionych w lokalnej kulturze? Jakkolwiek południowoafrykańskie badania mogą być argumentem za takim związkiem, to w literaturze spotkać też można zdanie przeciwne: omawiając konflikt w północnej Ugandzie, E. K. Baines dowodzi, że zachodnie standardy są niedostosowane do kulturowych odmienności Afryki Centralnej²³. Dylemat ten jest istotny także dlatego, że działalność Międzynarodowego Trybunału Karnego – którego istnienie stanowi, jak wskazuje R. Teitel, „konsolidację modelu norymberskiego”, opartego na związku winy i kary²⁴ – bywa często oskarżana o utrudnianie procesu pokojowego w tym rejonie i przyczynianie się do trwania stanu naruszeń praw człowieka²⁵. Gdyby więc paradygmat jego działania był jednocześnie niedostosowany do afrykańskich potrzeb, byłoby to poważnym argumentem przeciwko celowości jego jurysdykcji, chociaż wymagającym konfrontacji z założeniem o uniwersalności praw człowieka. Rozważenia wymagają także związki pomiędzy wzorcami religijnymi a potrzebami społeczeństw w zakresie rozliczeń z przeszłością²⁶. Trudno jednak obecnie o wiążące konkluzje, tym bardziej, że i wiele typowych dla Północy intuicji – jak przeświadczenie, że kara zapobiega przyszłym naruszeniom praw człowieka – to raczej wyznanie wiary niż wiedza potwierdzona badaniami empirycznymi.

Prawo może być narzędziem leczenia zwaśnionych społeczności; skoro zaś tak, naturalne jest pytanie, na ile może pełnić tę samą rolę w odniesieniu do jednostek. Bez wątplenia psychologiczna terapia ofiar nie jest pierwszym zadaniem prawa; narzędzia prawne nie mogą zaś zastąpić indywidualnej kuracji czy działalności grup wsparcia. Tym niemniej, instytucje prawne mieć mogą leczniczy potencjał i, właściwie uformowane, mogą być elementem procesu przezwycięzania takiej traumy.

W dyskusjach na temat komisji prawdy – których to komisji do 2004 r. stworzono już ponad trzydzieści²⁷ – podkreśla się, że mogą one pełnić pozytywną rolę w psychologicznym procesie radzenia sobie z przeszłą traumą, albowiem umożliwiają one ofiarom przedstawienie ich historii w bezpiecznym i wspierającym otoczeniu. Poczucie, że ich narracja została wysłuchana może zaś być dla ofiar dowodem, że ich cierpienie, choć niczym nieuzasadnione, zostało dostrzeżone przez władzę i przez innych obywateli. By jednak wyjawienie prawdy o przeszłości mogło mieć wymiar leczniczy, pokrzywdzeni powinni mieć możliwość swobodnego i nieśpiesznego wypowiedzenia się, ich zeznania muszą być poprzedzone rozmową z psychologiem, a po ich złożeniu należy ofiarom zaoferować

²³ E. K. Baines, *The haunting of Alice: Local approaches to justice and reconciliation in Northern Uganda*, „The International Journal of Transitional Justice” 2007, vol. 1, s. 91–114.

²⁴ R. Teitel, *Transitional justice genealogy*, s. 90.

²⁵ E. K. Baines, *op. cit.*, s. 101–103.

²⁶ Zob. np. G. Skąpska, *Rozliczenie łamania praw człowieka w przeszłości. Analiza kulturowa*, „Ius et Lex” 2003, vol. 2, s. 69–93.

²⁷ P. B. Hayner, *Truth commissions*, [w:] D. L. Shelton (ed.), *Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity*, t. 3, Detroit 2005, s. 1047.

dalszą pomoc, np. w formie lokalnych grup wsparcia. Ofiary powinno się również informować o innych świadectwach związanych z ich prywatną tragedią. Dla osiągnięcia efektu terapeutycznego niewystarczające jest zatrudnienie kilku psychologów; konieczne jest też, by inni członkowie komisji, w szczególności ci odpowiedzialni za wysłuchiwanie i dokumentowanie świadectw przeszłej przemocy, przeszli odpowiedni trening psychologiczny. Ryzyko retraumatyzacji – które podnosi się jako kontrargument wobec głosów o leczniczym charakterze komisji prawdy – maleje też, gdy poszkodowani otrzymają zadośćuczynienie, a sprawcy przestępstw zostaną ukarani²⁸.

Choć więc prawo samoczynnie nie przezwycięży wiktyimizacji, to integracja zewnętrzna z medycyną i psychologią pozwala dostrzec, że odpowiednie ukształtowanie norm prawnych, szczególnie zaś norm procedury karnej, może uczynić prawo istotnym elementem tego procesu – i to także poza okresem tranzycji. Uznanie pomocy ofiarom za kolejny z celów prawa poszerza tradycyjne rozumienie aspektu psychologicznego badań nad normą: nie tylko bowiem psychologia wzbogaca instrumentarium prawoznawstwa, ale i prawo może stać się narzędziem psychologicznej terapii.

4. Podsumowanie

Jak pokazują powyższe przykłady, interdyscyplinarne badania nad sprawiedliwością tranzycyjną wiążą prawoznawstwo z naukami politycznymi, socjologią, psychologią – i innymi, nieomówionymi z braku miejsca dziedzinami. Obserwacja związków teorii i filozofii prawa z tymi naukami każe na nowo zastanowić się nad znaczeniem legalizmu, zagadnieniem możliwość retroaktywnego stosowania wykładni prawa czy też nad rozumieniem pojęcia efektywności normy prawnej. Umożliwia także nowy namysł nad tematyką związku winy i kary oraz nad możliwym poszerzeniem badań wchodzących w zakres psychologicznego aspektu badań nad normą. Pozwala to wysnuć wniosek, iż znaczenie integracji prawoznawstwa ze wspomnianymi dziedzinami wykracza poza granice okresu tranzycji. Jak zresztą ustami charyzmatycznego astrologa stwierdza Jacek Kaczmarowski: czas jest w istocie „zawsze przejściowy”²⁹. Skoro zaś tak, to badania nad rolą prawa w okresach przełomu i interakcja w tym zakresie z innymi naukami również mogą wzbogacić naszą wiedzę o funkcjonowaniu zjawisk prawnych w okresie ustabilizowanej demokracji.

²⁸ Na temat leczniczego potencjału komisji prawdy zob.: B. Hamber, *Transforming Societies after Political Violence: Truth, Reconciliation, and Mental Health*, Dordrecht–Heidelberg–London–New York 2009; P. B. Hayner, *Unspeakable Truths: Facing the Challenge of Truth Commissions*, New York–London 2002, s. 133–153.

²⁹ J. Kaczmarowski, *Astrolog*, utwór z albumu studyjnego: P. Gintrowski, J. Kaczmarowski, Z. Łapiński, *Wojna postu z karnawalem*, Pomaton EMI, 1993.

Przemysław Kaczmarek

Tożsamość „wykonawcy poleceń” w roli zawodowej jako problem moralnej odpowiedzialności

W niniejszym opracowaniu zamierzam rozważyć hipotezę, która zakłada, że pytanie „kim ma być prawnik w roli zawodowej?” można rozpatrywać jako problem moralnej odpowiedzialności. Odpowiedzialności, która nie jest oparta na zawinieniu, lecz kształtowaniu charakteru osoby wykonującej rolę zawodową¹. Postawiona kwestia dotyczy w gruncie rzeczy tego, czy tożsamość pojmuje się jako coś danego, czy też zadanego przez instytucję; na ile wykonując rolę, przyjmuje się postawę odbiorcy imperatywów instytucjonalnych, a na ile postawę, w której jest się zarówno odbiorcą, jak i ich kreatorem.

Weryfikacji zaproponowanej hipotezy zamierzam dokonać w trzech krokach. W pierwszym przedstawię problem neutralizacji poczucia moralnej odpowiedzialności poprzez oddanie się we władanie roli. Mechanizm ten znamionuje zastąpienie moralnej odpowiedzialności wymiarem służebnym. Odpowiedzialność służebna różni się od odpowiedzialności moralnej tym, że „działanie jest środkiem do osiągnięcia jakiegoś zewnętrznego celu. Gdy udaje się usunąć z pola widzenia zewnętrzny kontekst działania, czynność wykonywana przez urzędnika staje się celem sama w sobie”². W drugim kroku zamierzam wykazać, że źródeł tego procesu można upatrywać w kształtowaniu tożsamości na wzór „wykonawcy poleceń”. Zdaniem Hannah Arendt tożsamość „wykonawcy poleceń” charakteryzuje przesunięcie odpowiedzialności za podejmowane działanie na bezosobowe struktury instytucjonalne. Celem tego przesunięcia jest uzasadnianie własnego działania jako instytucjonalnego, tj. takiego,

¹ Zdaniem Geralda Postema: „Problem odpowiedzialności jest szczególnie kłopotliwy w przypadku zawodu prawnika. Ryzyko odcięcia zawodowego osądu od jego moralnych i psychologicznych źródeł jest szczególnie wyraźne w przypadku zawodu, który służy systemowi zinstytucjonalizowanej sprawiedliwości. W rezultacie problem rozwijania poczucia osobistej odpowiedzialności staje się kluczowy dla tego zawodu”. Zob. G. J. Postema, *Moral responsibility in professional ethics*, „New York University Law Review” 1980, no. 55, s. 76

² Z. Bauman, *Nowoczesność i zagłada*, Kraków 2009, s. 218.

za które się nie odpowiada. Z kolei w trzecim, ostatnim kroku, podejmę próbę przedstawienia problemu kształtowania tożsamości w roli zawodowej na przykładzie profesji prawniczej.

Rozpoznanie problemu neutralizacji poczucia moralnej odpowiedzialności poprzez oddanie się we władanie roli zawodowej zaczniemy od przedstawienia dwóch historii. W ten sposób, jak powiada Hannah Arendt, prowadzony wywód ma szansę stać się przystępniejszy, a wyrażana myśl – zyskać na jasności przekazu. Kierując się zamiarem uzyskania takiego efektu, przypomnijmy sobie schemat eksperymentu przeprowadzonego przez Philipa Zimbardo³. Osoby zakwalifikowane do udziału w eksperymencie podzielono losowo na dwie grupy: „więźniów” i „strażników”. W podziemiach uniwersytetu zorganizowano pomieszczenie, w którym ulokowano obie grupy. Po sześciu dniach eksperyment został przerwany, ponieważ osobom odtwarzającym role coraz trudniej przychodziło rozdzielenie własnej podmiotowości od roli, która przyszło im odegrać. W efekcie dochodziło do coraz większych aktów przemocy werbalnej i fizycznej dokonywanej przez „strażników” na „więźniach”, ci zaś koncentrowali coraz większą uwagę na podsycaniu nienawiści do „strażników”.

Mechanizm posłuszeństwa obrazuje z kolei schemat eksperymentu Stanleya Milgrama⁴. Milgram zamieścił w lokalnej gazecie ogłoszenie, w którym informuje, że poszukuje osób zainteresowanych uczestnictwem w eksperymencie naukowym na Uniwersytecie Yale. Osoby, które przyszły, w odpowiedzi na ogłoszenie, proszone były o udanie się do pomieszczenia, w którym miał być przeprowadzony eksperyment. Wchodząc do niego, poznawały eksperymentatora oraz drugiego ochotnika, który w rzeczywistości był jego pomocnikiem. Następnie osoby zgłaszające dowiadywały się, że celem eksperymentu jest zbadanie wpływu kary na pamięć i zdolność uczenia się⁵. Zadaniem ucznia było zapamiętywanie słów, a nauczyciela – karanie w sytuacji, gdy uczeń się pomyli. Wymierzanie kary polegało na poddawaniu ucznia narastającym o 15 V wstrząsem elektrycznym za każdym razem, gdy ten się pomylił. W tym celu nauczyciel otrzymywał urządzenie z trzydziestoma przełącznikami, nad którymi widniały oznaczenia od 15 V do 450 V. Nad wartościami napięcia znajdowały się etykiety, które opisywały siłę wstrząsu: od określenia „słaby wstrząs” (15 V–60 V) aż po sygnalizację „Niebezpieczeństwo: bardzo ciężki wstrząs” (375 V–420 V). Ostatnie dwie wartości napięcia, tj. 435 V i 450 V, znajdowały się na czerwonej etykiecie i mieścił się na nich napis „XXX”. Ochotnicy na początku eksperymentu byli poddawani wstrząsowi o sile 45 V, po czym następowało losowanie ról nauczyciela i ucznia. Było ono zafałszowane, ponieważ osoba, która odpowiedziała na ogłoszenie z gazety, stawała się nauczycielem, a drugi fikcyjny

³ P. Zimbardo, *Efekt Lucyfera. Dlaczego dobrzy ludzie czynią zło?*, Warszawa 2008.

⁴ S. Milgram, *Posłuszeństwo wobec autorytetu*, Kraków 2008.

⁵ Ibidem, s. 21 i rozdz. 2.

ochotnik uczniem. Następnie uczeń zostawał przywiązany do krzesła z elektrodami i jeszcze przed rozpoczęciem eksperymentu sygnalizował, że ma problemy z sercem – na co eksperymentator odpowiadał, że wstrząsy nie spowodują trwałego uszczerbku.

Eksperyment przyjmował, co do zasady, następujący schemat: uczeń popełnia błędy, w miarę wzrostu siły wstrząsów zaczyna jęczeć z bólu, aż w końcu oznajmia, że chce przerwać eksperyment. W tym momencie pada ze strony nauczyciela pytanie: „Kto będzie odpowiedzialny, jeśli eksperyment zaszkodzi zdrowiu ucznia?”. Eksperymentator odpowiada, że on. Ponad 60% osób wykonujących rolę nauczyciela nie przerywa badania, dochodząc do siły wstrząsu o mocy 450 V. Badanie to zostało przeprowadzone w wielu krajach i skala osób, które w roli nauczyciela wytrzymały do końca, waha się między 63 a 65% badanych.

David Luban, odwołując się do przykładu eksperymentu Milgrama, postawił pytanie, dlaczego tak wiele osób wykazało się posłuszeństwem⁶. Zanim zaprezentował własną propozycję wyjaśnienia opisanego mechanizmu, ustosunkował się do innych przedstawianych do tej pory stanowisk.

Pierwsze stanowisko, które przykuwa uwagę D. Lubana, to objaśnienie mechanizmu, jakie reprezentuje Stanley Milgram. Zakłada ono, że źródła uległości można upatrywać w przyjęciu przez nauczyciela postawy, którą wyznacza bycie narzędziem w rękach eksperta.

Istotą posłuszeństwa jest fakt, że osoba zaczyna spostrzegać siebie jako narzędzie wykonujące czyjeś polecenia, a w konsekwencji przestaje czuć się odpowiedzialna za swoje działania. Kiedy u danej osoby nastąpi ta krytyczna zmiana punktu widzenia, pociąga ona za sobą wystąpienie wszystkich zasadniczych właściwości posłuszeństwa⁷.

Przyjęcie osobowości wykonawcy polega na postrzeganiu przez osoby wykonujące polecenia siebie samych jedynie jako narzędzia w rękach przełożonego. D. Luban, doceniając wartość tego wyjaśnienia, jednak nie zatrzymuje się na nim, ponieważ, jak stwierdza:

słabość tego objaśnienia polega na tym, że jedynie przeformułowie pytanie, zamiast na nie odpowiedzieć. Dlaczego wyłączamy nasze sumienie i wchodzimy w stan wykonywania poleceń, kiedy osoba zaczyna nam je wydawać? Stwierdzenie, że to z powodu wejścia w stan wykonywania poleceń nie jest żadną odpowiedzią⁸.

⁶ D. Luban, *The ethics of wrongful obedience*, [w:] D. L. Rhode (ed.), *Ethics in Practice: Lawyers' Roles, Responsibilities and Regulation*, Oxford 2000, s. 94–116. Nieznacznie zmieniona wersja artykułu znajduje się w pracy tegoż autora: *Legal Ethics and Human Dignity*, New York 2007, rozdz. VII.

⁷ S. Milgram, *Posłuszeństwo...*, s. 15.

⁸ D. Luban, *The ethics of wrongful...*, s. 99. Eksperyment ten poddaje analizie m.in. Zygmunt Bauman, *Nowoczesność...*, rozdz. VI; E. Fromm, *Anatomia ludzkiej destrukcyjności*, Poznań 1998, s. 60–65; T. Romer, M. Najda, *Etyka dla sędziów. Rozważania*, Warszawa 2007, s. 112–115.

Kolejne stanowisko, jakie przedstawia David Luban, to poszukiwanie wyjaśnienia mechanizmu uległości w „osobowości autorytarnej”. Propozycja ta zakłada, że osoby poddające się presji eksperymentu charakteryzuje osobowość autorytarna. Luban, odwołując się do ustaleń Theodora Adorno, zwraca uwagę na wątpliwości, jakie rodzi takie wyjaśnienie mechanizmu posłuszeństwa. Wątpliwe wydaje się nie tylko twierdzenie, że osobowość ta cechuje 2/3 populacji ludzkiej, a jeśli nawet przyjąć takie założenie jako hipotezę, to trudno jest się bronić przed zarzutem, że osoby autorytarne są bardziej skłonne do ulegania autorytetowi i bycia posłusznym. Amerykański filozof prawa, zachowując sceptycyzm wobec takiego wyjaśnienia mechanizmu posłuszeństwa, przedstawia argument, który przywołuje Stanley Milgram na podstawie własnych obserwacji:

Miałem okazję obserwować jednego z badanych – dojrzałego i zrównoważonego biznesmena, wchodzącego z uśmiechem i pewnością siebie do laboratorium. Po dwudziestu minutach ten sam człowiek był trzęsącym się i wiercącym, jękającym się wrakiem na granicy załamania nerwowego. [...] W pewnym momencie przyłożył obie pięści do czoła i wymamrotał: „Boże, niech to się wreszcie skończy”. A jednak reagował dalej na każde słowo eksperymentatora i posłusznie ulegał jego poleceniom aż do samego końca⁹.

Zupełnie inne wyjaśnienie omawianego problemu wyłania się z propozycji podkreślającej, że w codziennych decyzjach i wyborach kierujemy się pragmatyką życiową, która podpowiada „poważanie dla autorytetu”. Mechanizm ten opiera się na następującym toku rozumowania: rolę autorytetu przypisujemy komuś, kto w danej dziedzinie jest fachowcem i jeśli ta osoba stwierdza, że należy podejmować takie, a nie inne wybory, to jej zawieramy¹⁰. Stanowisko to, podobnie jak pierwsze z wyróżnionych – zaprezentowane przez Milgrama – docenia David Luban; nie poprzestaje jednak na nim.

Odpowiedzi na pytanie, dlaczego ludzie ulegają posłuszeństwu, amerykański filozof prawa poszukuje również w sytuacjonizmie, który dąży do wyjaśnienia mechanizmów społecznych nie w odwołaniu się do cechy człowieka, lecz funkcji danej sytuacji¹¹. Tezą sytuacjonizmu jest przekonanie, że różnice w sytuacjach mogą lepiej tłumaczyć zmiany ludzkich zachowań aniżeli różnice osobowościowe. Podążając tym tropem, Luban przedstawia propozycję błędnej oceny rzeczywistości jako wyjaśniającą mechanizm uległości¹². Zakłada ona, że kluczem do zrozumienia uległości osób badanych przez Milgrama są cechy i właściwości sytuacji stworzonej

⁹ S. Milgram, *Behavioral study of obedience*, „Journal of Abnormal and Social Psychology” 1963, no. 67, s. 357.

¹⁰ Wyjaśnienie to uwiarygodnia kolejna wersja eksperymentu, w których rolę eksperymentatora pełniły dwie osoby. W sytuacji, gdy między nimi dochodziło do poróżnienia w sprawie kontynuacji badań, większość z osób pełniących rolę nauczyciela sprzeciwiała się kontynuacji.

¹¹ D. Luban, *The ethics of wrongful...*, s. 101. Szerzej na temat sytuacjonizmu zob. J. M. Doris, *Lack of Character. Personality and Moral Behavior*, New York 2002.

¹² D. Luban, *The ethics of wrongful...*, s. 102–106.

na potrzeby eksperymentu. Sytuacją, na której koncentruje uwagę D. Luban, jest ryzykowny charakter wstrząsów elektrycznych¹³. Przypomnijmy, że nauczyciel każdorazowo zwiększa siłę wstrząsów o 15 V, co oznacza, zdaniem Lubana, że wymierzając wstrząs o sile 100 V nauczyciel racjonalizuje podejmowane działanie odwołaniem się do poprzedniego, o sile 85 V. Racjonalizacja ta polega na uznaniu, że skoro nie wyrządził człowiekowi krzywdy poprzedni wstrząs, to ten również nie powinien. Uzasadnienie to objaśnia teoria dysonansu poznawczego. Na jej podstawie każdy kolejny wstrząs jest rozpatrywany jako następujący po sobie, bagatelizując fakt, że siła rażenia wzrasta. Ten sposób racjonalizacji działania wzmacnia drugi z mechanizmów przywoływanych przez D. Lubana za Milgramem, a mianowicie podległość autorytetowi¹⁴. Oba mechanizmy wydają się zmieniać percepcję myślenia. Zwróćmy uwagę, że pierwszy z nich odsłania następujący tok rozumowania: skoro wykonałem pierwszą czynność, to trudno jest się przed samym sobą przyznać, że kolejna czynność, będąca kontynuacją rozpoczętego działania, jest zła. Siłę tego mechanizmu wzmacnia drugi, tj. oddanie się we władanie osoby przełożonej. Powtarzana w chwili zwątpienia instrukcja eksperymentatora: „eksperyment wymaga kontynuacji” powoduje, zdaniem Lubana, że każdy kolejny poziom wstrząsu jest nieodróżnialny od tych, które nastąpiły wcześniej¹⁵. Zachwianie dysonansu poznawczego wzmacnia osoba eksperymentatora, który występuje w roli eksperta.

Nawiązując do przedstawionych wyżej ustaleń, chciałbym zwrócić uwagę na jeszcze jeden możliwy aspekt mechanizmu posłuszeństwa, a mianowicie bezpieczeństwo, jakie oferuje przyjęcie tożsamości „wykonawcy poleceń”. Tożsamość tę charakteryzuje, po pierwsze, bezpieczeństwo moralne, ponieważ odpowiedzialność moralna zostaje zastąpiona wymiarem służebnym. W ten sposób odpowiedzialność zostaje sprowadzona do posłuszeństwa, kierowania zastanymi regułami działania¹⁶. Po drugie, charakteryzuje ją brak sytuacji konfliktu, ponieważ powstałe dylematy moralne są rozstrzygane poprzez odwołanie się do czynnika zewnętrznego, w postaci np. struktury instytucjonalnej. Czynniki ten buduje poczucie pewności działania, zarówno w wymiarze instytucjonalnym, jak i społecznym¹⁷. W dążeniu do osiągnięcia bezpieczeństwa moralnego, a szerzej – pewności działania

¹³ Ibidem, s. 102.

¹⁴ Ibidem, s. 104.

¹⁵ Ibidem, s. 105.

¹⁶ Z. Bauman zwraca uwagę, że: „W ramach biurokratycznego systemu władzy dyskurs moralny zyskuje nowy słownik. Wypełniają go takie pojęcia, jak lojalność, obowiązek i dyscyplina, przy czym każde z nich wskazuje na zwierzchników jako główny przedmiot troski moralnej, a jednocześnie najwyższy moralny autorytet. Wszystkie te pojęcia zachodzą zresztą na siebie: lojalność oznacza bowiem wypełnianie obowiązków w sposób zdyscyplinowany” – Z. Bauman, *Nowoczesność...*, s. 331.

¹⁷ „Idzie tu o znaczenie «pewności» w nawiązaniu do klasy czynności wykonywanych rutynowo, niewymagających głębszej refleksji, opartych na tzw. «wiedzy zastanej» lub na dokonanych, sztywnych, niezmiennych i niekwestionowanych ustaleniach. Pewność prawa byłaby tu pochodną jego trwałości i stałości” – zob. G. Skąpska, *Prawo a dynamika społecznych zmian*, Kraków 1991, s. 38.

wyduje się, że można upatrywać przyczyn wyboru tożsamości „wykonawcy poleceń”. Przyjmując osobowość „wykonawcy poleceń”, podejmowaną czynność uznaje się za element szerszego działania, na które nie ma się wpływu. W ten sposób odpowiedzialność za podejmowane działania zostaje przesunięta na czynnik zewnętrzny, który w omawianym przykładzie uosabia eksperymentator, a dokładniej pełniona przez niego rola zawodowa.

Rozpoznając przedstawiony trop, przywołajmy list jednego z uczestników eksperymentu, który napisał do Milgrama w rok po tym, gdy mimo wątpliwości zdołał wymierzyć wstrząs o sile 450 V:

To, co mnie przeraziło, to to, że mogłem podporządkować tę zdolność do posłuszeństwa i uległości idei nadrzędnej, tj. wartości eksperymentu dotyczącego pamięci, nawet po tym, jak stało się jasne, że dalsze działanie zgodnie z tą wartością odbywa się kosztem naruszenia innej wartości, tj. zasady niekrzywdzenia innej osoby, która jest bezbronna i nie krzywdzi ciebie. Jak powiedziała moja żona: „Możesz mówić na siebie Eichmann”¹⁸.

Próbując bliżej rozpoznać mechanizm oddania się we władanie roli zawodowej, odwołajmy się do diagnozy Hannah Arendt, w której zawarte są opisy tego mechanizmu. Asumptem dla porównania osoby wykonującej określoną rolę zawodową do postaci trybiku był z pewnością proces Adolfa Eichmanna w Jerozolimie. Arendt, uczestnicząc w procesie jako reporterka, pisała o Eichmannie jako mordercy z za biurka *par excellence*¹⁹. Diagnoza ta ilustruje ucieczkę osoby działającej w instytucji w tożsamość „wykonawcy poleceń” – stanie się trybikiem w instytucji. Arendt pisze o tym mechanizmie w następujący sposób: „Każdy trybik, czyli każdą osobę można wymienić bez zmiany całego systemu i jest to założenie leżące u podstaw wszelkiej biurokracji, wszelkich służb cywilnych i ściśle mówiąc, pełnienia wszelkich funkcji w instytucjach”²⁰.

Hannah Arendt, przedstawiając ten mechanizm, wskazuje, że bycie trybikiem w systemie społecznym zakłada u swych podstaw neutralizację poczucia odpowiedzialności, co autorka tłumaczy bezmyślnością albo też racjonalizowaniem swojego działania brakiem myślenia. Dla Arendt myślenie jako wewnętrzny dialog stanowi warunek kształcenia umiejętności dobrego osądu.

Do podobnych spostrzeżeń dochodzi Erving Goffman. Autor wskazuje, że budowanie obrazu profesjonalisty w sposób, który nie eksponuje wymiaru jednostkowego, subiektywnego, może w konsekwencji prowadzić do ukształtowania się tożsamości „wykonawcy poleceń”, w sposób bezrefleksyjny bądź cyniczny²¹.

¹⁸ S. Milgram, *Posłuszeństwo...*, s. 71.

¹⁹ H. Arendt, *Eichmann w Jerozolimie. Rzecz o banalności zła*, Kraków 2010, s. 123.

²⁰ H. Arendt, *Odpowiedzialność osobista w warunkach dyktatury*, [w:] eadem, *Odpowiedzialność i władza sądenia*, Kraków 2003, s. 62.

²¹ E. Goffman, *Dystans do roli*, [w:] idem, *Spotkania. Dwa studia z socjologii interakcji*, Kraków 2010, s. 86 i n.

Z jednej więc strony możliwe jest przyjęcie osobowości „wykonawcy poleceń” w sposób niejako bezrefleksyjny, tj. taki, który sprowadza się do nieproblematyzowania zastanej struktury. Z drugiej zaś – możliwe jest przyjęcie takiej osobowości w sposób cyniczny. Druga z wymienionych form zakłada działanie na podstawie własnego uznania, ale racjonalizowanie dokonywanych czynności w oczach audytorium jako działania wyznaczonego przez rolę – jej strukturę instytucjonalną. Wybór takiej tożsamości pozwala na przedstawianie decyzji jako tej, za którą się nie odpowiada, odpowiedzialność spoczywa bowiem na instytucji²². W ten sposób tworzy się Goffmanowski świat, w którym nie ma „ja”, a jedynie „ja” w rolach. Pojęcie roli, a dokładniej – zakładanego przez moralność roli sposobu kształtowania tożsamości, wydaje się kluczowe dla rozpatrywanego problemu. Eksponując ten problem, przedstawmy pojęcie roli zawodowej za pomocą metafory: więzienia, teatru lalek i sceny kukiełkowej²³.

Pierwsza z metafor zakłada, że przystępując do praktyki społecznej, przyjmuje się jej tożsamość. W tym ujęciu pojęcie roli wyposaża członka instytucji w potrzebny zasób wiedzy, który rozstrzyga wszelkiego rodzaju dylematy moralne. Instytucjonalny sposób działania jest bowiem jedynym możliwym do przyjęcia i nie podlega problematyzacji. Nie ma więc miejsca na sytuacje konfliktu i związanej z tym konieczności ważenia racji. Struktura instytucjonalna w pełni wyznacza bowiem sposób działania. W drugiej propozycji, opierającej się na porównaniu pojęcia roli do teatru lalek, podkreśla się, że aktorzy odtwarzają grę, utożsamiając się z nią. Tożsamość roli, którą odgrywają, wyznacza schemat działania, ale nie sposób kwalifikować dokonywanego wyboru w kategoriach bezwolności. I ostatnia, trzecia propozycja – scena kukiełkowa – zakłada, że aktor ma ciągłą kontrolę nad odgrywaną rolą. To, co najistotniejsze w omawianej propozycji, to nie tyle nieidentyfikowanie się z rolą zawodową, co instrumentalne do niej podejście, polegające na racjonalizowaniu podejmowanych działań jako instytucjonalnych w sytuacji, gdy one nimi nie są.

Pozostając przy przedstawionych odczytaniach roli zawodowej jako jednym z możliwych ujęć, odwołajmy się jeszcze do dwóch atrybutów scenicznych: zasłony i maski²⁴. Pierwszy z nich można rozpoznać w rozróżnieniu kontekstu

²² E. Goffman zauważa: „Instytucja społeczna to każde miejsce otoczone zauważalnymi i ustalonymi barierami, gdzie stale występuje określony rodzaj działalności. Zwracałem uwagę, że każdą instytucję społeczną można z pożytkiem badać z punktu widzenia manipulacji wrażeniami. Za murami instytucji społecznej odnajdujemy zespół wykonawców współpracujących ze sobą w celu przedstawienia publiczności określonej definicji sytuacji. Obejmuje ona koncepcję własnego zespołu i publiczności, a także założenia dotyczące etosu podtrzymywanego przez zasady grzeczności i dobrych obyczajów” – zob. E. Goffman, *Człowiek w teatrze życia codziennego*, Warszawa 2008, s. 263.

²³ Zob. P. L. Berger, *Zaproszenie do socjologii*, Warszawa 1997, rozdz. VI.

²⁴ Zob. ibidem, rozdz. V i VI; J. Tischner, *Filozofia dramatu*, Paryż 1990, s. 58–67. W literaturze prawniczej zob. G. Skąpska, *Dramaturgia procesu sądowego*, [w:] G. Skąpska, J. Czapska, M. Kozłowska, *Społeczne role prawników (sędziów, prokuratorów, adwokatów)*, Kraków 1989, s. 56 i n.

odkrycia od kontekstu uzasadnienia. Ilustruje ono, że czym innym jest rzeczywisty obraz – sfera poznania, a czym innym ten, który jest przedstawiany jako racjonalizujący działanie – kontekst uzasadniania. Natomiast drugi atrybut sceniczny – maska – wydaje się trafnie opisywać proces neutralizacji moralnej odpowiedzialności osoby wykonującej rolę. Pozwala bowiem racjonalizować podejmowane działania jako nie własne, czyli takie, za które się nie odpowiada.

Na podstawie powyższych ustaleń możemy stwierdzić, że wykonywanie roli zawodowej może prowadzić do przyjęcia dwóch odmiennych wzorców bycia: z jednej strony – przyjęcia osobowości wykonawcy, a więc osoby nieproblematyzującej zastanej struktury, a z drugiej możliwe jest przyjęcie osobowości cynika. W drugim z wymienionych obrazów osoba, wykonując rolę, podejmuje rozstrzygnięcia na podstawie własnego uznania, lecz racjonalizuje je w oczach audytorium jako działanie wyznaczone przez rolę, którą pełni²⁵. W obu przedstawionych sytuacjach mamy do czynienia z neutralizacją poczucia odpowiedzialności aktora za wykonywaną rolę. Proces ten może wzmocniać kolejny związany z pojęciem roli element, a mianowicie podział zadań. E. Goffman podkreśla, że pojęcie roli charakteryzuje się również i tym, że odgrywa się ją w zespole, gdzie każdy ma do odegrania tylko określony fragment, za który ma odpowiadać²⁶. Takie ujęcie pozwala „zacierać” rozpoznawalność dokonywanej czynności, powodując, że osobie spoza praktyki nie sposób jest się zorientować, kto jej dokonał, a tym samym, komu przypisać odpowiedzialność – nawet tą, która, nakierowana retrospektywnie, polega na przypisaniu komuś konsekwencji jakiegoś działania.

Schemat działania w roli zawodowej na wzór „wykonawcy poleceń” zaprezentowany został w brytyjskim serialu telewizyjnym *The Edwardian Country House* (*Posiadłość wiejska w stylu edwardiańskim*). Spośród ośmiu tysięcy osób, które zgłosiły się do uczestniczenia w programie z gatunku *reality show*, wybrano 19. 65-letni mężczyzna, z zawodu architekt, wybrany do roli głównego kamerdynera, był przerażony tym, jak szybko przeobraził się w postać autorytarnego zarządcy domu: „W pewnym momencie orientujesz się, że nie trzeba nawet nic mówić. Wystarczyło unieść palec, by wszyscy byli cicho. I jest to przerażająca myśl – to obrzydliwe”²⁷.

Na wspomnianym przykładzie Philip Zimbardo przestrzega: „niektóre role są zdradliwe, nie są po prostu skryptami, które odgrywamy od czasu do czasu; mogą stać się tym, kim jesteśmy niemal przez cały czas”²⁸. Nie wiem, czy za taką rolę P. Zimbardo uznał zawód prawnika, tym niemniej Bogdan Wojciszke, recenzując książkę amerykańskiego autora pt. *Efekt Lucyfera*, zaznaczył,

²⁵ E. Goffman, *Człowiek w teatrze...*, s. 47–49.

²⁶ Ibidem, rozdz. II (s. 107 i n.).

²⁷ P. Zimbardo, *Efekt Lucyfera...*, s. 235.

²⁸ Ibidem.

że przedstawiany w niej mechanizm oddania się we władanie roli zawodowej jest lekturą pomocną i adresowaną do prawników²⁹. Wniosek ten, być może, został wyprowadzony z analogii między pracą kamerdynera a prawnika. Porównanie to wydaje się uzasadnione³⁰. W obu przypadkach świadczona jest usługa na rzecz klienta, powierza się poufne informacje. Spróbujmy zatem przedstawione uwagi o neutralizacji moralnej odpowiedzialności poprzez przyjęcie tożsamości „wykonawcy poleceń” odnieść do roli zawodowej prawnika³¹. Pomocne w tym zakresie wydaje się odczytanie roli zawodowej prawnika, jakie przedstawia Robert W. Gordon³². Autor ten podkreśla, że w zawód prawnika – jego rolę – wpisane jest zawieszenie między wymiarem indywidualnym, koncentrującym się na relacji z „prywatnym” klientem, a wymiarem społecznym, który odsłania klienta „publicznego” w osobie społeczeństwa³³. Wskazane zawieszenie między klientem „prywatnym” a „publicznym” stanowi immanentną cechę zawodu prawnika. I z tego też, chyba, powodu Gordon z całą stanowczością podkreśla, iż troska o wymiar społeczny leży nie tylko w gestii funkcjonariuszy publicznych, sędziów, prokuratorów i innych urzędników, lecz także adwokatów³⁴. Utrzymywanie stanu zawieszenia wydaje się wskazówką, jaką formułuje R. W. Gordon, odpowiadając na pytanie, kim powinien być prawnik w roli zawodowej³⁵.

Z przedstawionego zawieszenia wyłania się możliwa sytuacja konfliktu między tym, co instytucjonalne a tym, co indywidualne. Można ją odnieść do problemu tożsamości prawnika w roli zawodowej, a dokładniej – możliwego sporu na linii: moralność instytucjonalna a moralność indywidualna. Przystanie na możliwą sytuację konfliktu między nimi rodzi pytanie o sposób kształtowania pewności działania w instytucji.

²⁹ Na okładce książki P. Zimbaro *Efekt Lucyfera* został umieszczony fragment z recenzji B. Wojciszke, w której czytamy: „Wymowa książki bardzo daleko wykracza poza ramy samej psychologii. Wydaje się ona lekturą konieczną także dla prawników [...]”.

³⁰ D. Luban, *Stevens's professionalism and ours*, „William and Mary Law Review” 1996, vol. 38.

³¹ W rodzimej literaturze chciałbym zwrócić uwagę m.in. na prace: G. Skapska, J. Czapska, M. Kozłowska, *Spoleczne role prawników...*; T. Romer, M. Najda, *Etyka dla sędziów...*, cz. II, rozdz. 2 oraz artykuły: J. Zajadło, *Prawnicza teodycea*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2012, t. XXVII, w szczególności s. 419–442; M. Zirk-Sadowski, *Uczestniczenie prawników w kulturze*, „Państwo i Prawo” 2002, nr 9; Z. Bańkowski, *W przestrzeni sądenia: sędzia i niepokój spotkania*, [w:] P. Kaczmarek (red.), *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Lokalny a uniwersalny charakter interpretacji prawniczej*, Wrocław 2009.

³² R. W. Gordon, *Why lawyers can't just be hired guns*, [w:] D. L. Rhode (ed.), *Ethics in Practice...*, s. 42–43.

³³ Ibidem, s. 42 i n. Zwraca na to uwagę również A. T. Kronman, *The law as a profession*, [w:] D. L. Rhode (ed.), *Ethics in Practice...*, s. 31.

³⁴ R. W. Gordon, *op. cit.*, s. 46. Zob. także: R. Sarkowicz, *Amerykańska etyka prawnicza*, Kraków 2004, rozdz. IV.

³⁵ R. W. Gordon, *op. cit.*, s. 43.

Jedną z możliwych odpowiedzi na postać powyższego zawieszenia może być budowanie tożsamości prawnika na takiej koncepcji moralności roli, która w punkcie wyjścia zasłania możliwą sytuację konfliktu. Wyrazem tego jest kształtowanie tożsamości prawnika na wzór „wykonawcy poleceń”. Eksponuje ten problem Zenon Bańkowski, podkreślając: „Utrata siebie samego oraz przedmiotu rozstrzygnięcia na rzecz prawa zakłada, że reguły mają charakter samowystarczalny [...]. Sędzia zostaje zamieniony w maszynę będącą wykonawcą ogólnego prawa [...]”³⁶. Tym samym sprowadza się wypełnienie roli sędziego do działania według przyjętego wzorca, do którego dostosowanie ma odciążyć od rozstrzygnięcia pojawiających się dylematów bądź spowodować, że nie zostaną one w ogóle zauważone. Przedstawiony sposób kształtowania „ja” w roli zawodowej wydaje się przejawem tęsknoty za pewnością działania w instytucji, którą ma zapewnić jakiś solidny punkt oparcia. Ceną za takie roszczenie jest jednak zasłonięcie w punkcie wyjścia możliwej sytuacji konfliktu. W ten sposób odpowiedzialność przybiera wymiar służebny; sprowadza się do działania według przyjętego wzorca, który „wypłukuje” możliwą sytuację wyboru³⁷.

Odmienne rozstrzygnięcie proponuje D. Luban, który postać powyższego zawieszenia przedstawia jako szansę na ocalenie tego, co jednostkowe w tym, co ogólne. W rozwiązaniu to wpisuje się m.in. propozycja czteropoziomowego modelu uzasadniania czynności w praktyce prawniczej czy też metafora kanarka. Projekt czteropoziomowego modelu uzasadniania zakłada, że indywidualne działanie ma być usprawiedliwiane poprzez odwołanie się do: 1) reguł zawodowych, one z kolei do 2) roli społecznej, jaką pełnią prawnicy, 3) następnie pojęcia roli – przez odwołanie się do instytucji, przez które są wytwarzane, a 4) instytucje – wymogów moralności społecznej³⁸. Z kolei metaforę kanarka można odnieść do sposobu kształtowania „ja” w roli zawodowej³⁹. W kopalni kanarki miały być dla pracujących w niej osób gwarancją bezpieczeństwa. Martwy kanarek był znakiem, że zaczyna brakować tlenu i należy się ewakuować. Zawarte w tej metaforze przesłanie możemy, za D. Lubanem, rozumieć w następujący sposób: wykonując określoną rolę w przestrzeni publicznej, warto ustalić granicę, której się w pracy zawodowej nie przekroczy, czego na pewno się nie zrobi, np. będąc autorem czynności, nie będę twierdził (przed samym sobą ani przed innymi),

³⁶ Z. Bańkowski, *op. cit.*, s. 173. Podobnie: S. Veitch, *Law and Irresponsibility: On the Legitimation of Human Suffering*, London 2007, s. 85–95.

³⁷ W tym miejscu chciałbym przywołać słowa Teresy Romer i Magdaleny Najdy: „Złożenie przez sędziego całkowitej odpowiedzialności na karb prawodawcy jest jednoznaczne ze zredukowaniem swojej pozycji do prostego wykonawstwa, urzędniczej działalności, wymagającej jedynie wiedzy *techné*, nie *epistémé*” – zob. T. Romer, M. Najda, *op. cit.*, s. 108.

³⁸ Propozycja przedstawiona jest w pracy D. Lubana, *Legal Ethics and Human Dignity*, rozdz. 8. Syntetycznie na ten temat zobacz: D. Luban, *Etyka zawodowa*, [w:] W. Galewicz (red.), *Moralność i profesjonalizm. Spór o pozycję etyk zawodowych*, Kraków 2010, s. 223 i n.

³⁹ Metaforę tę omawia David Luban, *Legal Ethics and Human Dignity*, s. 294–295.

że odpowiedzialność za nią spoczywa na instytucji. Kiedy znajdziemy się w sytuacji, w której przekroczenie ustalonej granicy stanie się realne, być może przypomnimy sobie o naszym postanowieniu, które da znak, niczym wspomniany wyżej kanarek, że trzeba się ewakuować z pozycji, jaką się przyjęło⁴⁰.

Przedstawione uwagi wskazują, że tożsamość wykonawcy roli możemy rozpatrywać jako coś danego bądź zadanego przez instytucję. W pierwszym przypadku tożsamość jest stanem, a w drugim procesem, który kształtuje się poprzez działanie. Wybór ten można rozpatrywać jako kształtowanie tożsamości prawnika odpowiednio na podstawie odpowiedzialności moralnej lub służebnej. Zwróćmy bowiem uwagę, że zgoda na to, iż struktura instytucjonalna nie wyznacza jednego wzorca działania, czyni uczestników tej praktyki moralnie odpowiedzialnymi za jej obraz, a także za wytwory jej działalności. To, w jaki sposób odpowie się na to wezwanie, można rozpatrywać w świetle zaproponowanej na wstępie hipotezy: tożsamość prawnika jako problem moralnej odpowiedzialności.

⁴⁰ Uwaga ta wydaje się odpowiadać stwierdzeniu, jakie formułują Teresa Romer i Magdalena Najda: „Niezwodną metodą obrony przed uleganiem opisanemu mechanizmowi jest stała refleksja nad swoją rolą w procesie podejmowania decyzji” – zob. T. Romer, M. Najda, *op. cit.*, s. 109.

Teoria obietnicy w umowach wzajemnych na tle poglądów P. Ricoeura

Istotnym celem integracji zewnętrznej prawoznawstwa jest wzmacnianie więzi, która łączy je z dogmatykami poszczególnych gałęzi prawa. Równie ważne jest, by filozofia prawa otwierała nowe perspektywy dla analiz dogmatyczno-prawnych o praktycznym znaczeniu. Niniejsze opracowanie podejmuje próbę realizacji tych celów, omawiając problemy dogmatyki prawa umów wzajemnych z perspektywy filozofii Paula Ricoeura. W tekście została dokonana prezentacja wycinka dorobku anglosaskiej teorii prawa umów, który może być interesujący dla dogmatyki polskiego prawa cywilnego, ze szczególnym uwzględnieniem tzw. teorii obietnicy. Równocześnie poruszone są dwa podstawowe problemy teoretyczne prawa umów wzajemnych, tj. problem istoty więzi prawnej łączącej strony umowy oraz problem uzasadnienia ochrony ww. więzi przez prawo stanowione. Kontekst powyższych analiz stanowią będą poglądy Ricoeura, zarysowane przede wszystkim w dziele *Soi-même comme un autre*¹.

W anglosaskiej teorii prawa umów (*contract theory*)² ukształtowały się trzy główne stanowiska, będące próbą wyjaśnienia istoty więzi łączącej strony umowy i równocześnie będące próbą wskazania przyczyn ochrony tej więzi przez prawo³. Teorie te są rozwijane przy założeniu o koniecznym związku między prawem a moralnością. Są to: teoria zaufania (*reliance theory*)⁴, teoria przeniesienia (*transfer theory*)⁵ oraz teoria obietnicy (teoria promisyjna – *promissory*

¹ P. Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, Paris 1990. Cytaty pochodzą z wydania polskiego.

² Co do pojęcia *contract theory* zob.: P. S. Atiyah, S. A. Smith, *Atiyah's Introduction to the Law of Contracts*, Oxford 2005, s. 28–31; G. Samuel, *Law of Obligations*, Cheltenham–Northampton MA 2010, s. 70–72; P. S. Atiyah, *The modern role of contract law*, [w:] idem, *Essays on Contracts*, Oxford 2001, s. 1–9.

³ S. A. Smith, *Towards a theory of contract*, [w:] J. Horder (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence. Fourth Series*, New York 2000, s. 107 i n.

⁴ L. L. Fuller, W. Purdue, *The reliance interest in contract damages*, „Yale Law Journal” 1936, vol. 46.

⁵ R. E. Barnett, *A consent theory of contract*, „Columbia Law Review” 1986, vol. 86, no. 2, s. 291 i n.

theory)⁶. Z perspektywy kontynentalnej nauki prawa cywilnego⁷ analogiczną problematykę poruszają teorie oświadczenia woli, spośród których największy wpływ na praktykę ma teoria woli oraz teoria oświadczenia⁸.

Według teorii zaufania więc istniejąca w zobowiązaniach umownych powstaje i jest chroniona przez prawo dlatego, że sytuacja podmiotu, który został skłoniony do zaufania nam w drodze umowy, nie powinna ulec pogorszeniu⁹. W świetle anglosaskiej teorii zaufania prawo umów jest ściśle związane z prawem czynów niedozwolonych (*tort law*), bowiem zobowiązania są nakładane na podmiot ze względu na podejmowane przezeń działania, a nie ze względu na jego intencje¹⁰. Teoria zaufania tym różni się od teorii promisorijnej, że na gruncie pierwszej zaufanie, skutkujące powstaniem węzła prawnego, może być wzbudzone także w sposób dorozumiany, podczas gdy w świetle tej drugiej obietnica w zobowiązaniach umownych wyrażana jest zawsze *expressis verbis*. Prowadzi to do stwierdzenia, że teoria zaufania w znacznym zakresie pokrywa się z teorią obietnicy, zaś samoistnie opisuje tylko problematyczny wycinek sfery umów wzajemnych, w którym zobowiązania mogą powstawać z uzasadnionych przyczyn również w sytuacji braku bezpośredniego oświadczenia woli¹¹.

W świetle anglosaskiej teorii przeniesienia¹² zobowiązania umowne powstają i podlegają ochronie prawnej z przyczyn pokrewnych uzasadnieniu skuteczności przeniesienia i ochrony praw rzeczowych (*property rights*)¹³. Mówiąc ściślej, wierzycielowi (*beneficiary of the contract*) przysługuje uprawnienie do wykonania aktu przyszłego w czasie, w następstwie przeniesienia tego uprawnienia przez dłużnika. W związku z tym teoria przeniesienia (w przeciwieństwie do teorii obietnicy) nie upatruje źródła zobowiązania w samym akcie umowy, lecz widzi

⁶ Ch. Fried, *Contract as Promise. A Theory of Contractual Obligations*, Cambridge MA–London 1981, s. 7–27; T. M. Scalon, *Promises and contracts*, [w:] P. Benson (ed.), *The Theory of Contract Law. New Essays*, Cambridge 2007, s. 86–117; W. Lucy, *Philosophy of Private Law*, New York 2007, s. 238. Krytycznie z perspektywy *reliance theory*: P. S. Atiyah, *Contracts, promises and the law of obligations*, [w:] idem, *Essays...*, s. 10–56.

⁷ G. Samuel przeprowadza kompleksową analizę porównawczą prawa zobowiązań, w tym prawa umów wzajemnych w kulturze prawnej *civil law i common law* – zob. G. Samuel, *Law of Obligations*. Por. J. Gordley, *Enforceability of Promises in European Contract Law*, Cambridge 2001, s. 2–20; R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, New York 1996, s. 1–31.

⁸ Por. A. Jędrzejewska, *Koncepcja oświadczenia woli w prawie cywilnym*, Warszawa 1992, s. 10–55; Z. Radwański, *Teoria umów*, Warszawa 1977, s. 37–61.

⁹ L. L. Fuller, W. Purdue, *op. cit.*

¹⁰ S. A. Smith, *Towards a theory...*, s. 115–116.

¹¹ *Ibidem*, s. 117–118.

¹² Początki teorii przeniesienia są związane z prawem wojny i pokoju Hugona Grotiusa – por. H. Grotius, *O prawie wojny i pokoju*, 1625 r. (wyd. polskie: *Trzy księgi o prawie wojny i pokoju, w których znajdują wyjaśnienie prawo natury i prawo narodów, a także główne zasady prawa publicznego*, oprac. R. Bierzanek, Warszawa 1957), ks. II, rozdz. XI.

¹³ S. A. Smith, *Contract Theory*, New York 2007, s. 44.

je w transferze uprawnienia. W świetle omawianego stanowiska analogia z transferem prawa własności sprowadza się do stwierdzenia, że jeżeli uprawnienie zostało przeniesione, to przysługuje wierzycielowi, podobnie jak właścicielowi, prawo do swobodnego korzystania z rzeczy¹⁴. Różnica w porównaniu z prawem rzeczowym uwidacznia się na płaszczyźnie ochrony powstałego uprawnienia i polega na tym, że obowiązek powstały po jego przeniesieniu nie ma zasadniczo charakteru negatywnego (nie jest zakazem naruszania przysługującego prawa), lecz charakter pozytywny (polega na obowiązku podjęcia określonego działania). W polskiej teorii prawa powyższą różnicę oddaje podział uprawnień na pozytywne i negatywne¹⁵. Tak czy inaczej, dłużnik, który uprawnienie przeniósł, nie powinien zakłócać możliwości skorzystania zeń przez wierzyciela (pierwotny element *quasi-rzeczowy*) i z tego względu zobowiązany do jego wykonania (pochodny element obligatoryjny). W związku z tym dłużnik, w przypadku naruszenia postanowień umowy, poddany jest podobnemu reżimowi odpowiedzialności, co osoba trzecia naruszająca przysługujące właścicielowi uprawnienie do swobodnego korzystania z rzeczy. Zdaniem protagonistów teorii przeniesienia niewykonanie czy nienależyte wykonanie zobowiązania przypomina nawet próbę kradzieży rzeczy przez sprzedającego od osoby, która wcześniej nabyła odeń prawo własności¹⁶. Z perspektywy anglosaskiej teorii umów wskazany element teorii przeniesienia zbliża ją do prawa czynów niedozwolonych (*tort obligations*)¹⁷. Na jej gruncie skuteczność zobowiązania zależy od tego, czy strony umowy (*transferor/transferee*) miały zamiar przeniesienia uprawnień. Za poprawnością omawianej teorii ma przemawiać fakt, iż typowe umowy (*agreement*) są formą wyrażenia takiego zamiaru¹⁸.

Jedną z kluczowych różnic pomiędzy teorią przeniesienia a teorią promisyjną dotyczy tego, w jaki sposób strony wchodzi w posiadanie przysługujących im uprawnień. Wedle pierwszej teorii dochodzi do przeniesienia takich uprawnień, które już wcześniej przysługiwały stronie, co (z perspektywy polskiej dogmatyki prawa cywilnego) przypomina pochodne nabycie prawa rzeczowego¹⁹. W świetle teorii promisyjnej uprawnienie powstaje dopiero w rezultacie złożenia obietnicy przez stronę i nie istnieje przed aktem przyrzeczenia (oświadczenia woli) konstytuującym umowę²⁰. Należy podkreślić, iż zgodnie z teorią przeniesienia umowa (*agreement*) nie ma sensu obligatoryjnego, tj. nie tworzy zobowiązania, lecz jedynie stwierdza transfer uprawnień już istniejących. Tym samym umowa jest porozumieniem stwierdzającym jedynie, że uprawnienie

¹⁴ S. A. Smith, *Towards a theory...*, s. 118–120.

¹⁵ L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2006, s. 236–237.

¹⁶ Por. S. A. Smith, *Contract Theory*, s. 98.

¹⁷ *Ibidem*, s. 45.

¹⁸ R. E. Barnett, *op. cit.*

¹⁹ Por. J. Ignatowicz, *Prawo rzeczowe*, Warszawa 1995, s. 92–93.

²⁰ S. A. Smith, *Contract Theory*, s. 99.

przysługujące stronie (*transferor*) zostało przeniesione na drugą stronę umowy (*transferee*). W sukurs powyższemu poglądom idzie obserwacja, zgodnie z którą język umów wzajemnych, w szczególności pojęcie „oferty” (*offer*) i „przyjęcia” (*acceptance*), semantycznie nawiązuje do rozporządzenia rzeczą, będącą przedmiotem fizycznym (mającą materialny substrat)²¹.

Zastrzeżenia dotyczące prezentowanej teorii dotyczą kluczowej kwestii, jaką jest istnienie uprawnienia przed zawarciem przenoszącej je umowy (sednem teorii przeniesienia jest bowiem transfer uprawnienia „jak” rzeczy, będącej uprzednio własnością strony). Ostatecznie, z uwagi na wąski w praktyce zakres zastosowania teorii przeniesienia, jak też na wskazane wyżej zastrzeżenia dotyczące teorii zaufania, odpowiedzi na pytanie o istotę więzi w umowach wzajemnych w anglosaskiej nauce prawa poszukuje się najczęściej na gruncie teorii obietnicy. Zakłada ona, że zobowiązania umowne są wiążące i podlegają ochronie, ponieważ powstają w rezultacie złożonej obietnicy, wskutek której dochodzi do samozwiązania się przez podmiot złożonym przyrzeczeniem²². S. A. Smith wskazuje, że teorie promisoryjne w XIX w. zaliczane były do tzw. teorii woli. Pozwala to umiejscowić je na tle pokrewnych omawianej problematyce, dominujących w kontynentalnej cywilistyce teorii oświadczeń woli (tj. teorii woli i teorii oświadczenia)²³.

Sedno teorii obietnicy stanowi założenie, że zobowiązanie powstaje nie tyle w rezultacie intencjonalnego działania, ile w następstwie autoekspresji podmiotu, wyrażającej (komunikującej) intencję przyjęcia na siebie zobowiązania. Komunikacja (jak proponuję powiedzieć w języku Ricoeura – narracja, opowieść²⁴) jest uznawana za warunek konieczny przekazania intencji, który wskazuje m.in. na wiedzę podmiotu co do samego pojęcia obietnicy. Tym samym zakomunikowana intencja nie może być jedynie intencją podjęcia określonego działania, lecz powinna być intencją przyjęcia na siebie określonego zobowiązania²⁵. W związku z tym w literaturze anglosaskiej podkreśla się, iż złożenie prawnie relewantnej obietnicy nie jest zaledwie dodatkowym czynnikiem wpływającym na podjęcie

²¹ Ibidem, s. 100.

²² Ch. Fried, *op. cit.*, s. 7–17.

²³ Por. A. Jędrzejewska, *op. cit.*, s. 10–17.

²⁴ Zagadnienie narracji (opowieści) Ricoeur omawia w swoim trzytomowym dziele pt. *Czas i opowieść*. Por. P. Ricoeur, *Time and Narrative*, Chicago–London 1990; idem, *O sobie samym jako innym*, Warszawa 2005, s. 188–192; idem, *The model of the text: Meaningful action considered as the text*, [w:] P. Ricoeur, R. Kearney, *From Text to Action. Essays in Hermeneutics*, Evanston IL 2007, s. 144–167; J. Dunne, *Beyond sovereignty and deconstruction: the storied self*, [w:] R. Kearney (ed.), *Paul Ricoeur. The Hermeneutics of Action*, London–New Delhi 1996, s. 159–154. Z innych publikacji por.: R. Altman, *A Theory of Narrative*, New York 2008, s. 1–21; A. Burzyńska, *Idee narracyjności w humanistyce*, [w:] B. Janusz, K. Gdowska, B. de Barbaro (red.), *Narracja. Teoria i praktyka*, Kraków 2008, s. 26–28.

²⁵ S. A. Smith, *Contract Theory*, s. 57.

decyzji o wykonaniu/niewykonaniu zobowiązania. Decyzja o wykonaniu zobowiązania jest bowiem podjęta w momencie złożenia obietnicy, zaś sama obietnica jest pierwszym i podstawowym źródłem działania zobowiązanego²⁶.

W opinii S. A. Smitha teoria promisyjna pozwala trafnie zdefiniować podstawowe cechy (zasady) prawa umów wzajemnych, takie jak swoboda zawierania umów (*freedom to contract*), swoboda kształtowania treści umów (*freedom of contract*) oraz zindywidualizowany charakter zobowiązania umownego (*privity of contract*)²⁷. Na gruncie omawianej teorii swoboda umów – rozumiana jako swoboda zawierania umów – oznacza, iż strony dysponują swobodą złożenia i przyjęcia przyrzeczenia oraz że przyrzeczenie ma sens zobowiązaniowy, będąc czymś innym niż deskryptywne stwierdzenie faktu. Należy podkreślić, że praktyka składania i przyjmowania ofert potwierdza przy tym trafność komunikacyjnego aspektu teorii promisyjnej²⁸. Dalej, swoboda umów – rozumiana jako swoboda kształtowania treści umów – jest na gruncie omawianej teorii zdefiniowana jako możliwość dowolnego kształtowania treści przyrzeczenia i, co za tym idzie, oferty w umowach wzajemnych. Z kolei zindywidualizowany charakter zobowiązania oznacza, iż obietnica składana jest zawsze przez konkretny podmiot, tj. stronę umowy. Można twierdzić, iż charakterystyka tej ostatniej cechy jest jednym z mocniejszych punktów teorii promisyjnej, wobec zawiązywania węzła prawnego w zobowiązaniach umownych *inter partes* poprzez zakomunikowanie przyjęcia na siebie zobowiązania drugiej stronie²⁹.

Wobec teorii promisyjnej formułuje się zastrzeżenia, dotyczące m.in. dwustronnego charakteru umów wzajemnych (*agreements*), w których powstanie węzła prawnego wynika ze złożenia obietnicy drugiej stronie (*promissee*), a nie wyłącznie z samozwiązania się obietnicą przez jedną ze stron (*promissor*). W pierwszej kolejności w stosunku do omawianej teorii nasuwa się jednak fundamentalne pytanie: co to właściwie znaczy, że obietnica „wiąże” w jakiś sposób i co jest podstawą takiego „wiązania”? Odpowiedź na zasygnalizowane wątpliwości przynosi teoria obietnicy, odwołująca się

²⁶ W nawiązaniu do S. A. Smitha można podać następujący przykład: zobowiązałem się pomalować dach mojemu sąsiadowi w przyszłym tygodniu, lecz potem rozmyśliłem się i doszedłem do wniosku, że wykonanie tej pracy jest dla mnie nieopłacalne. Czuję się do pewnego stopnia związany obietnicą, lecz przy ostatecznym podejmowaniu decyzji rozstrzygam w oparciu o inny, ważny czynnik, jakim jest rachunek ekonomiczny. Z perspektywy teorii promisyjnej moje rozumowanie jest obaczone błędem, gdyż już zadecydowałem obiecując i ze względu na to muszę wypełnić zobowiązanie. Por. *ibidem*, s. 58.

²⁷ W kontynentalnej teorii prawa umów wymienia się: swobodę co do tego, czy podmioty chcą zawiązać stosunek obligacyjny; swobodę wyboru kontrahenta; możliwość kształtowania treści stosunku zobowiązaniowego według swego uznania. Por. Z. Czachórski, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 1994, s. 109.

²⁸ S. A. Smith, *Contract Theory*, s. 59.

²⁹ *Ibidem*, s. 60.

do wątków zaczerpniętych z dorobku filozoficznego Paula Ricoeura³⁰. Dorobek ów wykazuje szczególną przydatność w promisywnej teorii umów, łącząc zagadnienie podmiotowości własnej i podmiotowości innego człowieka z problematyką wzajemności³¹. Należy wyjaśnić, że w filozofii Ricoeura złożona obietnica, w sposób zbliżony do Kantowskiego samoprawodawstwa, służy za paradygmatyczny wzór tożsamości siebie. Tym samym dotrzymanie przyjętych zobowiązań jest etyczne trwałym sposobem bycia podmiotu (*ipse*), przeciwstawianym przez Ricoeura byciu, kształtowanemu przez zmienne cechy ludzkiego charakteru (*idem*). Filozof pisze:

Mówiąc o nas samych, rozporządzamy faktycznie dwoma wzorami trwałości w czasie, które streszczam w dwóch terminach, zarazem opisowych i symbolicznych: charakter i dochowane słowo³² [...]. Przez charakter rozumiem ogół cech wyróżniających, pozwalających ponownie zidentyfikować ludzką jednostkę jako będącą tą samą. [...] Istnieje [też] inny wzór trwałości w czasie niż wzór charakteru. Jest to wzór dochowanego słowa, zakorzeniony w wierności słowu danemu³³.

Dla promisywnej teorii umów istotne znaczenie ma równocześnie rozwijana przez Ricoeura relacyjna koncepcja podmiotu, wynikająca z tezy o zobowiązującym etycznie kontekście obecności innego człowieka. W jej świetle złożenie obietnicy drugiemu człowiekowi ma charakter wzorcowy dla wszelkiego zobowiązania, podjętego również wyłącznie względem siebie. W tym przypadku obietnica składana jest, jak się wyraża Ricoeur, „wobec siebie jako innego”³⁴. Należy wskazać, że w relacyjnej koncepcji osoby teoria promisywna zyskuje narzędzie pozwalające zniwelować opozycję występującą między dwustronnym charakterem umów wzajemnych a jednostronnym związaniem się przez podmiot złożoną obietnicą. Ostatecznie w proponowanej wersji teorii obietnicy istnienie więzi prawnej łączącej strony umowy wynika z kluczowych, onto-etycznych założeń, dotyczących przyrzekającego podmiotu.

³⁰ Należy wskazać, że analiza zagadnień filozoficzno-prawnych stanowi istotny składnik filozofii Ricoeura. Poczesne miejsce zajmuje w nich zagadnienie prawa jako „wielkiej narracji”, rozwijanej na płaszczyźnie sprawiedliwych instytucji społecznych, a także zagadnienie związków interpretacji i argumentacji prawniczej. Por. P. Ricoeur, *Reflections on the Just*, Chicago, London 2007; idem, *Drogi rozpoznania*, Kraków 2004, s. 194–200; idem, *Krytyka i przekonanie*, Warszawa 2003, s. 167–181. Por. także: D. M. Kaplan, *Ricoeur's Critical Theory*, New York 2003, s. 69–74; G. H. Taylor, *Ricoeur and law: the distinctiveness of legal hermeneutics*, [w:] S. Davidson (ed.), *Ricoeur across Disciplines*, London 2010, s. 84–101.

³¹ Powyższemu zagadnieniu poświęcone jest dzieło *O sobie samym jako innym (Soi-même comme un autre)*, syntetyzujące szereg wątków podejmowanych przez Ricoeura na wcześniejszych etapach rozwoju jego poglądów. Por. P. Ricoeur, *O sobie samym...*

³² Ibidem, s. 196.

³³ Ibidem, s. 205.

³⁴ Zagadnienie to stanowi kluczowy problem analiz prowadzonych w *Soi-même comme un autre*. Por. ibidem, s. 298–321.

Dalszym zagadnieniem poruszonym na gruncie proponowanej teorii promisyjnej jest uzasadnienie ochrony złożonej obietnicy przez prawo stanowione. Analiza powyższego problemu podjęta jest w kontekście sformułowanej przez Ricoeura definicji dążenia etycznego, które stanowi „zamiar dobrego życia z drugim i dla drugiego w sprawiedliwych instytucjach”³⁵. Należy wskazać, iż definicja ta unifikuje aspekt onto-etyczny podmiotu, relacje międzyosobowe oraz instytucje polityczne, między którymi Ricoeur umieszcza m.in. prawo stanowione. Dlatego definicja dążenia etycznego, realizowanego przez podmiot równocześnie w trzech aspektach, czy też na trzech płaszczyznach, pozwala uchwycić związek między zindywidualizowaną obietnicą a sprawiedliwymi instytucjami prawnymi. Między innymi na płaszczyźnie sprawiedliwych instytucji lokują się w moim przekonaniu modelowe, skodyfikowane wzory umów wzajemnych, będące wyabstrahowaniem typowych sytuacji złożenia obietnicy.

Najistotniejsze zastrzeżenia wobec anglosaskiej teorii obietnicy formułowane są przez przedstawicieli tzw. podejścia obiektywizującego (*objective approach*), zbieżnego z kontynentalną teorią oświadczenia (odnoszącą się do problematyki oświadczenia woli). Teoria obietnicy wyraża natomiast stanowisko subiektywizujące, zbieżne z konkurencyjną teorią woli. Zwolennicy podejścia obiektywizującego wskazują, że prawo umów chroni nie tyle te zobowiązania, które strony miały intencję (zamiar) przyjąć na siebie, lecz te, które zostały intersubiektywnie zakomunikowane. Pogląd taki dominuje w angielskim orzecznictwie sądowym³⁶. Zdając sobie sprawę z wagi tego zarzutu, S. A. Smith proponuje dwie drogi obrony kluczowego dla teorii promisyjnej stanowiska subiektywizującego (zbieżnego z poglądami P. Ricoeura). Zgodnie z pierwszą realizowane przez sądy podejście obiektywizujące nie jest zaliczane do sfery prawa umów, lecz do czynów niedozwolonych (*torts*) albo do innej gałęzi prawa prywatnego, w której odpowiedzialność opiera się na obiektywizującej zasadzie zaufania (*reliance*). Tym samym, jeżeli powództwo wytoczone przeciwko pozwanemu (*defendant*) z tytułu niewykonania zobowiązania dotyczy rozbieżności pomiędzy treścią obietnicy objętej intencją (zamiarem) strony a intencją intersubiektywnie zakomunikowaną, odpowiedzialność z tego tytułu ma charakter pozakontraktowy i jest odpowiedzialnością za wprowadzenie w błąd co do intencji (zamiaru). Pozwany jest więc pociągnięty nie do odpowiedzialności kontraktowej, lecz do odpowiedzialności za pozorność działania lub też oświadczenia, które wzbudziło zaufanie powoda. Słabym punktem przytoczonej obrony jest jej niezgodność ze zdroworozsądkową praktyką angielskich sądów, zrównujących w orzecznictwie obietnicę zamierzoną i uzewnętrznioną z zakomunikowanym pozorem obietnicy³⁷. Druga metoda obrony stanowiska subiektywizującego jest w opinii S. A. Smitha bardziej

³⁵ Ibidem, s. 285.

³⁶ Por. S. A. Smith, *Contract Theory*, s. 61.

³⁷ Ibidem.

przekonująca. Bazuje ona na rozróżnieniu pierwotnego zamiaru (intencji) złożenia obietnicy i zamiaru (intencji) wyrażenia w obietnicy określonej treści. Przy uwzględnieniu powyższej dystynkcji podejście subiektywne jest stosowane przy ocenie, czy pierwotny zamiar złożenia obietnicy w ogóle wystąpił, zaś podejście obiektywne – przy weryfikacji treści przyrzeczenia. Powyższe stanowisko pozwala utrzymać kluczowe dla teorii promisoryjnej założenie, że obietnica nie może być złożona przez stronę przy braku intencji przyrzeczenia. Założenie to jest w pełni zgodne z poglądem Ricoeura co do intencjonalnego charakteru przyrzekania³⁸. Co więcej, przywołany pogląd, łącząc (do pewnego stopnia) stanowisko obiektywizujące i subiektywizujące, pozostaje w zgodności z komunikacyjnym paradygmatem teorii obietnicy, ponieważ naturalnym elementem procesu komunikacji jest intersubiektywnie rozumiała treść komunikatu³⁹.

Drugie istotne zastrzeżenie dotyczące teorii promisoryjnej wiąże się z tzw. transakcjami masowymi (*simultaneous transactions*). Są to czynności, które występują w masowym obrocie prawnym, dotyczą bieżących spraw życia codziennego i nie wiążą się z zakomunikowaniem przyrzeczenia. S. A. Smith podkreśla, że czynności takie, jak wybranie pieniędzy z bankomatu, korzystanie z transportu publicznego, czy też zakupy w supermarkecie, choć są czynnościami intencjonalnymi, z perspektywy zwykłego uczestnika obrotu mają więcej wspólnego z działaniami o charakterze faktycznym niż prawnym. Mówiąc językiem kontynentalnej doktryny prawa cywilnego – w przypadku transakcji masowych nie dochodzi do wyrażenia oświadczenia woli nakierowanego na wywołanie określonych skutków prawnych, gdyż wola korzystającego ze świadczenia jest nakierowana na rzeczywisty efekt (zagadnienie to było przedmiotem pogłębionych analiz w doktrynie niemieckiej, m.in. za przyczyną K. Larenza, a następnie przeniknęło do dogmatyk innych krajów)⁴⁰. W anglosaskiej nauce prawa przyjmuje się, że w wielu transakcjach masowych ma miejsce dorozumiane przyrzeczenie przynajmniej jednej ze stron (odpowiednikiem w doktrynie kontynentalnej jest dorozumiane oświadczenie woli, wyrażone *per facta concludenta*). Z uwagi na wskazaną dystynkcję formułowane są postulaty objęcia umów wzajemnych opartych o obietnicę (*agreements*) oraz transakcji masowych, w których przyrzeczenia nie występują, szerszą definicją prawa umów. Zgodnie z nią prawo umów jest gałęzią prawa (*body of law*) zajmującą się wszelkimi działaniami wyrażającymi intencję (zamiar) zmiany normatywnych relacji z innymi (podmiotami prawa)⁴¹. Tym samym prawo umów obejmowałoby wszelką konsensualną

³⁸ Jak pisze Ricoeur, „intencja wprowadza na drogę obietnicy”. Por. P. Ricoeur, *O sobie samym...*, s. 124.

³⁹ Por. S.A. Smith, *Contract Theory*, s. 62.

⁴⁰ A. Jędrzejewska, *op. cit.*, s. 28.

⁴¹ „Contract law [is] the body of law that deals with all acts expressing an intention one's normative relations with the others”. Za: S. A. Smith, *Contract Theory*, s. 62.

wymianę dóbr *inter vivos*⁴². Krytycy przytoczonej definicji podkreślają, że jest ona zbyt szeroka co najmniej z tego względu, że miesza elementy prawa rzeczowego i obligacyjnego⁴³. Ponadto spycha ona na dalszy plan specyficzne cechy umów, których konstytutywnym elementem jest samozwiązanie się przez stronę złożoną obietnicą. Innym proponowanym rozwiązaniem problemu transakcji masywnej jest ich usunięcie poza sferę prawa umów i zaliczenie do tzw. pozaumownych form przeniesienia własności (*non-contractual transfers of property*), takich jak darowizny (*executed gifts*) i testamenty (*wills*). Z uwagi na ścisły związek powyższej reklasyfikacji z anglosaską nauką prawa w tym opracowaniu nie będzie ona przedmiotem dalszych analiz.

Trzecim zastrzeżeniem podnoszonym wobec teorii promisoryjnej jest kwestia, która będzie podlegać szczegółowej analizie na gruncie teorii P. Ricoeura. Mianowicie, oponenty teorii obietnicy zwracają uwagę, iż przyrzeczenie jest aktem o charakterze jednostronnym, podczas gdy umowy (*agreements*) mają zasadniczo charakter dwustronny. Zarówno złożenie oferty – *offer* – przez jedną ze stron, jak i jej przyjęcie – *acceptance* – przez drugą stronę jest niezbędne dla zawarcia umowy; ponadto, w standardowych umowach obowiązki dotyczą obydwu jej stron⁴⁴. Innymi słowy, jak wskazuje Smith, wzajemność uprawnień i obowiązków w umowie pozostaje bez ścisłego związku z jednostronnym (samowiązującym podmiot) charakterem przyrzeczenia. Teoria promisoryjna nawiązująca do filozofii Ricoeura oferuje instrumentarium umożliwiające usunięcie sygnalizowanego problemu, w szczególności dzięki relacyjnej koncepcji osoby, zgodnie z którą każda obietnica, także złożona przez podmiot tylko względem siebie, za wzór przyjmuje akt przyrzeczenia wobec drugiego człowieka⁴⁵. Natomiast na gruncie referowanej anglosaskiej teorii promisoryjnej problem pozostaje nierozwiązany, skoro przyrzeczenie nie może być złożone pod warunkiem dotrzymania obietnicy przez drugą stronę (przyjęcie takiego stanowiska oznaczałoby, że obietnica może np. nie wiązać w chwili jej złożenia). Jednakże podkreśla się podobieństwo obietnic i porozumień (tj. umów dwustronnych – *agreements*), które w obu przypadkach wiążą się z zakomunikowaniem intencji (zamiaru) przyjęcia na siebie zobowiązania i z których wynika obowiązek zachowania się w sposób przyrzeczony lub umówiony. Z uwagi na wskazane podobieństwo dwustronny charakter umów wzajemnych nie może być argumentem przeciwko teorii obietnicy; problemem pozostaje jednak źródło reguły wzajemności w umowach, niemającej oparcia w samowiązującym, jednostkowym akcie przyrzeczenia danego zachowania. Szczególną cechą anglosaskiej teorii umów jest w związku z tym dystynkcja: po pierwsze, dwóch niezależnych od siebie, „równoległych” obietnic składanych

⁴² Ibidem.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Ibidem, s. 63.

⁴⁵ P. Ricoeur, *O sobie samym...*, s. 277–278, 310, 321.

przez podmioty, które nie konstytuują umowy wzajemnej i, po drugie, będącego czymś innym (niż suma „równoległych” obietnic) porozumienia stron, w którym wzajemność zobowiązań stanowi kluczową cechę umowy wzajemnej⁴⁶.

Wzajemność w umowach nie jest więc skorelowana z samowiążącym sensem obietnicy złożonej przez stronę, lecz także nie stoi z nim w sprzeczności. Ostatecznie problemem ważniejszym pozostaje pytanie, czy umowy rzeczywiście powstają w drodze samowiążących przyrzeczeń podmiotów (*self-imposed obligations*), czy może mają inne źródło obowiązywania (por. teoria zaufania i teoria przeniesienia).

Jak wskazywałem, w anglosaskiej teorii prawa umów zagadnienie ich dwustronności wiąże się ściśle z zagadnieniem wzajemności (*consideration*) i nie jest skorelowane z pojęciem obietnicy w przytoczonym znaczeniu. Wobec tego problemu anglosaska teoria umów wzajemnych (będąca teorią promisyjną) zasadniczo pozostaje bezradna. S. A. Smith wskazuje dwie możliwe drogi obejścia problemu: podążając jedną, należy zaakceptować opisany brak korelacji, gdyż nie ma kluczowego znaczenia dla zasadności teorii obietnicy jako takiej; podążając drugą, należy poszukać uzasadnienia dla reguły wzajemności na gruncie innej teorii umów i w ogóle odrzucić model promisyjny. Autor proponuje równocześnie, by uznać wzajemność za formalny wymóg prawny (*form requirement*) w umowach, co pozwoliłoby na utrzymanie tej zasady z teorią obietnicy.

Opisany problem jest możliwy do rozwiązania na gruncie teorii P. Ricoeura. Jeśli uznać wzajemność za ogólny wymóg natury formalnej, cechujący znaczącą większość umów w sferze prawa prywatnego, wzajemność znajdzie się na trzecim poziomie unifikującej definicji dążenia etycznego w rozumieniu Ricoeura, to jest na poziomie „sprawiedliwych instytucji”⁴⁷. Jeżeli uznać ją za cechę konkretnej umowy zawartej *inter partes*, będzie ona właściwością poziomu interpersonalnego, określonego w definicji za pomocą zwrotu „z innym i dla innego”⁴⁸. W świetle teorii Ricoeura relacja wzajemności wiąże się jednak – przede wszystkim – z poziomem podstawowym, to jest z onto-etycznym sposobem bycia podmiotu. Każda obietnica jest bowiem składana przez podmiot wobec „siebie samego jako innego”, co oznacza, że przyrzeczenie jest etycznie znaczącym sposobem bycia podmiotu samodefiniującego się poprzez regułę wzajemności⁴⁹. Chciałbym

⁴⁶ S. A. Smith, *Contract Theory*, s. 64.

⁴⁷ P. Ricoeur, *O sobie samym...*, s. 322–336.

⁴⁸ Ibidem, s. 298–321.

⁴⁹ Ricoeur pisze: „Zachowanie siebie to w przypadku osoby taki sposób postępowania, że drugi człowiek może na nas liczyć. Ponieważ ktoś liczy na mnie, jestem obliczalny, mogę być rozliczany (*je suis comptable*) w moich czynach przed innym. Pojęcie odpowiedzialności łączy oba znaczenia: liczyć na..., być obliczalnym w... Łączy je, dodając do nich zasadę odpowiedzi na pytanie: «Gdzie jesteś?», postawione przez innego, który mnie wzywa. Odpowiedzią tą jest: «Oto ja!» (*Me voici!*). Odpowiedzią, w której dochodzi do głosu zachowanie siebie. [...] dręczące pytanie «Kim jestem?» [...] może zostać włączone do dumnego oświadczenia: «Tego się trzymam!». Pytaniem staje się: «Kim jestem ja, niestały, byś mimo to ty liczył na mnie?»”. Ibidem, s. 277–278.

podkreślić, że zaczerpnięta od Ricoeura koncepcja podmiotu (tego-który-jest-sobą⁵⁰) pozwala zunifikować problem przyrzeczenia i wzajemności na poziome onto-etycznym strony, składającej obietnicę. Fenomen dotrzymywania umów zyskuje dzięki temu podstawę w samej egzystencji podmiotu (*ipse*) – strony umowy. Jak wskazywałem, przyrzeczenie i wzajemność na poziomie ontologii strony to fundament relacji interpersonalnej, czyli – w przypadku umów – podstawa ważności obietnic składanych *inter partes*. Równocześnie przyrzeczenie i wzajemność pozostaje podbudową sprawiedliwych instytucji, pośród których Ricoeur wymienia prawo stanowione. Chciałbym raz jeszcze podkreślić, że na najwyższym poziomie definicji dążenia etycznego należy umieścić sprawiedliwą instytucję (uniwersalną regułę) wzajemności w prawie umów cywilnoprawnych.

Kolejny problem powstały na gruncie teorii promisoryjnej stanowi ważność obietnicy złożonej pod wpływem błędu. W angolskiej teorii umów wskazuje się, że sądy, uznając nieważność takich przyrzeczeń, kwestionują kluczowe przesłanki subiektywizującej teorii promisoryjnej. Argument ten wiąże się w szczególności z założeniem, że przyrzeczenie nie może być złożone pod warunkiem; nie traci więc mocy wiążącej również w przypadku przyjęcia błędnych założeń co do zdarzeń przeszłych lub przyszłych i niepewnych⁵¹. S. A. Smith wskazuje dwa możliwe kierunki rozwiązania powyższego problemu. Zgodnie z pierwszym orzeczenie sądu nie zmierza do modyfikacji treści istniejącej umowy i nie stanowi naruszenia wewnętrznej integralności obietnic złożonych przez strony, lecz jest działaniem odnoszącym się „z zewnątrz” do całości postanowień umownych. Stanowisko to wynika z założenia, że strony, składając obietnice, nie brały pod uwagę możliwości błędu czy daleko idącej zmiany okoliczności; w rezultacie z treści umowy nie można wyprowadzić konsekwencji zawartych w modyfikującym orzeczeniu sądowym⁵². Tym samym sąd nie ingeruje w treść przyrzeczeń, lecz uznaje ich nieważność w całości i – z uwagi na ujawnione okoliczności – zamiast stron rozstrzyga na nowo.

Dla przedstawicieli teorii promisoryjnej powyższy pogląd jest wysoce dyskusyjny, ponieważ w jego świetle sąd *ex post* uchyla złożone obietnice – z założenia nienaruszalne. W związku z tym Smith proponuje drugie rozwiązanie, zgodnie z którym treść modyfikującego orzeczenia sądowego jest wyprowadzona z intencji stron składających przyrzeczenia (mówiąc językiem kontynentalnej nauki prawa, z ich woli). Przesłanką zakomunikowanej obietnicy jest tu sieć dorozumianych założeń dotyczących związku przyczynowo-skutkowego (jak się wyraża Smith: „sposobu funkcjonowania świata”). W związku z tym, że intencja i przyrzeczenie wynika z licznych, często niezwerbalizowanych założeń, sąd może przyjąć, że w przypadku uprzedniego uświadomienia sobie błędu, czy też

⁵⁰ Por. *ibidem*, badanie VI i VII.

⁵¹ S. A. Smith, *Contract Theory*, s. 66.

⁵² *Ibidem*.

nabycia wiedzy co do istotnej zmiany okoliczności, strona nie miałaby intencji złożenia przyrzeczenia. Dlatego sąd może wydać orzeczenie uchylające treść postanowień umownych⁵³. Chciałbym rozwinąć argument Smitha i wskazać, że na gruncie powyższego stanowiska sąd stwierdza nieważność przyrzeczenia *ex ante*, stawiając się w położeniu strony i równocześnie bazując na rozleglejszej wiedzy o „sposobie funkcjonowania świata” niż wiedza strony w chwili wyrażenia intencji. Smith wskazuje na problematyczne, w świetle obu wskazanych stanowisk, manipulacje przy ważności złożonych przez strony przyrzeczeń (oświadczeń woli). Marną pociechą jest przy tym spostrzeżenie, że ani teoria zaufania, ani teoria transferu również nie oferuje poprawnego teoretycznego rozstrzygnięcia kwestii błędu i istotnej zmiany okoliczności jako przesłanek uznania przez sąd nieważności postanowień umownych.

Chciałbym przeprowadzić analizę problemu ważności obietnic obciążonych błędem na gruncie filozofii P. Ricoeura. Poniższe uwagi nawiązują do dwóch elementów jego teorii, a mianowicie do teorii narracji oraz do definicji dążenia etycznego realizowanego na trzech płaszczyznach (tj. do relacji pomiędzy poziomem tego-który-jest-sobą, poziomem interpersonalnym i poziomem sprawiedliwych instytucji). Zacznę od drugiego z sygnalizowanych nawiązań. Jak wskazywałem, na gruncie definicji dążenia etycznego zagadnienie wiążącej mocy przyrzeczenia wynika z konstytucji onto-etycznej strony umowy, zaś zagadnienie wzajemności umów ujawnia się (upraszczając) w wymiarze interpersonalnym, wyrażonym za pomocą zwrotu „z innym i dla innego”. Chciałbym wskazać, że działalność sądów, modyfikujących treść postanowień umownych ze względu na błąd, czy też – w polskim systemie prawa – z uwagi na treść klauzuli *rebus sic stantibus*, należy umieścić na płaszczyźnie sprawiedliwych instytucji. Problem ingerencji sądu w treść postanowień umownych, czy nawet w treść obietnic stron, byłby z powyższej perspektywy widoczny na tle relacji pomiędzy ww. poziomami definicji dążenia etycznego. Oznacza to z całą pewnością, że teoria Ricoeura oferuje narzędzie umożliwiające spójną analizę dyskusowanego zagadnienia w ramach następującego modelu: ten-który-jest-sobą (w sensie *ipse*) istnieje o tyle, o ile dotrzymuje złożonej, np. relewantnej prawnie obietnicy (wywołującej określone skutki cywilnoprawne), to jest realizuje zasadę *pacta sunt servanda*. Chociaż przyrzeczenie (oświadczenie woli), będące formą autonarracji podmiotu, składane jest w teorii Ricoeura „jak komuś drugiemu”, to jego wymiar interpersonalny ujawnia się w pełni w fenomenie wzajemności umów, opisywalnym za pomocą zwrotu „z innym i dla innego”. Natomiast na poziomie sprawiedliwych instytucji istnieją zbiory wzorów (kodyfikacje) umów wzajemnych, stanowiące uogólnienia niektórych prawnie istotnych relacji interpersonalnych i służące za punkt odniesienia dla stron poszukujących odpowiedniej formuły dla planowanej umowy. Mówiąc językiem

⁵³ Ibidem.

Ricoeura, kodeksowe wzory umów wzajemnych są przykładem tzw. „wielkich (to jest powszechnie ważnych) narracji”, do których można zaliczyć w moim przekonaniu także procedury stosowania prawa⁵⁴.

Szczegółowy problem, który ujawnia się w przypadku obietnicy złożonej przez stronę pod wpływem błędu, uchwycony w języku Ricoeura, dotyczy tego, czy narracja prowadzona przez sąd na poziomie sprawiedliwych instytucji może modyfikować autonarrację podmiotu, który złożył obietnicę. O ile nie ma wątpliwości, że podmiot kształtuje swoją autonarrację, uwzględniając „wielkie narracje”, np. sięgając przed złożeniem prawnie istotnej obietnicy po skodyfikowane wzory umów wzajemnych, to bardzo problematyczna wydaje się możliwość modyfikacji czy uchylenia obietnicy przez podmiot, a tym bardziej przez sąd *ex post*, z przyczyn wskazanych wyżej w kontekście anglosaskiej teorii promisoryjnej. Ingerencja w przyrzeczenie byłaby gwałtem na podstawowym, onto-etycznym poziomie bycia strony, zadany przez organ stosujący prawo. Natomiast należy rozważyć, czy sąd, orzekając, nie tworzy alternatywnej wersji autonarracji strony, mającej już świadomość błędu albo posiadającej wiedzę co do nadzwyczajnej zmiany okoliczności. Należy pamiętać, że w zakres egzystencjalnej autonarracji tego-który-jest-sobą, prowadzącej do złożenia obietnicy, wchodzi zarówno to, co zakomunikowane w języku, jak i to, co w sposób niewerbalny przejawia się w działaniu podmiotu, wynikając z „wiedzy na temat funkcjonowania świata”. W moim przekonaniu zadanie sądu polega na tym, że werbalizuje on kluczową, nieznaną stronie przesłankę intencji przyrzeczenia i w razie potrzeby wykazuje nieściśłość w treści pierwotnej autonarracji podmiotu. Ostatecznie w orzeczeniu sąd koryguje problematyczną autonarrację, wykazując *ex ante* onto-etyczną nieważność złożonej obietnicy.

Nasuwa się pytanie, czy powyższe zastosowanie teorii Ricoeura nie stanowi jej nadużycia. Teoria ta, zreferowana w dziele *O sobie samym jako innym*, wyrasta na fundamencie wcześniejszych badań tego filozofa odnoszących się do tekstów literackich, w których poczesne miejsce zajmuje problematyka trwałości narracji w czasie⁵⁵. Trwałość bycia rozumianego jako autonarracja, polegająca na dotrzymywaniu obietnic (*ipse*), jest dla Ricoeura korelatem niezmiennego, powinnościowego (normatywnego) charakteru archetypowych tekstów literackich (związek ten Ricoeur ilustruje przykładami zaczerpniętymi m.in. z *Odysei* Homera⁵⁶ i *Antyfony* Sofoklesa⁵⁷). Można zauważyć, że spisane umowy – *ad probationem*, *ad eventum*, czy też *ad solemnitatem* – zapewniają intersubiektywną trwałość w czasie złożonych obietnic podmiotu, to jest trwałość jego prawnie relewantnej,

⁵⁴ Problemowi prawa jako wielkiej narracji Ricoeur poświęcił m.in. dzieło *Reflections on the Just*. Por. D. M. Kaplan, *Ricoeur's Critical Theory*, s. 69–70.

⁵⁵ Por. P. Ricoeur, *Time and Narrative*.

⁵⁶ P. Ricoeur, *Drogi rozpoznania*, s. 60–64.

⁵⁷ P. Ricoeur, *O sobie samym...*, s. 399–413.

zindywidualizowanej narracji o powinnościowym charakterze. Z powyższej perspektywy sędziemu przypada rola „korektora” trwałego w czasie „egzystencjalnego tekstu” o sensie powinnościowym, tj. prawnie relewantnej autonarracji strony umowy, niezależenie od tego, czy umowie wzajemnej nadano formę pisaną czy ustną. Nasuwa się spostrzeżenie, że w praktyce strony oczekują od sądu takiej korektorskiej pracy, prosząc o ocenę, czy w przeszłości wystąpiły pewne fakty rodzące dla nich w praktyce konsekwencje o charakterze normatywnym.

Ostatnie zastrzeżenie odnoszące się do teorii promisoryjnej dotyczy tego, że przepisy prawa wiążą z niektórymi typami umów pewne szczególne konsekwencje, nieobjęte *expressis verbis* przyrzeczeniami stron i częstokroć niedające się wyinterpretować z ich zamiaru (oświadczeń woli)⁵⁸. Przykładowo, strony zawierające umowę z zakresu polskiego prawa pracy są związane szeregiem unormowań wynikających z treści ustaw, które dotyczą terminów wypowiedzenia umów, urlopów wypoczynkowych, ochrony pewnych kategorii pracowników (młodocianych, kobiet w ciąży) etc.⁵⁹ Podobnie jest w przypadku przepisów o ochronie praw konsumentów, czy też – patrząc z innej perspektywy – w przypadku przepisów o formach czynności prawnych zastrzeżonych pod rygorem nieważności (*ad solemniatem*). Protagonisci teorii promisoryjnej wskazują, że zastrzeżenia wynikające z treści prawa stanowionego (*implied-in-law terms*) są z nią jedynie „łagodnie niespójne”, ponieważ należą do sfery wyjściowych założeń, przyjmowanych milcząco przez strony kształtujące stosunek prawny określonego typu. Powyższy argument nie pozwala jednak wytłumaczyć wszystkich przypadków koegzystencji elementów promisoryjnych i narzuconych przez prawo w umowach wzajemnych. Przede wszystkim, jak wskazuje S. A. Smith, nie pozwala on wyjaśnić, dlaczego na gruncie teorii obietnicy zastrzeżenia wynikające z treści prawa stanowionego są w ogóle możliwe.

Chciałbym wskazać, że sygnalizowany problem znika na gruncie teorii obietnicy nawiązującej do dorobku P. Ricoeura, zaś argumentacja w omawianym przypadku jest zbieżna z argumentacją uzasadniającą współistnienie wiążącego charakteru przyrzeczeń na poziomie „mezo”, z dopuszczalnością klauzuli *rebus sic stantibus* na poziomie „makro” (w znaczeniu definicji dążenia etycznego). W moim przekonaniu analizowany problem jest wyrazem koegzystencji interpersonalnej i onto-etycznej płaszczyzny (prawnie relewantnej) obietnicy złożonej przez podmiot z płaszczyzną sprawiedliwych instytucji, do której należą uniwersalne przepisy prawa stanowionego. Sprawiedliwościowo-dystrybutywne regulacje, dotyczące wysokości wynagrodzenia, wymiaru urlopów, ochrony

⁵⁸ W anglosaskiej teorii prawa umów są to tzw. *implied-in-law contractual terms*. Por. S. A. Smith, *Contract Theory*, s. 67.

⁵⁹ Posłużenie się w tym miejscu przykładem z zakresu prawa pracy jest uzasadnione ze względu na brzmienie art. 300 polskiego kodeksu pracy, który stanowi, że w sprawach nieuregulowanych przepisami prawa pracy stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli nie są one sprzeczne z zasadami prawa pracy. Por. *ibidem*.

zatrudnienia osób niepełnosprawnych albo kobiet w ciąży czy też zastrzeżonych form czynności prawnych, istnieją w sferze ponadinterpersonalnej, typowej dla optyki sformalizowanych „wielkich narracji”, nie podważając jednocześnie sensu zindywidualizowanych przyrzeczeń uczestników obrotu prawnego. Na koniec należy podkreślić, że synergizm trzech płaszczyzn dążenia etycznego nie oznacza ich utożsamienia, lecz koegzystencję narracji typowych dla każdej z nich, w omawianym przypadku przybierającą postać współlistnienia w umowie elementów wynikających z treści przyrzeczenia i z treści prawa stanowionego. W masowym społeczeństwie prawo stanowione, podobnie jak niegdyś zrytualizowany kult religijny, dopełnia z poziomu sprawiedliwych instytucji autonarrację podmiotu (tego-który-jest-sobą).

Nienadążanie prawa za rozwojem społecznym a cele prawa

1. Antycypując dalsze rozważania zawarte w niniejszym opracowaniu, należy stwierdzić, iż zagadnienie „nienadążania prawa za rozwojem społecznym” nie może być utożsamiane jedynie z problematyką luk w prawie, w tym w szczególności luk aksjologicznych¹. Podczas gdy – sporny, jak wiadomo, w prawoznawstwie – problem luk dotyczy kompletności (niekompletności) systemu prawa, to owo nienadążanie transponuje problem kompletności (niekompletności) systemu do społecznych potrzeb, wartości i celów. Upraszczając więc – problem luk ma charakter teoretyczno-techniczny, a być może filozoficzny (w odniesieniu do luk aksjologicznych), zaś anonsowany problem nienadążania prawa ma przede wszystkim wymiar społeczny. Wypada tu zaznaczyć, że realnie obowiązujące prawo (w danym czasie i na danym terytorium) nie reguluje oczywiście jakiegokolwiek abstrakcyjnego czy nawet „konkretnego” procesu rozwoju społecznego, czy szerzej – zmian społecznych, lecz ewentualnie reguluje² jakieś stany faktyczne, do których odnosi się jakaś podlegająca rozwojowi cecha systemu społecznego (np. postęp technologiczny)³.

Po części zaczerpnięty z języka potocznego tytuł niniejszego tekstu ma charakter metaforyczny. Po pierwsze, wyraża on założenie istnienia możliwej relacji („nienadążania”) pomiędzy ontologicznie złożonym przeciw zjawiskiem zwanym „prawem” i wielowątkowym, występującym na różnych poziomach społecznych, procesem zwanym nie tylko w socjologii „rozwojem społecznym”⁴.

¹ Na temat luk w prawie por. np. L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 131–133.

² Dla uproszczenia w odniesieniu do roli spełnianej przez tę regulację używać będę określeń takich jak: „realizacja” lub „ochrona” (albo ich brak) społecznych potrzeb, wartości i celów albo wartości-celów.

³ Dla porządku należy dodać, że zawarte w pracy rozważania nie dotyczą tych wszystkich sytuacji, gdy prawo „wyprzedza” społeczne potrzeby lub „wymusza” (inicjuje) zmiany stosunków społecznych.

⁴ Rozwój społeczny w ramach wizji systemowej społeczeństwa definiuje się jako proces (rozwijania się potencjału zawartego w istocie systemu społecznego): (1) kierunkowy, co oznacza, że żaden ze stanów systemu nie powtarza się na innym etapie; (2) każdy późniejszy stan systemu przedstawia wyższy poziom wybranej cechy lub zbliża go do pewnego stanu pożądanego; (3) proces ten stymuluje immanentne (wewnętrzne, endogenne, autodynamiczne) skłonności systemu

Po drugie, uwzględniając dominującą w naszej kulturze liniową koncepcję czasu⁵ oraz czasową lokalizację (sekwencję) zdarzeń lub zjawisk względem siebie (wcześniej, później, równocześnie)⁶, pojęcie nienadążania wskazywałoby (z pewnością słusznie), że prawo podąża za jakimiś problemami – jest reakcją na potrzebę społeczną (a więc najpierw powstaje problem, a następnie jego – taka czy inna – regulacja). W istocie rzeczy przedmiotem niniejszych rozważań będzie też dalsza (kolejna) sekwencja, tzn. sytuacja (I) gdy akt prawotwórczy istnieje i jednocześnie spełnione są warunki realności podstawy aksjologicznej tego aktu prawotwórczego (o czym szerzej w pkt 6 niniejszego opracowania), ale z jakichś przyczyn związanych ze społecznym rozwojem regulacja ta przestaje być aktualna, a nie tylko sytuacja (II) „pierwotnego” braku regulacji społecznej potrzeby, wartości, celu⁷.

2. Termin „nienadążanie” (lub „nadążanie”) odnoszony do prawa, i przy tym określający relację tego prawa do regulowanej przez nie materii, ma więc charakter potoczny, zaś z perspektywy teoretycznej – stwierdzenie (teza), że „prawo nie nadąża za rozwojem społecznym” (zjawisko zwane dalej „nienadążaniem prawa” lub „NP”), lub że prawo nie nadąża za jakimiś nowymi problemami generowanymi przez ten rozwój, jest – *prima facie* – trywialne. Z drugiej strony, społeczny rozwój generuje (często trudne do przewidzenia, a w każdym razie wciąż „nowe”) problemy mające wpływ na życie jednostek i zbiorowości. Skoro więc poszczególne sfery życia społecznego podlegają temu procesowi, to wydaje się, że problemem co najmniej praktycznym jest kwestia „przystawiania” (dopasowania, dostosowania) regulacji prawnej (która też przecież podlega ciągłym przekształceniom) do podlegającej tej regulacji materii⁸.

(P. Sztompka, *Socjologia zmian społecznych*, Kraków 2005, s. 23). Natomiast zgodnie z – opozycyjnym do modelu systemowego – modelem dynamicznego pola społecznego (w ramach którego społeczeństwo jest postrzegane nie jako sztywny system, lecz jako dynamiczne pole relacji między ludźmi, które rozszerza się, kurczy, wzmacnia, osłabia, scala, rozpada itd.), rozwój społeczny definiuje się jako różnicowanie, ekspansję, krystalizację, formowanie się pola społecznego w różnych wymiarach, wynikające z wewnętrznych właściwości (P. Sztompka, *Socjologia zmian...*, s. 24–27).

⁵ P. Sztompka, *Socjologia. Analiza społeczeństwa*, Kraków 2002, s. 483.

⁶ Ibidem, s. 475–476.

⁷ Po trzecie, tytuł niniejszego opracowania mówi o „celach prawa”, podczas gdy jedynie dla porządku należy przypomnieć, że cele może tylko wyznaczać i realizować człowiek (por. M. Wojciechowski, *Celowość prawa*, [w:] J. Zajadło (red.), *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa. 100 podstawowych pojęć*, Warszawa 2007, s. 30).

⁸ Przykładowo, w podsumowaniu uzasadnienia wyroku z dnia 14 grudnia 2011 r. (SK 42/09, OTK-A 2011/10/118) TK stwierdził m.in. (niestety, bez bliższego wyjaśnienia): „Wyrok niniejszy [stwierdzający niekonstytucyjność sankcji karnej za wydawanie czasopisma bez rejestracji, w zakresie dotyczącym czasopism drukowanych – dop. P. S.] sygnalizuje ustawodawcy, że ustawa Prawo prasowe, obowiązująca od 1 lipca 1984 r. (choć z licznymi zmianami), nie jest aktem prawnym **dostosowanym** [podkr. P. S.] do współczesnych form działalności prasy wynikających z postępu technologicznego, jaki dokonał się w okresie wielu lat od wejścia w życie prawa prasowego”. Cyt. za: LEX nr 1095633.

Wydaje się ponadto, iż zarysowane na wstępie zagadnienie zasługuje na pogłębioną i wieloaspektową refleksję, a także inspiruje do postawienia szeregu pytań dotyczących np. tego, czy na podstawie dostępnej wiedzy i dostępnych metod badawczych możliwa jest operacjonalizacja problemu NP, czy istnieje zjawisko NP, a jeśli tak, to – na czym ono polega i co jest jego źródłem? Można by zadać m.in. następujące pytania o istotę i źródła NP: (1) czy to nienadążanie prawa jest po prostu wynikiem kryzysu pozytywistycznej koncepcji prawa, a ściślej nieadekwatności pomiędzy dominującą wciąż pozytywistyczną wizją prawa a – jak zauważa Lech Morawski⁹ – postępującymi procesami funkcjonalnej i kulturowej dyferencjacji systemów społecznych, którym towarzyszy dyferencjacja systemów wartości?; (2) czy to nienadążanie jest skutkiem niedającego się usunąć napięcia pomiędzy, z jednej strony, dynamiczną naturą społeczeństwa funkcjonującego we współczesnym świecie (używając metafory Zygmunta Baumana) „płynnej nowoczesności”¹⁰, a – z drugiej strony – wciąż „obowiązującą”, postulowaną ideą prawa (np. przez L. L. Fullera) względnie niezmiennego¹¹, stabilnego (która to wizja w coraz większym stopniu oddala się od rzeczywistości w kontekście m.in. zjawiska masowej jurydyzacji)?; (3) czy wreszcie to nienadążanie prawa oznacza – odwołując się do wizji systemowej społeczeństwa¹² – ryzyko nagromadzenia sprzeczności pomiędzy obowiązującą regulacją prawną a regulacją pożądaną przez społeczeństwo, co może prowadzić do jakiejś formy dezintegracji systemu społecznego, albo też do jakichś trudnych do przewidzenia zmian jakościowych tego systemu?; (4) a może – odwołując się do koncepcji „dynamicznego pola społecznego”¹³ – NP oznacza po prostu, że normatywny (prawny) wymiar pola społecznego (przenikający społeczeństwo na różnych poziomach: makro, mezo i mikro) nie będzie zapewniać realizacji określonych ludzkich potrzeb, wartości i celów?

Powyższe pytania (i ewentualne odpowiedzi na nie¹⁴) dotyczą niektórych istotnych cech współczesnej nam kultury prawnej świata zachodniego, której integralność – jak się wskazuje – z powodu masowej jurydyzacji i coraz niższej efektywności mocy sterującej prawa jest dziś trudna do osiągnięcia¹⁵. Sprzeczna

⁹ L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 1999, s. 26–31.

¹⁰ Gdyż nie potrafi on długo trwać nieruchomo i zachowywać jednego kształtu (Z. Bauman, *44 listy ze świata płynnej nowoczesności*, Kraków 2011, s. 5).

¹¹ L. L. Fuller pośród zasad składających się na wewnętrzną moralność prawa wymienia „trwałość prawa w czasie” (*Moralność prawa*, Warszawa 1978, s. 123–125).

¹² P. Sztompka, *Socjologia zmian...*, s. 20–24.

¹³ Ibidem, s. 24–27.

¹⁴ Udzielenie odpowiedzi na większość z powyższych pytań przekracza ramy tego opracowania.

¹⁵ M. Zirk-Sadowski, *Postmodernistyczna jurysprudencja?*, [w:] M. Błachut (red.), *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Ponowoczesność*, Wrocław 2007, s. 23.

z „oficjalną” ideą prawa względnie stabilnego współczesna praktyka masowego tworzenia „nowego” prawa, które ma reagować na „nowe” problemy społeczne, przyczynia się raczej do powstawania kolejnych problemów, a także faktycznie i nieodwołalnie ogranicza wolność jednostek.

3. Punktem wyjścia dla rozważań zawartych w niniejszym opracowaniu jest więc do pewnego stopnia intuicyjna konstatacja problemu NP¹⁶. Jest to problem zauważany od dawna¹⁷. Odwołując się do najprostszego przykładu: rozwój nowych technologii informacyjnych, w tym Internetu, powoduje, że aktualnie obowiązujące w większości państw liberalno-demokratycznych regulacje dotyczące zasad i mechanizmów ochrony rozmaitych dóbr związanych z jednostką ludzką (czci, prywatności i autonomii informacyjnej jednostki itd.), np. kładące nacisk na ochronę sądową i wprost zakazujące cenzury prewencyjnej, ulegają coraz szybszej dezaktualizacji¹⁸. Biorąc pod uwagę, że organizacja państwowa powinna gwarantować ochronę praw jednostki, przy czym państwo nie może swobodnie kształtować (ani instrumentalnie traktować) ochrony dóbr osobistych, majątkowych i innych należących do sfery praw człowieka, należy stwierdzić, iż współczesny prawodawca jest zdeterminowany, z jednej strony, standardami ochrony praw jednostek, a z drugiej – działa w warunkach permanentnych i coraz szybszych zmian. Zjawisko określane w niniejszej pracy jako nienadążanie prawa za rozwojem społecznym jest jednym z zapewne wielu czynników mających wpływ na ograniczenie gwarancyjnej roli prawa i jego instytucji w sferze praw jednostki, przy założeniu, że prawo i jego instytucjonalne otoczenie powinny pełnić rolę gwarancyjną¹⁹.

Prawo musi być więc modyfikowane w sposób umożliwiający jego reakcję na zmiany społeczne, a z drugiej strony – jak wyżej wskazano – jedną z pożądanych cech dobrego prawa jest jego (względna) stabilność. Zbyt częste zmiany prawa stanowią nie tylko zagrożenie dla spójności porządku prawnego, lecz mogą też pozbawiać adresatów prawa poczucia bezpieczeństwa. I tak, przedmiotem regulacji prawnej powinny się stać rozpoznane (lecz być może nie wszystkie)

¹⁶ Natomiast w wielu sferach prawo będzie inicjować zmiany w społeczeństwie – por. np. uwagi A. Pieniżka dotyczące wpływu prawa na budowę nowego ładu społecznego w Polsce po 1989 r., a także na temat zmian w prawie spowodowanych bezpośrednio czynnikami społecznymi (A. Pieniżek, *Wpływ czynników społecznych na zmiany prawa w Polsce lat dziewięćdziesiątych*, [w:] L. Antonowicz, H. Groszyk, M. Sawczuk, W. Skrzydło, T. Bojarski (red.), *Polska lat dziewięćdziesiątych. Przemiany państwa i prawa*, t. 2, Lublin 1998, s. 465 i n.).

¹⁷ Por. np. A. Michalska, *Koncepcja praw człowieka a postęp naukowy i techniczny*, „Państwo i Prawo” 1976, z. 6, s. 6 i n.

¹⁸ Np. dotyczy to prawnej ochrony przed wypowiedziami zniesławiającymi i naruszającymi prywatność, rozpowszechnianymi w Internecie, który zapewnia (w zasadzie) anonimowość wypowiadającemu się, przez co również zapewnia (faktyczną) wolność od odpowiedzialności prawnej za słowo.

¹⁹ P. Sut, *Kryzys gwarancyjnej roli prawa a prawoznawstwo*, [w:] P. Jabłoński (red.), *Czy koniec teorii prawa? Z zagadnień teorii i filozofii prawa*, Wrocław 2011, s. 212–213.

zagrożenia wolności i praw jednostek, będące następstwem np. postępu technologicznego, rozwoju biotechnologii i inżynierii genetycznej, czy też funkcjonowania tzw. nowych mediów. To podejście będzie jednak skutkowało wzrostem ogólnej liczby regulacji prawnych – zaś wzrost ten będzie prowadzić do ograniczenia sfery wolności jednostki²⁰. Oznacza to, że dystans między potrzebami społecznymi dotyczącymi realizacji określonych wartości i celów a prawem może się jeszcze zwiększać. Paradoksalnie więc, konieczność prawnej realizacji standardów w dziedzinie praw człowieka będzie wyrażać się wzrostem liczby regulacji prawnych i w efekcie ograniczeniem ludzkiej wolności.

Tak czy inaczej przyjmując, że o nienadążaniu prawa za rozwojem społecznym (lub szerzej – zmianami społecznymi) można mówić w tych wypadkach, w których dynamika tych zmian stwarza jakieś nowe problemy (potrzeby, wartości, cele), które nie są w taki czy inny sposób objęte regulacjami prawnymi, **choć powinny być nimi objęte**. Powstaje tu więc zasadnicza kwestia: czy dany „nowy” problem wygenerowany przez rozwój społeczny nadaje się do prawnego uregulowania i czy powinien podlegać regulacji prawnej? Odpowiedź na to pytanie zależy oczywiście od szeregu czynników²¹. Pomijając kwestię zobowiązań międzynarodowych i konstytucyjnych państwa w sferze praw jednostki, poza moimi rozważaniami pozostawiam zasadniczy problem polityki prawa: zasadności ewentualnej „nowej” regulacji prawnej społecznych potrzeb, wartości i celów, które „aktualnie” nie są realizowane przez prawo.

4. W istocie prawo jest instrumentem dążenia przez ludzi do osiągnięcia celów. Pozostawiając na boku kwestię odwiecznego poszukiwania jakiegoś idealnego celu prawa²², należy przyjąć, że prawotwórstwo jest działalnością celową w najprostszym, technicznym znaczeniu tego słowa, gdyż realizuje (z różnym skutkiem), i zapewne powinno realizować, określone zadania na różnych (makro, mezo i mikro) poziomach społecznych. Działalność ta ma sens tak długo, jak długo prawo może zapewnić skuteczną realizację tych, rozumianych zresztą bardzo szeroko, społecznych celów. W związku z tym, zdając sobie sprawę ze znanych kontrowersji dotyczących instrumentalnego pojmowania prawa²³, przyjmuję, że prawo jest instrumentem realizacji określonych społecznych potrzeb, wartości i celów. Jeżeli zaś potraktujemy prawo jako instrument ich realizacji, to istotne

²⁰ Por. szerzej: J. Guś, *System prawa w warunkach nadmiaru prawa*, [w:] O. Bogucki, S. Czepita (red.), *System prawny a porządek prawny*, Szczecin 2008.

²¹ Por. np. rozważania J. Wróblewskiego dotyczące ustalania potencjalnych środków prawnych realizacji celu (J. Wróblewski, *Teoria racjonalnego tworzenia prawa*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1985, s. 148–151).

²² Szerzej na temat zagadnienia definiowania prawa poprzez odwołanie się do specyficznych celów prawa – por. np. D. von der Pfordten, *Czym jest prawo? Cele i środki*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2010, nr 1 (1), s. 10 i n.

²³ Na temat kontrowersji dotyczących instrumentalnego pojmowania prawa, w tym krytyki takiego ujęcia – por. W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, Wrocław 2000, s. 83–122.

staje się zagadnienie stopnia efektywności tej realizacji (realizowalności). Reczywistym problemem społecznym i jednostkowym może być nie tylko instrumentalne traktowanie prawa przez rządzących, lecz także brak realizacji określonych społecznych potrzeb, wartości i celów, co może wynikać z wielu przyczyn, a jedną z nich będzie nienadążanie prawa.

Przyjąć należy, że nienadążanie prawa nie jest jednorodne. Maciej Wojciechowski wskazuje na (używając terminologii tego autora) następujące kategorie **nieaktualności** normy prawnej (zastrzegając, iż podział ten nie ma charakteru rozłącznego i prawdopodobnie zupełnego): (1) instrumentalną – gdy norma prawna przestała być „dobrym” instrumentem realizacji celu, który nie uległ zmianie; (2) aksjologiczną – gdy cel, dla którego norma została ustanowiona, został zrealizowany lub przestał być uznawany za wartościowy; (3) językową – gdy w tekście prawnym występują zwroty archaiczne pod względem rzeczowym lub słownikowym²⁴. Nie przesądzając o tym, czy zaproponowany powyżej podział jest trafny, należy wskazać, że najbliższa rozważaniom zawartym w niniejszej pracy jest – zgodnie z terminologią cytowanego wyżej autora – nieaktualność (ad. 1) instrumentalna normy prawnej, przy czym z problemem NP mamy do czynienia nie tylko wówczas, gdy norma przestała być – choć wcześniej była – instrumentem efektywnej realizacji jakiegoś celu, ale także, gdy pojawiają się nowe potrzeby, wartości, cele i aktualnie brakuje regulacji prawnej pozwalającej zabezpieczyć ich realizację.

Tak czy inaczej, wykorzystując na zasadzie analogii odróżnienie pozornych i realnych luk w prawie, można stwierdzić, iż nienadążanie prawa (w tym nieaktualność instrumentalna normy prawnej) może mieć postać **pozorną** (tzn. wymagającą poszukiwania rozwiązań w ramach obowiązującego systemu prawnego przy użyciu dyrektyw i metod wykładni, wnioskowań prawniczych itp., a więc niedającą podstaw do stwierdzenia NP) albo **realną** (gdy jedynym możliwym rozwiązaniem będzie interwencja prawodawcy), a także różne konsekwencje, z reguły negatywne oceniane. Realne nienadążanie prawa może mieć konsekwencje daleko idące, prowadzące np. do naruszenia przez państwo standardów w dziedzinie praw człowieka, a w sferze życia społecznego – np. prowadzące do braku zapewnienia realizacji określonych wartości. Z taką sytuacją mamy do czynienia, gdy z jakichś źródeł prawnych lub pozaprawnych (np. z aksjologii danego systemu społecznego) wynika nakaz prawnej realizacji (ochrony) określonej wartości-celu²⁵ (np. ochrony prywatności, ochrony dobrego imienia itd.), przy jednoczesnym: (I) stwierdzeniu przez organy (np. stosujące prawo), że doszło do naruszenia lub

²⁴ M. Wojciechowski, *Historyczne i metodologiczne aspekty rozważań o postępie prawa*, [w:] S. Wronkowska (red.), *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, Zakamycze 2005, s. 258–260.

²⁵ Por. K. Pałeczki, *Neutralizacja aksjologiczna w prawie – zarys koncepcji* (*Neutralization of Values in Law – Main Concepts*), tekst udostępniony mi w formie elektronicznej (wersja nadesłana: 5.09.2012), s. 6–7.

braku realizacji tej wartości-celu, i co więcej – (II) braku aktualnie obowiązującej regulacji prawnej pozwalającej zabezpieczyć realizację tej wartości, lub też istniejąca regulacja z takich czy innych względów (np. nienadążania prawa) nie chroni (nie zabezpiecza) tejsze wartości (o czym szerzej w pkt 6).

5. Niezależnie od powyższego, sądy – w zależności od okoliczności – stosują różne, narzucone przez kulturę prawną, metody „radzenia sobie” z problemem nienadążania prawa. Stwierdzenia zawarte w uzasadnieniach niektórych orzeczeń wskazują, iż sądy w taki czy inny sposób uwzględniają problem NP. I tak, przykładowo, stwierdzenia Sądu Najwyższego zawarte w uzasadnieniu postanowienia z dnia 23 września 2009 r., I KZP 10/09²⁶, wskazują, iż zdaniem tego sądu zwroty szacunkowe²⁷ (w tym wypadku chodziło o zwrot „znaczna ilość”) mogą być środkami służącymi do dostosowywania prawa do problemów generowanych przez rozwój społeczny. Natomiast postanowieniem z dnia 29 września 2004 r., I KZP 22/04²⁸, Sąd Najwyższy, odwołując się do woli aktualnego ustawodawcy (wykładni obiektywnej), rozstrzygnął wątpliwość dotyczącą tego, czy wyłudzenie sygnału telewizyjnego należy kwalifikować jako wykroczenie szalbierstwa (tak uznał), czy też „mamy do czynienia z luką prawną związaną z niedostosowaniem przepisów do szybko postępującego rozwoju technologicznego”. Z kolei w uzasadnieniu wyroku z dnia 26 września 2008 r., II OSK 1101/07²⁹, Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie stwierdził: „[...] uregulowanie zawarte w art. 57 § 5 k.p.a. **wyraźnie nie nadąża za zmianami społecznymi** [podkr. P. S.] [...]. Z tego względu **wykładnia rozszerzająca** [podkr. P. S.] możliwość skutecznej ochrony praw w postępowaniu administracyjnym i następnie przed sądem jest uzasadniona”. W ostatnim z cytowanych zdań sąd wskazuje na wartości (prawa strony) chronione wyżej wymienionym przepisem k.p.a.³⁰

²⁶ OSNKW 2009/10/84. Przedmiotem postanowienia SN było zagadnienie prawne wymagające zasadniczej wykładni przepisów ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. 2005, nr 179, poz. 1485 ze zm.) dotyczące zakresu znaczeniowego pojęcia „znaczna ilość”, użytego w przepisach tej ustawy. W uzasadnieniu tego postanowienia SN dochodzi m.in. do wniosku, że: „[...] żaden wzorzec stworzony przez Sąd Najwyższy nie jest w stanie objąć tych wszystkich przypadków, które mogą w przyszłości zaistnieć przy obecnym postępie technologicznym i wytworzenia nowych, jeszcze groźniejszych dla życia i zdrowia człowieka [wartości chronione przepisami tej ustawy – dop. P. S.] narkotyków syntetycznych, zdolnych wywołać zamierzony skutek przy coraz mniejszych wagowo ilościach [...]”.

²⁷ Na temat zwrotów szacunkowych – por. w szczególności: M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2002, s. 172–174.

²⁸ OSNwSK 2004/1/1691.

²⁹ ONSAiWSA 2009/3/54.

³⁰ NSA przyjął bowiem, że: „Jeśli pismo zostało nadane w zagranicznym urzędzie pocztowym, termin jego wniesienia należy uznać za zachowany, jeżeli przed jego upływem pismo to zostało przekazane polskiej placówce pocztowej operatora publicznego (art. 57 § 5 pkt 2 k.p.a.)”. Cyt. za: LEX nr 500037.

Zakładając, że przedstawione powyżej przykładowe rozstrzygnięcia – stanowiące egzemplifikację tezy, że NP może mieć postać pozorną – są trafne, należy stwierdzić, że sądy, dostrzegając problem nienadążania prawa, stosują przyjęte w naszej kulturze prawnej dyrektywy i metody postępowania interpretacyjnego (takie jak np. wykładnia obiektywna zgodna z wolą aktualnego prawodawcy, wykładnia rozszerzająca, stosowanie klauzul generalnych) w celu dostosowania regulacji prawnych do zmieniających się warunków społecznych.

Istotne, z uwagi na określone skutki w sferze społecznej i jednostkowej, są jednak te przypadki, w których brak jest możliwości zastosowania reguł i metod postępowania interpretacyjnego w celu dostosowania obowiązującej regulacji prawnej do nowo powstałego problemu³¹. Ów brak możliwości może wynikać z obowiązujących w naszej kulturze prawnej zakazów (np. stosowania wykładni rozszerzającej i *analogii legis* w niektórych gałęziach systemu prawa). Tego typu przypadki prowadzą do „realnego” nienadążania prawa, w sytuacji, gdy dana regulacja prawna przestała być, choć wcześniej była, instrumentem efektywnej realizacji wartości-celu, ale także, gdy pojawiają się nowe wartości-cele, i aktualnie nie ma regulacji prawnej pozwalającej zabezpieczyć ich realizację.

Na podstawie zapadłych w konkretnych sprawach rozstrzygnięć możliwa jest ocena, czy dana regulacja skutecznie realizuje (chroni) określoną wartość-cel. Warunkiem koniecznym miarodajności tej oceny jest jednak zastosowanie przez organ stosujący prawo prawidłowych reguł postępowania interpretacyjnego w odniesieniu do stosowanej w danej sprawie regulacji, właściwe zastosowanie reguł procedury, a w końcu prawidłowe ustalenie stanu faktycznego tej sprawy. Przy tym zapadłe rozstrzygnięcie organu stosującego prawo, które przyznaje ochronę określonej wartości (zapewniające realizację tej wartości), stwarza jedynie faktyczne domniemanie „nadażania” prawa za rozwojem społecznym, gdyż przy nieco odmiennym stanie faktycznym nie jest wykluczone rozstrzygnięcie odmawiające ochrony (np. zniesławienie w „realnym” życiu

³¹ Przykładowo, wyrokiem z dnia 14 grudnia 2010 r. (V SA/Wa 1467/10) WSA w Warszawie rozstrzygał kwestię prawidłowości taryfikacji celnej sprowadzonego przez stronę skarżącą towaru (alkomatów). Sąd, mimo że przyjął, iż: „[...] **Zdaniem Sądu postęp techniczny powoduje, że prawodawstwo w zakresie klasyfikacji taryfowej nie nadaża za rozwojem nowych technologii** [podkr. P. S.], przez co to, co przed laty można było określać mianem skomplikowanej aparatury, aktualnie stanowi przyrząd [...]” (cyt. za: LEX nr 819085), to jednak przeszedł nad tym problemem nienadążania prawa do porządku dziennego. WSA za słuszne uznał bowiem stanowisko organów celnych, że podpozycja 9027 10 (aparatura do analizy gazu lub dymu) dokładniej od podpozycji 9027 80 (pozostałe przyrządy i aparatura) identyfikuje przedmiotowe alkomaty, gdyż badanie przedmiotowymi alkomatami polega na oznaczaniu zawartości alkoholu we krwi za pomocą analizy powietrza (mieszaniny gazów) wydychanego przez osobę badaną, przyjmując za kluczowy opis spełnianej funkcji przez alkomaty (analizę gazu) – por. LEX nr 819085. Rozstrzygnięcie WSA niekorzystne dla strony, wydane na podstawie prawa – jak sam zauważył ten sąd – niedostosowanego do rozwoju nowych technologii, niewątpliwie podważa wartość, jaką jest zaufanie obywatela do państwa i prawa.

– przyznana ochrona; zniesławienie w Internecie – z uwagi na anonimowość naruszciciela – odmowa ochrony). Z kolei odmowa organu przyznania ochrony konkretnej wartości (odmowa realizacji wartości) stwarza faktyczne domniemanie nienadążania prawa tylko wtedy, gdy owo nienadążanie jest przynajmniej jedną z przyczyn tego negatywnego rozstrzygnięcia – wskazaną wprost przez organ lub dającą się zrekonstruować na podstawie analizy stanu faktycznego i stanu normatywnego sprawy.

6. Dotychczasowe rozważania prowadzą do wniosku, że społecznym problemem może być brak realizacji szeregu wartości-celów, stanowiących podstawę aksjologiczną prawa (lub poszczególnych regulacji prawnych) z uwagi na, ogólnie ujmując, nienadążanie tego prawa za rozwojem społecznym. Chodzi tu o sytuacje, gdy regulacje prawne nie są (choć być może wcześniej były) efektywnym instrumentem realizacji rozmaitych wartości-celów (będących aksjologicznymi przyczynami ustanowienia tych regulacji). W związku z tym szczególnie interesujące wydają się te przypadki, gdy spełnione są – zgodnie z ustaleniem Krzysztofa Pałeckiego – warunki realności podstawy aksjologicznej danego aktu prawotwórczego³², przy jednoczesnym: (I) stwierdzeniu przez organy (np. stosujące prawo), że doszło do naruszenia lub braku realizacji wartości-celu (wartości-celów) „zawartej” („zawartych”) w tymże akcie prawotwórczym, i co więcej, (II) odmowie – z uwagi np. na specyficzny kontekst sytuacyjny – przyznania przez te organy ochrony tej wartości (tym wartościom). Przypadek tego typu – stanowiący egemplifikację tezy o realnym NP – zostanie przedstawiony poniżej.

Problem nienadążania prawa za rozwojem społecznym w sferze funkcjonowania mediów (w tym Internetu) dotyczy np. ochrony dóbr osobistych (naruszanych np. na forach internetowych). Anonimowość wypowiedzi naruszających dobra osobiste w sieci powoduje, że niezwykle trudna staje się sądowa ochrona tych dóbr. Problem ten jest istotny, z uwagi na fakt, iż państwo, jako gwarant ochrony praw człowieka, powinno z jednej strony chronić wolność wypowiedzi (także w sieci) i nie może posłużyć się cenzurą prewencyjną (np. art. 54 Konstytucji RP), a z drugiej – nie powinno tolerować wypowiedzi naruszających ludzką godność, stanowiących przestępstwo lub nawołujących do popełnienia przestępstwa.

W tym kontekście wątpliwości na gruncie obowiązującego prawa polskiego budzi kwestia odpowiedzialności za tzw. posty (najczęściej krótkie wiadomości wysłane na internetowe fora dyskusyjne). Tradycyjna prasa „drukowana” zamieszcza listy do redakcji, które są traktowane tak, jak każdy inny materiał prasowy

³² Zdaniem K. Pałeckiego, warunki realności podstawy aksjologicznej aktu prawotwórczego są następujące: (1) jednoznaczne przypisanie podstawy aksjologicznej do danego aktu przez jego adresatów, a także (2) niezerowy stopień pragmatyczności (realizowalności) wartości-celu według przekonań adresatów danego aktu, oraz (3) niezerowy stopień kognitywnej racjonalności wymogów danej regulacji prawnej, tj. gwarantujący zadawalający dla adresatów poziom realizacji wartości, a wreszcie (4) uzgadnialność wartości-celów zawartych w regulacji z preferencjami jej adresatów. Por. K. Pałeczki, *op. cit.*, s. 26–27.

przygotowany przez redakcję, a co za tym idzie, za treść listu do redakcji, który narusza czyjeś prawa, odpowiada prasa, tak jak za felieton stworzony przez zatrudnionego w redakcji dziennikarza³³. Jest to uzasadnione, gdyż list do redakcji jest przez tę redakcję (redaktora) dopuszczony do publikacji i ona może przeanalizować treść tego listu pod kątem ewentualnego zagrożenia lub naruszenia czyichś dóbr osobistych. Natomiast przyjmuje się, że posty nie są listami do redakcji, a administrator portalu internetowego, na którym umieszczony został taki post (np. naruszający czyjeś dobra osobiste), może uchylić się od odpowiedzialności za jego treść³⁴.

Wracając do analizy przypadków dotyczących realnego NP, warto zwrócić uwagę na postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2008 r., III KK 234/07, rozstrzygające sprawę znieważenia oraz zniesławienia pewnego nauczyciela akademickiego na forum internetowym (poprzez nazwanie go „erotomanem”)³⁵. Otóż stwierdzenie przez Sąd Najwyższy, że tekst, którego treścią poczuł się dotknięty oskarżyciel prywatny, miał charakter zniesławienia, nie doprowadziło do pociągnięcia oskarżonej, będącej właścicielką komputera, z którego ten tekst został nadany, do odpowiedzialności karnej. Jak bowiem przyjął Sąd Najwyższy w tym orzeczeniu:

Nie sposób w aktualnym stanie prawnym uznać, że samo udostępnienie komputera powoduje odpowiedzialność karną jego właściciela, w razie gdyby okazało się, że korzystający z niego dopuścili się przestępstwa. W aktualnym stanie rzeczy nie sposób przyjąć, aby oskarżona B. W. mogła ponosić odpowiedzialność karną za zniesławienie lub zniewagę tylko z tej racji, że z posiadanego przez nią komputera skorzystała jakaś osoba, zamieszczając na portalu internetowym zniesławiającą wiadomość [...].

³³ Tak np. SN w wyroku z dnia 28 września 2000 r., V KKN 171/98, OSNKW 2001/3-4/31.

³⁴ Por. np. S. Wikariak, *Prowadzący serwis WWW nie odpowiada za cudzy wpis* – notatka opublikowana na stronie www.rp.pl 16 grudnia 2008 r., zawierająca informację o orzeczeniu SR w Słupsku, który uznał, iż komentarze (nawołujące do popełnienia przestępstwa) zamieszczone na portalu przez jego użytkowników nie są materiałem prasowym. Zdaniem tego sądu odpowiedzialność osoby udostępniającej swój serwer innym – za przechowywane na nim dane – może być wyłączona na podstawie art. 14 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. 2002, nr 144, poz. 1204 ze zm.). Oczywiście wyłączenie odpowiedzialności podmiotu prowadzącego portal internetowy na podstawie tego przepisu nie rozwiązuje problemu naruszania dóbr osobistych w sieci.

³⁵ W odniesieniu do przysługujących jednostce (w tym przypadku – nauczycielowi akademickiemu, który był w sprawie oskarżycielem prywatnym) dóbr (wartości-celów) chronionych przepisami prawa karnego Sąd Najwyższy stwierdził w tym orzeczeniu m.in.: „[...] Przesłupstwo zniewagi polega na użyciu słów obelżywych lub sformułowaniu zarzutów obelżywych lub ośmieszających, postawionych w formie niezracjonalizowanej. [...] Analiza treści wspomnianego wpisu zdaje się dowodzić, iż nie będąc zniewagą, miał on jednak charakter zniesławiający. Użycie terminu «erotoman» stanowiło pomówienie wykładawcy o takie postępowanie i właściwości, które z jednej strony mogą go poniżyć w opinii publicznej, zarówno w opinii studentów, jak i w opinii innych wykładawców, a z drugiej – narazić na utratę zaufania potrzebnego do wykonywania zawodu nauczyciela akademickiego” („Biuletyn Prawa Karnego” 2008, nr 10, s. 33).

Przywołane orzeczenie, które oczywiście rozstrzyga konkretną i indywidualną sprawę, lecz dotyczy szerszego, społecznego problemu naruszania szeregu wartości-celów w sieci, wydaje się prowadzić do następujących wniosków:

– niewątpliwie w aktualnie obowiązującym porządku prawnym w Polsce wartościami-celami chronionymi przepisami prawa karnego (art. 212 k.k. – przestępstwo zniesławiania; art. 216 k.k. – przestępstwo zniewagi) są cześć i godność osobista człowieka;

– Sąd Najwyższy w cytowanym wyżej orzeczeniu stwierdził, że przedmiotowe wpisy na forum internetowym miały charakter zniesławiający, a więc stwierdzono naruszenie określonej wartości chronionej przez prawo;

– jednocześnie Sąd Najwyższy stwierdził, że w okolicznościach tej sprawy nie można przypisać odpowiedzialności karnej oskarżonej na tej podstawie, że z posiadanego przez nią komputera wysłany został zniesławiający wpis umieszczony na przedmiotowym forum.

Prowadzić to może do wniosku, że m.in. wobec rozwoju nowych technologii informacyjnych przedmiotowa regulacja prawna jest dysfunkcyjnym instrumentem realizacji (ochrony) pewnych wartości-celów naruszanych w sieci internetowej, takich jak np. cześć i godność osobista człowieka.

Wydaje się, że w wyżej opisanym przypadku dotyczącym odpowiedzialności karnej za wpis na forum internetowym spełnione były warunki realności podstawy aksjologicznej danego aktu prawotwórczego, przy jednoczesnym stwierdzeniu przez organy stosujące prawo, że doszło do naruszenia (braku realizacji) określonych wartości-celów „zawartych” w prawie oraz stwierdzeniu przez te organy, że na podstawie analizowanej regulacji prawnej nie jest możliwa ochrona (zabezpieczenie) tychże wartości.

Stwierdzić więc należy w analizowanym przypadku brak realizacji wartości-celów opisanych powyżej, stanowiących podstawę aksjologiczną prawa, z uwagi na – przede wszystkim – nienadążanie tego prawa za rozwojem społecznym.

Można więc przyjąć, że efektem nienadążania prawa za rozwojem społecznym (społecznymi zmianami) jest brak realizacji wartości-celów przez system prawny, w sytuacji, gdy wartości te z takich czy innych przyczyn „domagają” się prawnej regulacji. Rzeczą zasadniczą jest więc prawidłowe wskazanie tych społecznych potrzeb, wartości i celów, które powinny podlegać prawnej realizacji na danym etapie rozwoju społecznego.

Paweł Skuczyński

Typy myśli krytycznej w prawoznawstwie Od krytyki poznania do walki o uznanie

1. Wprowadzenie

We współczesnej kulturze myślenie krytyczne jest nieodzownym elementem wielu jej obszarów. Myśli krytycznej nie należy jednak po prostu utożsamiać z postulatami krytycyzmu występującego na gruncie metodologii nauk. Pozostaje on w związku m.in. z takimi postulatami, jak poszukiwanie racji dostatecznej, uczciwość i rzetelność naukowa czy nieuznawanie autorytetów¹. Ma on więc charakter powszechny i w znacznej mierze zdroworozsądkowy. Dotyczy wszystkich nauk, niezależnie od ich paradygmatu, a zatem tego, jak określają one swój przedmiot oraz jakie stosują metody.

Jednakże wśród dyscyplin naukowych występują również takie, których istotą jest myślenie krytyczne. Jeśli bowiem nauki podzielić ze względu na konstytuujące je interesy poznawcze, to można wyróżnić dyscypliny empiryczno-analityczne realizujące interes techniczny, historyczno-hermeneutyczne realizujące interes praktyczny oraz krytyczne nauki społeczne realizujące interes emancypacyjny. Polega on na tym, że wiedza o zasadach działania społeczeństwa i podmiotu „wzbudza proces refleksji w świadomości tych, o których prawa te mówią”². W konsekwencji wspomniana wiedza jest warunkiem możliwości odrzucenia takich zasad lub ich przekształcenia. W tym sensie praktyka społeczna staje się niezależna od zasad ją konstytuujących, a więc następuje jej emancypacja. Do nauk takich należą ekonomia, socjologia czy politologia.

Na tym tle nie jest jasne, czy i w jaki sposób myślenie krytyczne jest obecne w naukach prawnych. Wynika to z wielu przyczyn, spośród których dwie wydają się najważniejsze. Po pierwsze, nie jest rozstrzygnięty spór o autonomię metodologiczną prawoznawstwa oraz kontrowersja między naturalistami

¹ Na gruncie nauk prawnych zob. przede wszystkim: M. Zieliński, *Poznanie sądowe a poznanie naukowe*, Poznań 1979, s. 116 i n.

² J. Habermas, *Interesy konstytuujące poznanie*, „Colloquia Communia” 1985, nr 2, s. 164.

i antynaturalistami w jego ramach. Spór ten w znacznej mierze dotyczy zaliczenia nauk prawnych do jednej ze wskazanych wyżej grup dyscyplin: empiryczno-analitycznych lub historyczno-hermeneutycznych³. Wobec braku rozstrzygnięcia, zwolenników zyskuje teza o pluralizmie metodologicznym prawoznawstwa i uznaniu m.in. metod, takich jak analiza pojęć i hermeneutyka, za w równej mierze prawomocne⁴. W tej perspektywie stanowisko o naukach prawnych jako dyscyplinach krytycznych jak dotąd nie liczyło się, nie będąc łatwo przekładalnym na tezy metodologiczne. Po drugie, tradycja nauk prawnych, przede wszystkim w kulturze prawa stanowionego, polega na dogmatycznym opracowaniu materiału prawnego. Oznacza to, że przyjmują one teksty prawne jako dane, poddając je jedynie zabiegom interpretacyjnym i systematyzacyjnym. Warto zaznaczyć, że wyodrębnienie nauk dogmatycznych i przeciwstawienie ich naukom krytycznym jest wcześniejsze od podziału nauk na empiryczno-analityczne oraz historyczno-hermeneutyczne, który – najogólniej rzecz biorąc – jest konsekwencją sporu między pozytywistami i neokantystami o status humanistyki. Tymczasem już u Kanta prawo zaliczane jest, wraz z teologią i medycyną, do nauk dogmatycznych, określanych przez niego ironicznie jako fakultet wyższy i przeciwstawiane filozofii oraz przyrodoznawstwu, nazywanym fakultetem niższym. Nauki dogmatyczne nie tworzą tekstów będących przedmiotem ich zainteresowania, ani nie badają ich wiarygodności. Powiązane są również z procesami sprawowania władzy w społeczeństwie⁵. W tym ujęciu dopuszczenie myślenia krytycznego w ich ramach spowodowałoby niemożność wypełniania przez nie ich społecznych funkcji.

Wszystko to powoduje, że myślenie krytyczne w naukach prawnych można określić jako marginalne. Wydaje się jednak, że jego znaczenie będzie wzrastać. Dotyczy to w szczególności Europy Środkowo-Wschodniej w obecnej sytuacji historycznej. Z jednej strony bowiem w sferze praktyki prawniczej coraz częściej występuje postawa określana w anglosaskiej kulturze prawnej jako prawniczy radykalizm (*radical lawyering*). Polega ona traktowaniu prawa jako środka zmian samego prawa oraz związanych z nim stosunków społecznych, w tym sposobu sprawowania władzy. Radykalni prawnicy przyjmują jedynie takie sprawy oraz prowadzą je w taki strategiczny sposób, aby doprowadzić do zmiany społecznej: bądź przez ich nagłośnienie i stworzenie presji na parlament, bądź przez poszukiwanie uznania dla swoich argumentów, z reguły przez tych sędziów, którzy są aktywistycznie nastawieni. Prym w tej dziedzinie wiodą oczywiście organizacje zajmujące się ochroną praw człowieka, w szczególności zwalczające

³ L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2000, s. 291 i n.

⁴ J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze. Logika – analiza – argumentacja – hermeneutyka*, Kraków 2004, s. 36–37.

⁵ I. Kant, *Spór fakultetów*, Toruń 2003, s. 63 i n.

dyskryminację. Radykalni prawnicy poszukują intelektualnych podstaw swoich działań nie w tradycyjnych doktrynach prawniczych, lecz właśnie w prawniczej myśli krytycznej.

Ponadto, poza sferą praktyki, nieco innych odcieni przybierają spory toczące się w ramach filozofii prawa. Dyscyplina ta ze swej istoty jest niedogmatycznie nastawioną częścią prawoznawstwa. Jednakże wraz ze stopniowym zwiększaniem jej związków z naukami prawnymi i rozluźnianiem powiązań z ogólną refleksją filozoficzną staje się ona sferą autorefleksji tych pierwszych. Ze względu na tego typu specjalizację oraz instytucjonalne osadzenie, jej przedmiotem staje się nie tyle klasyczny problem jedności wiedzy, lecz raczej jej społecznych funkcji⁶. Mogą być one dwojakiego rodzaju: legitymizacyjne lub krytyczne. Te pierwsze są typowe dla klasycznie rozumianych dogmatyk prawniczych. Są one jednak o tyle problematyczne, że prowadzą do instrumentalizacji filozofii, bowiem służy ona wówczas rzeczywistości, utrwalając panujące stosunki. Musi budzić to sprzeciw krytycznie nastawionej części prawników i filozofów prawa.

Celem niniejszych rozważań jest niepretendujące do zupełności przedstawienie różnorodności myślenia krytycznego w prawie. Tak jak nie istnieje jeden powszechnie przyjmowany model doktryny prawniczej, tak też myślenie krytyczne w naukach prawnych cechuje różnorodność. Podkreślenie owej różnorodności jest ważne m.in. dlatego, że w obiegowych opiniach myślenie krytyczne jest często utożsamiane np. jedynie z postmodernizmem i filozofią radykalnego zerwania. Takiemu pogładowi należy się przeciwstawić chociażby po to, aby unocznąć fakt, że myślenie krytyczne jest filozoficznie znacznie bogatsze i stanowi poważną ofertę intelektualną.

Oczywiście w tym opracowaniu możliwe jest w gruncie rzeczy jedynie wyliczenie, a nie kompleksowe omówienie ich podstawowych tez i przyjmowanych założeń. Należy również zastrzec, że mowa jest tu o typach myślenia krytycznego, a więc podział ten nie jest rozłączny i opiera się na idealizacji. Jest to zastrzeżenie tym bardziej istotne, że co do wielu ujęć myśli krytycznej można spierać się o ich przynależność do takiego lub innego wyodrębnionego typu.

2. Kantowski konstruktywizm – krytyka poznania

W związku z szerokim ujęciem myślenia krytycznego, w niniejszych rozważaniach w pierwszej kolejności należy wspomnieć o krytycznej filozofii transcendentnej I. Kanta. Jest to o tyle uzasadnione, że w intencji samego jej twórcy filozofia ta była wymierzona przeciwko tradycyjnej metafizyce i oferowała intelektualne narzędzia do oceny, co w tradycji tej miało charakter wiedzy, a co było wykroczeniem poza warunki poznania. Należy podkreślić, że okres krytyczny

⁶ Zob. J. Habermas, *The idea of the university: Learning processes*, „New German Critique” 1987, no. 41, s. 16.

w twórczości Kanta oznacza odejście od rozumienia filozofii jako analizy⁷, a więc zmianę jej stosunku do nauki. Jej podstawowym zadaniem w tym ujęciu nie jest budowanie pojęciowej wiedzy o bycie, lecz krytyka procesów poznawczych zmierzających do owej wiedzy.

Jednocześnie Kant szuka podstaw dla krytyki poznania, a więc jej uprawomocnienia. Cel ten realizuje poprzez badanie formy poznania, a nie jego treści⁸. Forma ta polega na tym, że podmiot konstruuje poznawany przedmiot przy pomocy apriorycznych pojęć i kategorii rozumu, pozwalających usystematyzować dane pochodzące ze zmysłów. Tu znajduje swoje źródło pojęcie ważności (*Geltung*), które dostarcza zbioru formalnych kryteriów niezbędnych do krytyki poszczególnych aktów poznania. Jeśli dany akt pomyślnie przejdzie taki krytyczny test, wiedzę będącą jego efektem należy uznać za prawomocną.

Również w filozofii praktycznej, w tym w filozofii prawa, filozofia ta dostarcza narzędzi krytyki. Wiąza się one przede wszystkim z kategorią wolności, odmienne rozumianą na gruncie rozważań Kanta o moralności, a inaczej na gruncie jego filozofii prawa. W obydwu jednak przypadkach również opiera się na formalnych kryteriach oceny, jakie działanie będzie zgodne z wolnością: w przypadku moralności – takie, które jest działaniem z obowiązku według podającej się uniwersalizacji reguły; w przypadku prawa natomiast – takie, które jest zgodne z regułami w równym stopniu gwarantującymi wolność każdemu⁹.

Kantowski krytycyzm jest więc ściśle związany z ideą wolności, rozumianą przede wszystkim jako autonomia rozumu. Polega ona na samodzielnym i uwarunkowanym jedynie przez kategorie samego rozumu posługiwaniu się nim przez podmiot. Jest to więc również filozofia ze swej istoty oświeceniowa i jako taka obecna jest w późniejszych etapach rozwoju myśli krytycznej. Można powiedzieć, że późniejsza myśl krytyczna m.in. poszukiwała różnych, przeoczonych przez Kanta, przyczyn nieautonomiczności rozumu i sposobów jego emancypacji, dokonując radykalizacji jego projektu filozofii krytycznej.

Natomiast projekt filozofii krytycznej nieradykalnej, ograniczonej do zagadnień poznawczych, był kontynuowany przez neokantystów. Taki miękki krytycyzm czy krytyczny konstruktywizm można przykładowo przypisać Hansowi Kelsenowi, szczególnie w najwcześniejszym okresie jego twórczości. Wiąże się to, co prawda, z koniecznością przyjęcia niestandardowej interpretacji, według której podstawowym celem czystej nauki prawa, opierającej się na konsekwentnym rozdzieleniu sfer bytu i powinności, jest reforma nauk prawnych, a nie budowa koncepcji systemu prawnego i obowiązywania prawa, które okazują się wówczas jedynie środkami do osiągnięcia tego zasadniczego celu. Wymaga to przede wszystkim przyjęcia interpretacji normy podstawowej nie jako uzasadnienia

⁷ O. Höffe, *Immanuel Kant*, Warszawa 2003, s. 32.

⁸ Zob. J. Woleński, *Epistemologia. Poznanie – prawda – wiedza – realizm*, Warszawa 2005, s. 89.

⁹ Zob. M. Żelazny, *Idea wolności w filozofii Kanta*, Toruń 1993, rozdz. 3 i 5.

normatywności prawa, lecz jako idei regulatywnej nauk prawnych, określającej ideał systematyzacji materiału prawnego zgodnie z dynamicznymi powiązaniem między normami prawnymi. W konsekwencji Kelsen jawi się jako filozof nauki, który dokonuje krytyki nauk prawnych i jej oczyszczenia np. z wpływów psychologizmu¹⁰.

3. Filozofia marksowska – krytyka społeczna

Typowym przykładem radykalizacji myśli krytycznej i przejścia od krytyki poznania do krytyki społecznej jest myśl K. Marksa. Należy przede wszystkim zaznaczyć, że oryginalna filozofia marksowska nie jest tożsama z późniejszymi jej wariantami, w szczególności tzw. marksizmem wschodnim, czyli po prostu marksizmem-leninizmem. W pierwszym przypadku można bowiem mówić o myśli krytycznej, w drugim natomiast ta sama teoria uległa dogmatyzacji i została włączona w mechanizmy sprawowania władzy.

Niezmiernie istotnym elementem filozofii marksowskiej, którą często uważa się za dającą początek rozwojowi filozofii krytycznej w ogóle, jest słynna teza, że zadaniem filozofii jest zmienianie świata, a nie jego opisywanie. Jeśli bowiem koncentruje się ona na tym ostatnim, to w konsekwencji może być ona każdorazowo jedynie odzwierciedleniem istniejącego stanu rzeczy. Stan ten jednak podlega historycznym zmianom i jest przedmiotem interesów różnych grup społecznych, w szczególności największych z nich, których konflikt każdorazowo determinuje strukturę społeczną, czyli po prostu klas społecznych. W takiej sytuacji filozofia, ograniczając się jedynie do opisu świata niezależnie od własnych intencji, głosi tezy leżące w interesie tej klasy, której zależy na utrzymaniu społecznego *status quo*. To wyklucza jej rzeczywistą autonomię i kierowanie się wyłącznie prawdą.

Kluczowe w tym zakresie jest pojęcie ideologii, przez Marksa rozumianej jako fałszywa świadomość. Polega ona na tym, że treść świadomości danego podmiotu co do zasady w sposób dla niego nieświadomiony jest zdeterminowana przez interes społeczny grupy, do której on przynależy. W związku z tym nie może być on autonomicznym podmiotem. Wiąże się z tym rozróżnienie bazy ekonomicznej społeczeństwa i kulturowej nadbudowy podlegającej ideologizacji. W odniesieniu do konkretnej epoki – współczesnego Marksowi kapitalizmu – uznawał on, że elementem stosunków społecznych nadającym kulturze ideologiczną formę jest własność, decydująca o pozycji społecznej jednostki w ramach procesów produkcji, a jej konsekwencją w sferze kultury jest m.in. zapośredniczenie stosunków społecznych przez rzeczy – towary wytwarzane w jej ramach (fetyszizm towarowy).

¹⁰ S. L. Paulson, *Zachowując czystą teorię prawa: norma podstawowa jako idea regulatywna*, Warszawa 2013, s. 23. Zob. także: S. L. Paulson, *Hans Kelsen's earliest legal theory: Critical constructivism*, „The Modern Law Review” 1996, no. 59, s. 797 i n.

Przedmiotem krytyki w omawianym ujęciu są więc przede wszystkim stosunki społeczne, które uniemożliwiają urzeczywistnienie prawdziwej wolności jednostek, poprzez uwolnienie podmiotu od ideologii. Nie ma, zdaniem Marksa, innej drogi do osiągnięcia celu, jakim jest prawdziwie wolne społeczeństwo, niż radykalna zmiana społeczna. W tym miejscu oczywiście zaczyna się najłabsze ogniwo jego filozofii, które jednocześnie zostało wykorzystane jako polityczna doktryna. Uświadomienie ideologicznego charakteru własnych przekonań miało być bowiem możliwe tylko w ramach jednej grupy społecznej, tj. proletariatu, która następnie miała dokonać zmiany społecznej w drodze rewolucji.

Zarówno założenia filozofii marksowskiej, jak i dzieje marksizmu jako instrumentu przemocy wyraźnie wskazują na bardzo istotną cechę krytyki społecznej, czyli jej refleksyjność. Oznacza to, że jeśli nie ma ona stać się swym przeciwieństwem, a więc ideologią, to jej warunkiem jest samoodnośnienie. Autentyczna myśl krytyczna musi więc, po pierwsze, spełniać wszelkie wymagania, które stawia przed innymi przejawami kultury, a po drugie, nieustannie reagować na zmiany przedmiotu krytyki, w tym przede wszystkim na uwzględnienie jej samej. Innymi słowy, refleksyjność oznacza włączenie do myśli krytycznej nie tylko jej logicznych konsekwencji, lecz także rzeczywistych skutków społecznych.

Warto również podkreślić, że mimo materialistycznego i historiozoficznego charakteru filozofii marksowskiej, a więc zdawałoby się zupełnie innych treści niż w filozofii kantowskiej, między zwolennikami obydwu teorii toczyły się żywe dyskusje. Niektórzy neokantyści interpretowali filozofię marksowską jako rozwinięcie wybranych tez Kanta, „Etyka Kanta jest bowiem według marburczyków przede wszystkim e t y k ą w s p ó ł n o t y, tak jak jest nią etycznie rozumiany socjalizm”¹¹. Jednakże zarzucali Marksowi uprzywilejowanie ekonomii i socjologii kosztem etyki. Obok społeczeństwa rozumianego empirycznie, w którym rządzą związki przyczynowe, wyróżniali bowiem etyczną ideę społeczeństwa jako wspólnoty złożonej z autonomicznych celów samych w sobie. Socjalizm, choć miał być przyczynowo efektem rozwoju społeczeństwa empirycznego, był pożądanym z punktu widzenia społeczeństwa etycznego. Odrzucali go również ze względu na utożsamienie przez Marksa prawa i gospodarki, a to prawo jest według nich warunkiem logicznym gospodarki, jak również ze względu na zredukowanie wszystkiego do przyczynowości, z pominięciem roli idei prawnych i moralnych w ocenie stosunków gospodarczych¹². Mimo to świadczyć to może o istnieniu związków między krytyką poznania i krytyką społeczną.

¹¹ M. Szyszkowska, *Neokantyzm. Filozofia społeczna wraz z filozofią prawa natury o zmiennej treści*, Warszawa 1970, s. 67.

¹² Ibidem, s. 67–70, 80 i n.

4. Teoria krytyczna szkoły frankfurckiej – krytyka kultury

Znaczenie szkoły frankfurckiej dla kształtowania myśli krytycznej jest nie do przecenienia. Krąg myślicieli takich jak M. Horkheimer, T. Adorno, H. Marcuse czy W. Benjamin określił samoświadomość myśli krytycznej, stanowiąc ważny punkt odniesienia także dla jej innych nurtów. Należy zaznaczyć, że mowa jest tutaj o tzw. pierwszym pokoleniu szkoły. Do kolejnych generacji zalicza się przede wszystkim takich autorów jak J. Habermas czy A. Honneth, którzy jednak prezentują nieco inny typ krytyki. Ponadto trzeba pamiętać, że szkoła frankfurcka to wielu autorów prezentujących często różne punkty widzenia. Rekonstrukcja kilku podzielanych przez nich idei opiera się więc zawsze na pewnym uproszczeniu. Najogólniej można jednak powiedzieć, że wspólnym dla nich mianownikiem jest przeniesienie krytyki w sferę kultury, a w konsekwencji jej dalsze urefleksyjnienie.

Jednym z założycielskich dla całej szkoły poglądów jest rozróżnienie teorii tradycyjnej i teorii krytycznej¹³. Teoria tradycyjna jest charakterystyczna dla nauki i skoncentrowana zawsze na opisie lub wyjaśnieniu określonego wycinka rzeczywistości. Jest ona więc elementem społecznego podziału pracy, jest określoną specjalizacją. W związku z tym jej społeczną funkcję stanowi użyteczność w systemie społecznym, rozumiana jako możliwość wykorzystania w praktyce. Jednakże sposoby tego wykorzystania nie należą do zakresu zainteresowania teorii tradycyjnej. W konsekwencji unika ona wartościowania rzeczywistości, do której się odnosi, a tym bardziej jej zmieniania. Przyczynia się więc ona do samozachowania istniejącego kształtu tej rzeczywistości.

W przeciwieństwie do tego, teoria krytyczna jest projektem intelektualnym, w sposób świadomy wyłamującym się ze społecznego podziału pracy i obejmującym całą rzeczywistość. Nie może więc być rozumiana jako jedna ze specjalizacji. Jednocześnie swoją funkcję społeczną pojmuje ona jako kwestionowanie i zmienianie istniejącej rzeczywistości społecznej, a więc nie unika wartościowania. Włącza bowiem do swego zakresu refleksję nad swoim własnym zastosowaniem i jako swój cel określa realizację interesu emancypacyjnego. W związku z tym „Celem teorii krytycznej jest emancypacja człowieka ze zniewalających go stosunków – rozumna organizacja ludzkiego życia”¹⁴.

Teoria krytyczna jako typ myśli krytycznej podziela więc, np. z teorią Marksa, zainteresowanie emancypacją, czyli zmianą stosunków społecznych. Wywodzi się ona bowiem z doniosłego nie tylko etycznie, lecz również poznawczo założenia, że jednostki znajdujące się na szczytach hierarchii społecznej nie posiadają pełnej wiedzy o sposobie organizacji konkretnego społeczeństwa i w związku z tym nie są też zainteresowane jego zmianą. Im

¹³ M. Horkheimer, *Teoria tradycyjna a teoria krytyczna*, „Colloquia Communia” 1983, nr 2, s. 39 i n.

¹⁴ H. Walentowicz, *Tęsknota za lepszym – historiozofia Maxa Horkheimera*, Warszawa 2004, s. 24.

dalej jednostka znajduje się od centrum społeczeństwa, tym lepszą posiada perspektywę zrozumienia mechanizmów społecznych i wolę ich zmiany. Zachowuje więc również zainteresowanie radykalną zmianą społeczną. Jednakże sceptycznie odnosi się do jej dokonania w formie rewolucji. Jak wskazuje sama nazwa, krytyka jest tu pojmowana jako przedsięwzięcie o charakterze teoretycznym, przy czym ze względu na swoje społeczne funkcje najbliższej tego celu jest filozofia¹⁵.

Stwierdzenie, że poznanie jest w stanie doprowadzić do skutków praktycznych w postaci zmiany społecznej, szkoła frankfurcka zawdzięcza w dużej mierze wpływom psychoanalizy. Podkreśla ona bowiem znaczenie samowiedzy o nieuświadomionych wcześniej przez podmiot mechanizmach. Dzięki niej może on posiadać nad nimi kontrolę, co – jak chcą zwolennicy teorii krytycznej – jest tożsame z uzyskaniem w stosunku do nich autonomii¹⁶. W skali społeczeństwa podobny skutek można uzyskać poprzez demaskowanie ideologii we wszelkich przejawach kultury. Dlatego też można powiedzieć, że ten typ myśli krytycznej jest przejściem od krytyki społecznej do krytyki kultury. Szczególną wagę w tym zakresie odgrywa krytyka sztuki, w tym funkcjonującej w ramach kultury popularnej i wprowadzonego przez T. Adorno pojęcia przemysłu kulturalnego¹⁷.

Najbardziej znaną krytyką w tym zakresie jest jednak krytyka racjonalności. Jest ona jednocześnie wyrazem dalszego urefleksyjnienia krytyki. Wychodzi się tu bowiem z założenia, że skoro przy pomocy rozumu należy zmieniać rzeczywistość, zaś jednocześnie rozum jest częścią rzeczywistości, odzwierciedla ją, a w konsekwencji traci autonomię na rzecz innych jej elementów, to krytykę należy zacząć właśnie od problematyki racjonalności. Stwierdzając, że w dziejach rozum urzeczywistnia się przede wszystkim jako narzędzie panowania nad przyrodą, a więc w technice, zauważa się, że w konsekwencji przybiera on specyficzną formę, którą określa się jako racjonalność instrumentalną. Jednakże forma ta nie ogranicza się do stosunków z naturą, lecz zostaje w kulturze uznana za uniwersalną i staje się wzorcowa zarówno dla racjonalności subiektywnej (poszczególnych podmiotów), jak i obiektywnej (sposobu zorganizowania społeczeństwa). Myślenie instrumentalne dominuje więc również stosunki międzyludzkie. W konsekwencji rozum staje się narzędziem panowania i uniemożliwia osiągnięcie autonomii, czyli emancypację¹⁸. Problematyzacja roszczeń do uniwersalności różnych ujęć racjonalności jest kluczowa w rozwoju myśli krytycznej.

¹⁵ Zob. M. Horkheimer, *Spoleczna funkcja filozofii*, [w:] idem, *Spoleczna funkcja filozofii. Wybór pism*, Warszawa 1987, s. 226–227.

¹⁶ A. Szahaj, *Teoria krytyczna szkoły frankfurckiej*, Warszawa 2008, s. 10–11.

¹⁷ Zob. T. W. Adorno, M. Horkheimer, *Przemysł kulturalny. Oświecenie jako masowe oszustwo*, [w:] idem, *Dialektyka oświecenia. Fragmenty filozoficzne*, Warszawa 2010, s. 123 i n.

¹⁸ Zob. M. Horkheimer, *Krytyka instrumentalnego rozumu*, Warszawa 2007.

5. Etyka dyskursu – jedność krytyki

Ambitne zadanie podsumowania dorobku myśli krytycznej i rozwiązania niektórych z jej aporii przypadło kolejnemu pokoleniu filozofów, wśród których należy przede wszystkim zwrócić uwagę na dwie postacie. Po pierwsze, chodzi o twórcę tzw. transcendentalnej pragmatyki, K.-O. Apla, który podjął próbę transformacji myśli Kanta w duchu odpowiadającemu współczesnej filozofii. Po drugie, chodzi oczywiście o twórcę uniwersalnej pragmatyki, J. Habermasa, który podobne przedsięwzięcie zrealizował w odniesieniu do teorii krytycznej szkoły frankfurckiej. Choć więc ich filozofie różnią się w sposób znaczący, to można wskazać wspólne im tezy, które są jednocześnie charakterystyczne dla tego typu myśli krytycznej.

Przede wszystkim jest to odejście od filozofii świadomości, nurtu w filozofii rozwijanego od kartezjanizmu po fenomenologię, i uznanie za fundamentalne kategorii XX-wiecznej filozofii języka. W szczególności chodzi oczywiście o badanie procesów komunikacji i centralne dla nich pojęcie dyskursu. Dzięki niemu możliwe było przeniesienie krytyki na wyższy poziom i refleksja nad samą krytyką o większym stopniu abstrakcji. Wysiłki teoretyczne zostały bowiem skoncentrowane na krytyce wszelkiego rodzaju dyskursów, zarówno teoretycznych, jak i praktycznych, w zgodzie z założeniem o jedności rozumu. W konsekwencji rozróżnienie krytyki poznania, krytyki społecznej i krytyki kultury traci na znaczeniu. Są one traktowane jako różne dyskursy, które jednak muszą spełniać podobne normatywne kryteria.

Innym bardzo ważnym elementem tego typu myśli krytycznej jest poszukiwanie uprawomocnienia krytyki¹⁹. Główny problem dotychczasowej myśli krytycznej dotyczył bowiem podstaw krytyki, a więc, mówiąc w skrócie, zawierał się w pytaniu, czy w samej kulturze, będącej przedmiotem krytyki, istnieje jakiś punkt oparcia wolny od ideologii. Innymi słowy, czy wobec dominacji instrumentalizmu w sferze rozumu możliwa jest racjonalność, która nie miałaby takiego charakteru. W ramach omawianego typu myśli krytycznej odpowiedź na to pytanie jest twierdząca. Uprawomocnienie krytyki odbywa się tu poprzez odwołanie do struktury aktów mowy czy aktów komunikacji i wskazanie ich złożonego charakteru. Nie polegają one bowiem wyłącznie na przekazywaniu sensów, lecz również na wyrażaniu oczekiwania ich akceptacji przez innych uczestników komunikacji jako wypowiedzi prawdziwych, słusznych i szczerych (roszczenia ważnościowe). Uznanie tych roszczeń oznacza konsens, a jego brak – potrzebę dyskursu argumentacyjnego, w ramach którego uczestnicy będą wzajemnie problematyzować swoje twierdzenia i je uzasadniać. Przy spełnieniu proceduralnych warunków, takich jak wolność argumentujących, ich równość i brak przemocy, prędzej czy później dojdzie do konsensu między uczestnikami komunikacji.

¹⁹ Zob. A. M. Kaniowski, *Jürgen Habermas – metamorfozy teorii krytycznej*, [w:] A. M. Kaniowski, A. Szahaj, *Wokół teorii krytycznej Jürgena Habermasa*, Warszawa 1987, s. 42 i n.

Budowany jest więc pewien idealny model dyskursu. Opiera się on na zbiorze proceduralnych wymogów etycznych, które łącznie składają się na etykę dyskursu. Jednocześnie stanowią one kryteria racjonalności aktów komunikacji, które nie mają instrumentalnego charakteru. W konsekwencji formalna etyka dyskursu może stanowić narzędzie krytyki procesów komunikacji rzeczywiście mających miejsce w konkretnych społeczeństwach, a poprzez utożsamienie stosunków społecznych z aktami komunikacji – również samych społeczeństw. Etyka ta jest uniwersalna, a więc pozwala na krytykę wszelkiego rodzaju dyskursów, niezależnie od okoliczności kulturowych i historycznych.

Należy zaznaczyć, że recepcja tego typu myśli krytycznej w prawoznawstwie nie jest oczywista. Z reguły bowiem tzw. teorie dyskursu prawniczego koncentrują się na zastosowaniu etyki dyskursu do aktów stosowania prawa. W konsekwencji ich przedmiotem jest raczej racjonalność tych aktów, a nie samego prawa, choć treść np. wyroku sądowego w oczywisty sposób musi odpowiadać ustawie²⁰. Nie są więc jednak wykorzystywane do krytyki prawa, a więc i społeczeństwa, w którym ono obowiązuje. Dzieje się tak w znacznej mierze wbrew intencji samych filozofów należących do tego typu myśli krytycznej, jak np. w przypadku J. Habermasa, którego intencje krytyczne są jasne, a który w konsekwencji samodzielnie taką krytykę podjął²¹.

6. Postmodernizm – radykalizacja krytyki

Innym typem współczesnej myśli krytycznej jest niewątpliwie postmodernizm, rozumiany tu jako nurt filozoficzny, a nie etap w rozwoju późnokapitalistycznych społeczeństw. Jako taki jest związany z myślicielami z frankofońskiego kręgu, takimi jak J. F. Lyotard, M. Foucault czy J. Derrida. Niewątpliwie należy on do myśli krytycznej, choć wyraźnie odcina się od tych jej typów, które uznaje za modernistyczne. Zarzuca im bowiem charakterystyczne dla filozofii nowoczesności błędy, a w konsekwencji przyczynienie się do wielkich klęsk ludzkości z początku XX w., w tym przede wszystkim do powstania totalitaryzmów. Z tego względu należy go uznać za wyraz dążeń do radykalizowania myśli krytycznej.

Widoczne jest to w głównej mierze w stosunku postmodernizmu do problemu uprawomocnienia krytyki. Wyklucza on tę możliwość z uwagi na odrzucenie możliwości ostatecznego uzasadnienia jakiegokolwiek teorii. Jednocześnie wskazuje, że wraz z twierdzeniem o możliwości uprawomocnienia krytyki zgłasza się roszczenie do jej uniwersalności. Według postmodernistów jest

²⁰ Zob. np. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt am Main 1992.

²¹ J. Habermas, *Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, Warszawa 2005.

to błąd charakterystyczny dla myślenia, które co do zasady ma być przedmiotem krytyki. Zamiast uniwersalizmu etyki dyskursu proponują oni lokalność, a więc uznanie za uprawnione różnych punktów widzenia. Podkreślają więc pluralizm teorii. Nie może zatem dziwić, że sam postmodernizm stanowi nurt zróżnicowany wewnętrznie.

Poza odrzuceniem możliwości ostatecznego uprawomocnienia oraz uniwersalizmu, charakterystyczne dla postmodernistycznego typu krytyki jest poszukiwanie we współczesnych społeczeństwach związków między wiedzą a władzą. Ich istnienie jest jednym z powodów sceptycyzmu wobec roszczeń nauki do formułowania uniwersalnych prawd. Nauka daje się bowiem zaprzęgać w służbę władzy, legitymizując ją właśnie poprzez swój uniwersalizm, który jednocześnie uzasadnia jej wykorzystanie jako obiektywnie prawdziwej. Dzięki temu możliwe jest powstawanie nowych rodzajów władzy, takich jak np. władza dyscyplinarna w ujęciu M. Foucaulta, która może zaistnieć właśnie dzięki medycynie czy pedagogice, dostarczającym wzorców normalności i umożliwiającym ich egzekwowanie w ramach instytucji nowoczesnego społeczeństwa, takich jak szpitale czy szkoły. Władza ta pozostaje niezależna od poddanej prawnej i demokratycznej kontroli władzy suwerennej²². Istotą krytyki jest tutaj ujawnienie takich mechanizmów i umożliwienie wyzwolenia od nich, a także obnażenie nieadekwatności tradycyjnych pojęć prawnych do tego rodzaju wyzwań.

Podobną radykalizację krytyki zawiera chociażby teoria metanarracji, według której dla nowoczesności charakterystyczne jest istnienie takich teorii, które nie tylko zgłaszają roszczenie do uniwersalnej prawdziwości, lecz także do wyjaśnienia całości rzeczywistości i rządzących nią zasad, w tym również dostarczenia kryteriów rozstrzygających o prawdziwości innych teorii. Na mocy własnych założeń są więc one nieobalalne i szczególnie łatwo przekształcają się w ideologie oraz stają się źródłem opresji. Z reguły odwołują się one do takiej czy innej społecznej utopii i wyjaśniają rzeczywistość w perspektywie przyszłego porządku społecznego. Tym zresztą różnią się od przednowoczesnych mitologii, które co do zasady także stawały się opresyjnymi ideologiami, ale odwoływały się do rzeczywistego lub jedynie wyobrażonego zdarzenia z przeszłości, które fundowało porządek społeczny, jak np. akt stworzenia świata, umowa społeczna itp.

W naukach prawnych jednak, jak się wydaje, największą popularność zyskały postmodernistyczne koncepcje tekstu i znaczenia. W szczególności potencjał krytyczny zarówno na gruncie teorii prawa, jak i poszczególnych dogmatyk prawniczych ujawnia dekonstrukcja, która pozwala na odrzucenie tradycyjnego rozumienia pojęć prawnych jako uprzywilejowania pewnych znaczeń. Umożliwia ona również ujawnianie takich sytuacji, w których owo

²² Zob. np. M. Foucault, *Nadzorować i karać. Narodziny więzienia*, Warszawa 2013.

uprzywilejowanie jest jednocześnie realizacją określonych interesów. Niewątpliwie może to mieć ożywczy wpływ na dyskusje toczone się w dogmatykach prawnych²³. Należy podkreślić, że w związku z tym pozostaje jednak tendencja do nadmiernego rozszerzania granic postmodernizmu na gruncie prawoznawstwa, zarówno poprzez włączanie do niego takich typów myśli krytycznej, które należy uznać za odrębne, choć niewątpliwie pozostające pod jego wpływem (np. krytyczne studia nad prawem czy feministyczna teoria prawa), jak i takich, które być może przeciwstawiają się tradycyjnemu modelowi nauki prawa, ale trudno je zaliczyć do myśli krytycznej w ogóle (np. ekonomiczna analiza prawa)²⁴.

7. Krytyczne studia nad prawem – próba aplikacji

Ruch krytycznych studiów nad prawem (*Critical Legal Studies Movement* – CLS) powstał pod koniec lat 70. XX w. w Stanach Zjednoczonych i w ówczesnej formie swoje apogeum osiągnął w kolejnej dekadzie. Był on wytworem amerykańskiej myśli prawniczej, której konserwatyzm starał się przełamać. Z tego względu w znacznej mierze abstrahował od teorii filozoficznych, choć nie wypierał się swej lewicowej tożsamości. Nie może to dziwić, ponieważ jednym z głównych celów ruchu było ujawnienie związków między nauką prawa a polityką.

Według programowych sformułowań R. Ungera, prawo w ujęciu CLS jest instrumentem polityki i opiera się na ideologiach, co mistyfikuje poprzez charakterystyczne dla klasycznej myśli prawnej założenia formalizmu i obiektywizmu. Przez formalizm rozumie się „wiarę w możliwość stworzenia dedukcyjnej czy *quasi*-dedukcyjnej metody, pozwalającej na jednoznaczne rozwiązanie konkretnych problemów decyzji prawnej”²⁵, co ma stanowić o wyższości prawa nad sporami filozoficznymi czy politycznymi, które – w przeciwieństwie do argumentacji prawnej – mają charakter ideologiczny. Natomiast obiektywizm jest

wiarą, że autorytatywny materiał prawny – system ustaw, orzeczeń sądowych i przyjętych idei prawnych – zawiera w sobie i ustanawia możliwy do obrony schemat społeczności ludzkiej [...]. Prawa nie są jedynie pochodną przypadkowych walk o władzę lub nacisków pozbawionych prawnomocnego autorytetu²⁶.

²³ Zob. A. Sulikowski, *Derridańska koncepcja prawa*, „Zeszyty Naukowe Wałbrzyskiej Wyższej Szkoły Zarządzania i Przedsiębiorczości” 2007, nr 10, s. 166 i n.; A. Sulikowski, *O możliwościach postmodernizacji nauki prawa konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” 2010, nr 12, s. 3 i n.

²⁴ G. Minda, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York–London 1995.

²⁵ R. M. Unger, *Ruch studiów krytycznych nad prawem*, Warszawa 2005, s. 1.

²⁶ *Ibidem*, s. 2–3.

W rzeczywistości jednak, według krytyków z CLS, taki „schemat społeczności ludzkiej” zawarty w prawie nie istnieje. Jest on tylko bezpodstawnie przyjmowanym założeniem, które pozwala przy pomocy formalistycznej metody podporządkowywać wykładnię prawa i akty stosowania prawa jednej wizji społeczeństwa przy pomocy formalistycznych metod. Przykładowo, można wskazać na rozważania D. Kennedy’ego – jednego z czołowych przedstawicieli CLS – dotyczące sporu między zwolennikami regulacji prawa prywatnego przy pomocy ścisłych reguł oraz przy pomocy elastycznych standardów, np. klauzul generalnych, mówiąc językiem typowym dla kultury prawa stanowionego. Spór ten na pierwszy rzut oka ma charakter sporu o zakres zastosowania formalistycznej metody, jednakże według Kennedy’ego każdemu sposobowi regulacji można przyporządkować pewne założenia antropologiczne, etyczne i polityczne. Regulacja przy pomocy ścisłych reguł odpowiada założeniom indywidualizmu, etyki polegania na sobie i liberalizmowi, natomiast stosowanie standardów i klauzul generalnych to wspólnotowość, etyka troski i komunitaryzm. Spierając się o zakres formalizmu, prawnicy w gruncie rzeczy spierają się o wizję społeczeństwa. Ukrywają to jednak i w ten sposób doprowadzają do ideologizacji nauk prawnych²⁷.

Ruch krytycznych studiów nad prawem jest więc w znacznej mierze zorientowany na krytykę poszczególnych gałęzi prawa, instytucji prawnych czy nawet poszczególnych norm. Można powiedzieć, że w jego ramach dochodzi do specjalizacji i uprawiania krytyki na gruncie poszczególnych nauk prawnych, czemu towarzyszą próby budowania krytycznej teorii prawa. Należy jednak podkreślić, że zasięg CLS nie ogranicza się do tradycyjnych gałęzi prawa i obejmuje również krytykę obszarów leżących na obrzeżach prawoznawstwa. Dotyczy to w szczególności edukacji prawniczej oraz etyki zawodów prawniczych, których rola w reprodukcji ideologicznego charakteru prawa jest wyraźnie podkreślana²⁸.

Choć ruch krytycznych studiów nad prawem wydawał się znacznej mierze zamkniętym etapem, w ostatnich latach można obserwować jego nową falę. Nie ma ona już tak bardzo amerykańskiego charakteru i obejmuje prawników z różnych kultur prawnych. Inny jest również kontekst społeczny i polityczny, a więc i szczegółowe problemy, które są przedmiotem jego zainteresowania. Składają się bowiem na niego chociażby kwestie ograniczania praw w związku z zagrożeniem terrorystycznym, odpowiedzialność za kryzys ekonomiczny i rozkład jego ciężarów itp. Jednocześnie założenia i zadania, jakie stawiają sobie autorzy z nim się identyfikujący, pozostaje podobny: krytyczne przemyślenie

²⁷ D. Kennedy, *Form and substance in private law adjudication*, „Harvard Law Review” 1976, no. 89, s. 1685 i n.

²⁸ D. Kennedy, *Legal education and the reproduction of hierarchy*, „Journal of Legal Education” 1982, no. 32, s. 591 i n.

relacji między prawem a polityką. Ta ostatnia jest tu jednak rozumiana szerzej niż w przypadku pierwszej fali CLS, tj. nie tylko jako polityka instytucjonalna, lecz jako wszelkie przejawy władzy, a więc to, co polityczne²⁹.

8. Feministyczna teoria prawa, krytyczna teoria rasowa – walka o uznanie

Ostatnim typem myśli krytycznej obecnym w naukach prawnych, o którym należy tu wspomnieć, są różnego rodzaju wysiłki teoretyczne podejmowane z partykularnych punktów widzenia. Stawiają sobie one za cel emancypację różnych upośledzonych we współczesnych społeczeństwach grup. Wśród nich najbardziej znane są feministyczna teoria prawa (*Feminist Legal Theory*) oraz krytyczna teoria rasowa (*Critical Race Theory*). Charakterystyczne jest, że stanowią one próbę aplikacji myśli krytycznej o szerokim zasięgu do węższych i jednocześnie bardziej związanych z konkretnym kontekstem kulturowym i historycznym. Z tego względu, podejmując próby realizacji interesu emancypacyjnego, wyraźnie wskazują, o emancypację jakiej grupy społecznej chodzi.

Krótko rekonstruując założenia feministycznej teorii prawa, nie należy jej po prostu utożsamiać z feminizmem jako takim. Należy jednak zaznaczyć, że podobnie jak w przypadku tego ostatniego, można mówić o wielości perspektyw w jego ramach. Podstawowy podział, jak się wydaje, przebiega między feminizmem liberalnym, koncentrującym się na formalnym równouprawnieniu, a feminizmem radykalnym, skupionym na usuwaniu kulturowych przejawów dominacji mężczyzn (określanej jako patriarchy). Idąc dalej, można jednak wskazać na jeszcze większe rozdrobnienie w ramach tego nurtu, który łączy kwestie kobiece z problemami mniejszości seksualnych, rasowych czy zagadnieniami ekologicznymi. W każdym przypadku dostrzega się bowiem różnice w występujących w praktyce problemach różnych grup kobiet, jednak zawsze powstają one na tej samej podstawie: jawnej bądź ukrytej dominacji.

Niezależnie od tego, która wersja feminizmu zostanie przyjęta, zagadnienia prawne odgrywają w jego ramach ważną rolę. Dlatego też feministyczną teorię prawa uważa się zazwyczaj za nurt w pewnej mierze odrębny. Polega on na dokonywaniu krytyki poszczególnych instytucji prawnych jako wprost lub w sposób ukryty dyskryminujących. Charakterystycznymi metodami krytyki jest bądź abstrakcyjne analizowanie założeń światopoglądowych, które leżą u podstaw poszczególnych instytucji czy norm prawnych, bądź jego przeciwieństwo – przedstawianie konkretnych przypadków złego stosowania prawa lub postępowania zgodnego z prawem, lecz upośledzającego kobiety w różnych aspektach życia. Przykładowymi obszarami krytyki są sfera gospodarcza (równość płac, dostępność awansów, urlopy macierzyńskie, molestowanie), edukacja

²⁹ Zob. M. Stone, I. Rua Wall, C. Douzinas, *New Critical Legal Thinking. Law and the Political*, New York 2012.

i sport (koedukacja, segregacja w sporcie), polityka (brak reprezentacji, parytety wyborcze), małżeństwo, rodzina i ciało (przerywanie ciąży, rozwody, przemoc domowa i gwałt, opieka nad dziećmi)³⁰.

Z kolei krytyczna teoria rasowa prezentuje podobny sposób myślenia w odniesieniu do relacji między białą większością a kolorowymi mniejszościami w krajach takich jak Stany Zjednoczone, a także w skali globalnej – relacji między państwami Afryki czy Azji a państwami Zachodu. Zakłada ona, że formalne równouprawnienie poszczególnych ras ludzkich nie gwarantuje rzeczywistej równości, w szczególności w sferze gospodarki czy polityki. W krytyce podlega głównie doktryna całkowitej neutralności rasowej w sferze publicznej (*color-blindness*), która – zdaniem zwolenników krytycznej teorii rasowej – prowadzi do osłabienia tożsamości poszczególnych grup. Przynależność do określonej rasy jest bowiem kwestią identyfikacji z określoną kulturą, a nie zagadnieniem biologicznym. Z tego względu ignorowanie wynikającej z przesłanek rasowych różnorodności ostatecznie prowadzi do uznania za jedynie istotny punktu widzenia białych. Tymczasem punkty widzenia poszczególnych mniejszości (*voice of color*), zaledwie od niedawna formalnie równouprawnionych, cechuje potencjał krytyczny, który może wiele wnieść do pojmowania sprawiedliwości społecznej³¹.

Ogólną ramą teoretyczną podsumowującą te wysiłki jest teoria uznania, rozwijająca pojęcie uznania (*Anerkennung*), obecne m.in. już u Hegla. Wśród wielu propozycji teoretycznych w tym zakresie najbardziej popularna wydaje się myśl A. Honnetha, należącego do kolejnego pokolenia szkoły frankfurckiej. Najogólniej rzecz biorąc, podkreśla ona, że współczesny poziom uspołecznienia wymaga bardziej skomplikowanych mechanizmów integracji społeczeństwa niż np. w epoce konfliktu klasowego. Mechanizmem takim jest właśnie uznanie, które należy rozumieć jako zawierające zarówno elementy kognitywne (rozpoznanie tożsamości innych osób), jak i wartościujące (ich pozytywnej akceptacji). Z normatywnego punktu widzenia uznanie powinno prowadzić do indywidualizacji, a więc coraz większego zakresu tożsamości społecznie uznawanych, jak również do inkluzji, czyli objęcia możliwością niezakłóconego kształtowania własnej tożsamości coraz większej części społeczeństwa.

Na gruncie tego ujęcia istnieją trzy typy uznania: miłość opierająca się na emocjonalnej trosce o drugą osobę i dająca poczucie wyjątkowości własnej osoby, uznanie prawne opierające się na kognitywnym szacunku i gwarantujące równość oraz estyma opierająca się na solidarności jednostek i dająca poczucie wyróżnienia³². Dla myśli krytycznej w naukach prawnych oczywiście kluczowe

³⁰ Zob. N. Levit, R. R. M. Verchick, *Feminist Legal Theory. A Primer*, New York–London 2006.

³¹ R. Delgado, J. Stefancic, *Critical Race Theory: An Introduction*, New York–London 2001, s. 6 i n. Zob. też: K. W. Crenshaw, *Twenty years of critical race theory: Looking back to move forward*, „Connecticut Law Review” 2011, no. 5, s. 1315 i n.

³² A. Modrzyk, *Pomiędzy normatywizmem a realizmem. Od teorii uznania Axela Honnetha do radykalnie refleksyjnej krytyki społecznej*, Kraków 2013, s. 47–52.

jest uznanie prawne. Polega ono na rozpoznaniu różnych tożsamości poszczególnych grup społecznych i uwzględnienie ich w prawie. Jest to jednocześnie celem wysiłków poszczególnych partykularnych perspektyw krytycznych. Jednak propozycje odnoszące się do poszczególnych gałęzi prawa budowane w ten sposób nie są wolne od kontrowersji. Charakterystycznym przykładem w tym zakresie są spory wokół tzw. *cultural defense* w prawie karnym³³.

9. Podsumowanie

Przedstawione wyżej typy myśli krytycznej jedynie w pewnej mierze stanowią jej ewolucję. Choć wzajemnie do siebie nawiązują oraz często stanowią odpowiedź na słabości jej poprzednich wersji, to nie można sformułować konkluzji, że dochodzi między nimi do zastępowania jednej przez drugą, a więc że jakiś typ myśli krytycznej uczynił poprzednie zbędnymi. Można natomiast powiedzieć, że dzieje myśli krytycznej – również jej słabości i upadki – tworzą pewną tradycję hermeneutyczną, co od teoretyka wymaga znajomości całego jej dorobku. Znajomość ta pozwala konfrontować ze sobą poszczególne perspektywy i budować dyskurs zwrotnie krytyczny, a więc jest ona jednocześnie miarą refleksyjności myśli krytycznej.

³³ Zob. B. Wojciechowski, *Interkulturowe prawo karne. Filozoficzne podstawy karania w wielokulturowych społeczeństwach demokratycznych*, Toruń 2009. Por. M. Dudek, *Czy każda kultura zasługuje na obronę? Kilka wątpliwości dotyczących cultural defence i prawa karnego w dobie multikulturalizmu*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2011, nr 2, s. 47 i n.

Adam Dyrda

Momosa pragmatyzm prawny: rzeczywiste granice teorii, rozsądne granice krytyki¹

1. Wprowadzenie

O popularności pragmatyzmu prawnego (*legal pragmatism*) świadczy wiele czynników. Jednym z nich jest oczywista statystyka. Artykuł *The path of the law* O. W. Holmesa², uważany za tekst kanoniczny tego nurtu, jest obecnie trzecim najczęściej cytowanym w historii anglojęzycznym artykułem prawniczym (zgodnie z HeinOnline, dane z czerwca 2012 r.)³. Jednakże wiele spośród istniejących odniesień do pragmatyzmu prawnego ma charakter przede wszystkim krytyczny. W tym krótkim opracowaniu chciałbym zaledwie zwrócić uwagę na wartość pewnych typów krytyki pod adresem pragmatyzmu prawnego. Skupię się na tych, które cieszą się największą popularnością, aby wskazać, że krytyki te zwyczajnie chybają celu, gdyż przypisują pragmatyzmowi cechy, których nie posiada, albo ganią go za błędy, których ten nigdy nie popełnił. Z kolei głównym powodem napisania tego artykułu jest (być może zupełnie subiektywne) spostrzeżenie autora, że od czasu do czasu jakiś złośliwy Momos wstępuje w niektórych teoretyków prawa i sprawia, że szukają oni pod byle pretekstem usterek, szukają niepotrzebnie dziury w całym⁴.

¹ Za krytyczne uwagi do tego artykułu uprzejmie dziękuję B. Janikowi.

² O. W. Holmes, *The path of the law*, „Harvard Law Review” 1897, vol. 10, no. 8.

³ F. R. Shapiro, M. Pearse, *The most cited law review articles of all time*, „Michigan Law Review” 2012, vol. 110, s. 1483–1520.

⁴ *Notabene* W. James pisze w *Pragmatyzmie* w następujący sposób o rozwijanej przez siebie metodzie filozoficznej: „Punktem, na który chciałbym zwrócić specjalnie waszą uwagę, jest rola dawnych prawd; niezdolność wytłumaczenia ich stanowi źródło bardzo wielu niesprawiedliwych zarzutów przeciwko pragmatyzmowi. Wpływ ich jest bezwzględnie przemożny. Lojalność względem nich stanowi pierwszą, najczęściej jedyną zasadę; gdyż najbardziej rozpowszechniony sposób traktowania zjawisk tak nowych, że wymagają poważnego przeobrażenia naszych postulatów, polega bądź na zupełnym ich ignorowaniu, bądź na wymyślaniu tym, którzy świadczą o nich” (W. James, *Pragmatyzm*, Warszawa 1911, s. 34–35). To stwierdzenie Jamesa niech zostanie uznane za motto niniejszego tekstu.

Niniejszy tekst składa się z dwóch zasadniczych części. W pierwszej dokonuję krótkiej charakterystyki pragmatyzmu prawnego jako kierunku teoretycznoprawnego. W drugiej wskazuję krótko na podstawowe zarzuty, jakie są wysuwane pod adresem pragmatyzmu prawnego, aby wykazać, że przynajmniej niektóre z tych zarzutów są oparte na nieporozumieniu. Przy tym ostatnim zadaniu posłużę się taktyką, przy pomocy której w jednym ze swoich ostatnich artykułów T. Gizbert-Studnicki wykazał bezzasadność zarzutów wobec współczesnego pozytywizmu prawniczego⁵. Taktyka ta znajdzie doskonałe zastosowanie także w naszych rozważaniach. Jej zasadniczą zaletą jest to, że pozwala ujawnić cechy swoiste danej teorii na zasadzie kontrastu, tj. przez pryzmat zniekształceń dokonywanych przez nieprzychylnych krytyków (tzn. takich, którzy budują własny obraz danej teorii – w naszym wypadku pragmatyzmu prawnego – nie stosując [albo wręcz wprost ją negując] podstawowej zasady krytyki, jaką jest tzw. *principle of charity*⁶). W drodze strukturalnej analogii do przywołanego tekstu T. Gizberta-Studnickiego, w którym za nieporozumienie uznaje się traktowanie pozytywizmu prawniczego jako teorii zajmującej się wyłącznie prawem pozytywnym przy zastosowaniu metody formalno-dogmatycznej (a więc skupiającej się wyłącznie na prymitywnych metodach interpretacji historycznych działań instytucji prawodawczych), w tym tekście zajmę się pragmatyzmem prawnym jako teorią posądzaną o coś dokładnie przeciwnego – a mianowicie oskarżaną o to, że nie bacząc na logiczną spójność doktryny prawniczej, pozwala sędziom stosować dowolne środki prospektywnie (*pro futuro*) w imię abstrakcyjnie określonego celu, jakim jest dobrobyt społeczny. *Notabene*, gdyby traktować pozytywizm i pragmatyzm wyłącznie tak, jak życzą sobie tego jego krytycy, trudno byłoby między tymi teoriami znaleźć jakiegokolwiek punkty wspólne, gdyż pozytywizm byłby „teorią przeszłości”, a pragmatyzm „teorią przyszłości”. Tymczasem coraz częściej pojawiają się argumenty, że obie te teorie, nawet jeśli nie mają ze sobą wiele wspólnego, to przynajmniej nie pozostają w konflikcie, jeśli interpretować je życzliwie. Wróć do tego wątku w podsumowaniu.

2. Pragmatyzm filozoficzny i prawny

Nie sposób w tak krótkim tekście przedstawić podstaw ruchu intelektualnego tak obszernego, jak pragmatyzm filozoficzny. Zamiast tego ograniczę się do wskazania kilku cech charakterystycznych filozofii pragmatyzmu, aby w dalszej kolejności scharakteryzować, równie ogólnie, kierunek zwany pragmatyzmem prawnym⁷.

⁵ T. Gizbert-Studnicki, *Pozytywistyczny park jurajski*, „Forum Prawnicze” 2013, nr 1 (15), s. 50–60.

⁶ Zgodnie z zasadą życzliwości daną teorię można poddać krytyce dopiero po dokonaniu możliwie najsilniejszej (najżyczliwszej) wykładni tej teorii. W przeciwnym wypadku istnieje poważne podejrzenie, że krytyka nie jest adekwatna, stanowiąc przez to raczej formę „krytykanctwa”.

⁷ Dokładniejszą charakterystykę pragmatyzmu filozoficznego znajdzie Czytelnik w: T. Szubka, *Neopragmatyzm*, Toruń 2012.

Podstawowe założenia filozoficzne pragmatyzmu można scharakteryzować następująco. Prawdę powiedziawszy, nieco paradoksalnie, pragmatyzm nie stanowi (i nie stanowił od samych swych początków) niczego nowego⁸. Pragmatyści zakładają ściśle powiązanie twierdzeń filozoficznych (charakteryzujących się zawsze pewnym stopniem ogólności lub abstrakcyjności) z doświadczeniem i osiągnięciami nauk szczegółowych. Założenie to jest wymierzone przeciw przesadnym, przeintelektualizowanym i abstrakcyjnym koncepcjom metafizycznym. Twierdzi się tutaj, że rozdział praktyki i teorii – wbrew temu, co pisze np. J. M. Bocheński – jest w istocie „szkodliwym zabobonem”⁹ i że „czysta”, „abstrakcyjna”, oderwana od praktyki teoria nie ma sensu. W związku z porzuceniem możliwości przeprowadzenia linii granicznej między praktyką i teorią pozostaje także wiele innych założeń przyjmowanych przez myślicieli o pragmatycznym temperamencie: odrzucenie odróżnienia prawd *a priori* (transcendentalnych, nadrzędnych) oraz *a posteriori* (obserwacyjnych); a także odrzucenie absolutystycznej i zupełnej wizji rzeczywistości (W. James nazywa taki pogląd odkrywający gotową, statyczną i patrzącą jedynie w przeszłość teorię „racjonalizmem”) na rzecz idei, że rzeczywistość podlega ciągłemu stwarzaniu („reality [...] is still in the making”). To oznacza, że pragmatyzm w kontekście teoriopoznawczym stanowi wersję umiarkowanego sceptycyzmu (C. S. Peirce zarezerwował dla teoriopoznawczego pragmatyzmu nazwę „fallibilizm”). F. Schiller w swym wykładzie pt. *Określenie pragmatyzmu i humanizmu* z 1905 r. wskazał (podobnie jak W. James w *Pragmatyzmie*) na to, że wszelkie nowsze odmiany pragmatyzmu opierają się na swoistym zastosowaniu maksymy sformułowanej przez C. S. Peirce’a dla wyjaśniania znaczenia pojęć (tzw. „maksymy pragmatycznej” albo „zasady Peirce’a”¹⁰): „skoro twierdzenie jakieś rości pretensję do prawdziwości, jego następstwa powinny zawsze posłużyć do stwierdzenia zasadniczości tego roszczenia”, czyli że „o prawdziwości czyli wartości realnej twierdzenia decyduje to, co wynika z jego prawdziwości dla jakiegoś interesu ludzkiego, szczególnie zaś dla tego, do którego zostaje ono w bezpośrednim stosunku”. Jednak poprzestanie na wzmiankach F. Schillera w tej kwestii mogłoby stanowić nadinterpretację, jeśli nie oddać głosu samemu C. S. Peirce’owi, który pisał w następujący sposób:

rozważmy, jakie to skutki, o których da się pomyśleć, że mają praktyczny wymiar, wiążemy myślowo z przedmiotem naszej koncepcji. Nasza koncepcja tych skutków jest zatem całą naszą koncepcją tego przedmiotu¹¹.

⁸ Nie bez powodu podtytuł zbioru wykładów W. Jamesa brzmi: *Nowa nazwa dla niektórych dawnych sposobów myślenia*.

⁹ J. M. I. Bocheński, *Sto zabobonów*, Kraków 1994, s. 127–128.

¹⁰ W. M. Kozłowski, *Wstęp*, [w:] W. James, *Pragmatyzm*, s. XIX.

¹¹ Cyt. za: T. Szubka, *op. cit.*, s. 14.

Przyjęcie tej zasady pozwala określić prawdziwość jako coś, co ma „wyniki”, czyli następstwa (a prawda bez „wyników” jest nonsensowna)¹² dla **kogoś** i do **czegoś** (a więc w pewnym stopniu zrelatywizowana podmiotowo i przedmiotowo), mające „praktyczne lub dobre” znaczenie. W efekcie na gruncie tej zasady możliwa jest eliminacja teorii, które nie wiążą się z żadnymi wynikami w ogóle (spekulacje metafizyczne), a także możliwość identyfikacji ze sobą z pozoru różnych i odmiennie nazwanych teorii, gdy prowadzą one do jednakowych skutków (bo wtedy jedyna między teoriami różnica ma charakter czysto słowny). Niemniej, maksyma pragmatyczna wskazuje nam, że pragmatyzm stanowi rodzaj filozoficznej metody (a nie – doktryny!), która może zostać pogodzona z różnymi teoriami metafizycznymi pod warunkiem, że spełniają one pewne warunki minimalne.

Zasadniczo można wskazać hasłowo na następujące cechy pragmatyzmu: (a) odrzucenie absolutyzmu; (b) radykalny empiryzm; (c) instrumentalizm; (d) ewolucyjny wzrost wiedzy¹³. Na znaczenie (a) i (b) wskazałem już wyżej. Z kolei (c) oznacza, że prawdziwość przekonań ma instrumentalne znaczenie dla naszego życia. W. James wskazuje zresztą: „truth is whatever proves itself to be good in the way of belief”, dodając, że jest to „an affair of leading”¹⁴. Prawda (bądź „prawdziwość przekonań”) stanowi środek (instrument) do osiągnięcia przez ludzi pożądanych przez nich celów, (które nigdy nie są określone z góry). Termin „instrumentalizm” pochodzi od J. Deweya, który wskazywał, że prawdziwe idee to takie, które działają w satysfakcjonujący sposób (*work satisfactorily*) i prowadzą do dobrych konsekwencji (*good consequences*)¹⁵. Pozostaje to w ścisłym związku z maksymą Pierce’a, jakkolwiek głębiej objaśnia jej sens, zważywszy na to, że pojęcie „satysfakcji” i „dobrych konsekwencji” nie ma znaczenia jedynie subiektywnego, osobistego, materialnego bądź emotywnego. Raczej chodzi tutaj o „satysfakcję intelektualną”, dobre konsekwencje jako zgodność interakcji przekonań (stwierzeń) ze zjawiskami w obrębie życia eksperymentalnego. Stwierdzenia są prawdziwe w stopniu, w jakim spełniają (*satisfy*) nasz żywotny interes w posiadaniu takiej koncepcji rzeczywistości, która pozwala gromadzić różne przekonania – do siebie dopasowane, względem siebie spójne, logicznie konsystentne¹⁶. Stąd wniosek, że metoda pragmatyczna w swym pierwotnym sformułowaniu dotyczy rozjaśniania sensu nie wszystkich pojęć, a jedynie „pojęć intelektualnych”, tzn. takich, które występują w argumentach dotyczących faktów

¹² W. M. Kozłowski, *Wstęp*, s. XIX.

¹³ Por. D. Lind, *The mismeasurement of legal pragmatism*, „Washington University Jurisprudence Review” 2012, vol. 4, no. 2, s. 224 i n.

¹⁴ Ibidem, s. 231.

¹⁵ J. Dewey, *Essays in experimental logic*, [w:] L. A. Hickman, T. M. Alexander (eds), *The Essential Dewey*, vol. 2: *Ethics, Logic, Psychology*, Bloomington 1998, s. 90.

¹⁶ D. Lind, *op. cit.*, s. 232.

obiektywnych¹⁷. Tworzenie siatek pojęciowych i przeprowadzanie racjonalnych badań ma znaczenie praktyczne, bowiem pozwala lepiej radzić sobie z rzeczywistością, do której opisania i zrozumienia służy. W tym sensie prawdziwe przekonania stanowią instrument do manipulowania otoczeniem.

Ostatnie ze wskazanych cech, ewolucyjny wzrost wiedzy (d), łączy się z założeniem o tym, że „świat ciągle jest stwarzany”, a każda prawda ma prowizoryczny charakter, będąc przedmiotem weryfikacji, falsyfikacji lub zmiany (fallibilizm). Zakłada się przy tym, że z poznawczego punktu widzenia wszyscy jesteśmy konserwatystami. Stawiając czoła nowym faktom, zdobywając nowe przekonania, staramy się z dotychczasowego zbioru naszych przekonań utrzymać jak najwięcej. Pojęcia i idee nigdy nie są ustalone raz na zawsze, lecz są dynamiczne, przeobrażają się, stanowiąc ewoluujące interpretacje życia.

W rozmaity sposób interpretowano podstawowe idee pragmatyzmu. Przykładowo, W. James starał się poszerzyć działanie metody Peirce'a i zastosować ją do rozstrzygania wszelkich sporów filozoficznych. Dodatkowo, liczne, lecz wyrwane z kontekstu stwierdzenia W. Jamesa, że metoda ta wiąże się ściśle z pojęciem prawdy, która „jest tylko środkiem w naszym sposobie myślenia, tak jak słusność jest środkiem w naszym sposobie zachowania się”¹⁸ albo, że „prawdziwe są te idee, które potrafimy przyswoić, uprawomocnić, potwierdzić i zweryfikować”, sugerują zdaniem niektórych, że mamy tu do czynienia z prostą formą empiryzmu i weryfikacjonizmu, bądź też z nieuprawnionym utożsamieniem prawdy z użytecznością¹⁹. Tymczasem W. James nie odrzuca bezwzględnie prostej, realistycznej (korespondencyjnej) teorii prawdy, a jego przykłady pokazują jedynie, że stosowanie pojęcia „prawda” i „prawdziwość” wykracza poza takie proste użycie, a zatem świadczą na rzecz tezy, że pomimo pewnych jej zalet, nie należy przeceniać doniosłości tego typu koncepcji. Jak wskazuje C. Hookway, kluczem do właściwej interpretacji jest należyte zrozumienie pojęcia „zgadzania się przekonań z rzeczywistością”. Okazuje się, że należy przypisać W. Jamesowi pogląd, że

przekonanie zgadza się z rzeczywistością wówczas, gdy pozwala nam wejść w zadowalające relacje z naszym doświadczeniem; gdy pozwala usunąć anomalie, z którymi borykają się nasze istniejące przekonania i rozwiązać konkretne problemy życiowe²⁰.

Dopasowanie nowych przekonań do ich istniejącego całokształtu (*fitting of beliefs*) ma tutaj kluczowe znaczenie.

¹⁷ T. Szubka, *op. cit.*, s. 15.

¹⁸ W. James, *Pragmatyzm*, s. 123.

¹⁹ T. Szubka, *op. cit.*, s. 18.

²⁰ C. Hookway, *William James "Pragmatism: A New Name for Some Old Ways of Thinking"*, [w:] J. Shand (ed.), *Central Works of Philosophy*, vol. 4: *The Twentieth Century: Moore to Popper*, Acumen-Chesham 2006, s. 64, cyt. za: T. Szubka, *op. cit.*, s. 18.

Wskazałem wyżej ogólnie na podstawowe tezy klasycznego pragmatyzmu, które rozwijali tacy filozofowie jak C. S. Peirce, W. James, F. Schiller, G. H. Mead. W nawiązaniu do nich swoje poglądy kształtowali kluczowi amerykańscy myśliciele pierwszej połowy XX w., tacy jak O. W. Holmes, T. Veblen, J. Dewey, J. H. Robinson. Poglądy tradycyjnych pragmatystów stanowią z kolei inspirację dla rozwoju neopragmatyzmu, kierunku o szczególnie analitycznym charakterze (jego przedstawiciele to m.in. W. V. Quine, S. Hook, M. G. White, R. Rorty, H. Putnam, R. Brandom), którzy inspirują myślicieli w różnych dziedzinach także dzisiaj²¹.

Czym jest natomiast pragmatyzm prawny, którym się teraz zajmę? W największym uproszczeniu można określić go jako szeroki ruch, w ramach którego podstawowe idee pragmatyzmu są stosowane w kontekście prawoznawstwa. Podobnie jak pragmatyzm filozoficzny miał swoją genezę w sprzeciwie wobec wybujałej metafizyki, tak pragmatyzm prawny stanowi sprzeciw wobec klasycznej wizji prawoznawstwa, zgodnie z którą fakty prawotwórcze i metody interpretacji (głównie analiza precedensu w stylu C. C. Langdella, tzw. *casebook method* oraz argument z analogii) mają charakter uniwersalny. Pragmatyści prawni uznają, że dokonując analiz prawnych, należy uwzględnić znacznie szerszy zakres danych i czynników, aby zrozumieć prawo jako instytucję działającą w szerokim kontekście społecznym. Argumenty filozoficznego pragmatyzmu przeciwko wszelkim racjonalizatorskim i uniwersalizującym tendencjom w nauce są przez pragmatystów prawnych stosowane wprost. W szczególności argumentują oni przeciwko wyłącznemu stosowaniu metod dedukcyjnych w prawoznawstwie. „Zły człowiek” (*bad man*) O. W. Holmesa „ni w ząb nie troszczy się o dedukcję i aksjomaty, lecz chce po prostu wiedzieć, co sądy stanu Massachusetts robić będą”²². Co więcej, prawo nie stanowi, jak wyobrażają to sobie uniwersalne teorie, „jakiegoś transcendentnego majaka na niebie” (*brooding omnipresence in the sky*)²³, lecz ma przede wszystkim praktyczne znaczenie, a zadaniem jurysty-pragmatysty jest wskazanie czynników, które wpływają nie tylko praktycznie na proces podejmowania decyzji, lecz także, pozostając z tym w ścisłym związku, wskazują, dlaczego prawo stwarza „praktyczną różnicę” w rozumowaniach podmiotów. Te dwie ostatnie kwestie pokazują, że dzisiaj trudno uprawiać teorię prawa bez przynajmniej ogólnej znajomości myśli pragmatycznej. W tym sensie następujące stwierdzenie B. Cardozo, autora pierwszej dopracowanej (wzorcowej!) koncepcji pragmatyzmu na gruncie prawnym, pozostaje aktualne:

²¹ Patrz: T. Szubka, *op. cit.*, passim.

²² Por. O. W. Holmes, *op. cit.*, passim.

²³ Dwa popularne epigramy Holmesa brzmią: „The life of the law has not been logic; it has been experience” oraz „The common law is not a brooding omnipresence in the sky”. Ten ostatni pochodzi z jego zdania odrębnego do wyroku w sprawie *Southern Pacific Company przeciwko Jensen*, 244 U.S. 205, 222 (1917).

„[pragmatism is] profoundly affecting the development of juristic thought”²⁴. Krótka charakterystyka podejścia B. Cardozo pozwoli uchwycić główne cechy pragmatyzmu prawnego.

Przed wszystkim, zdaniem sędziego Cardozo, reguły prawne nie posiadają statusu absolutnego (nie są, jak wskazywał powoływany przez niego M. Smith, „dojrzałymi owocami gotowymi do zebrania z [prawnego] drzewa” – [*final truths*] *full-blossomed from the trees*), a zamiast tego stanowią, jak określa to za J. Deweyem, swoiste „hipotezy robocze” (*working hypotheses*)²⁵. Model dedukcyjny stosowania prawa zostaje wprost odrzucony na rzecz modelu indukcyjnego, a proces podejmowania decyzji przez sędziego polega na „ciągłym wydobywaniu organicznie zespolonych reguł i zasad w toku pragmatycznego procesu decydowania sprawa-po-sprawie (*pragmatic process of case-by-case decision-making*)”²⁶. Przeprowadzenie tego procesu wymaga od sędziego nie tylko doświadczenia, lecz także myślenia eksperymentalnego (*experimental mindset*). Każda kolejna sprawa stanowi nowy eksperyment, podejmowany w kontekście szczególnych okoliczności, gdzie istniejące hipotezy prawne są testowane i ponownie rozważane. Stąd „podstawy prawa”, określane jednoznacznie i uniwersalnie przez racjonalistycznych teoretyków prawa (w ich „wielkich laboratoriach prawnych”), są *de facto* przedmiotem ciągłego testu i mogą być poddane zmianom. Ogólnym testem dla akceptacji i zastosowania określonych zasad prawnych jest spójne i wydajne oddziaływanie na rzecz dobrobytu społecznego. Z kolei te zasady, które nie działają (*do not work well*), albo wręcz stwarzają niesprawiedliwość (*work injustice*), są ponownie rozważone i w końcu – odrzucone²⁷. W tym miejscu fallibilistyczne założenia pragmatyzmu filozoficznego – dopasowanie do systemu istniejących i spełniających swoją rolę, konserwatywnie zachowywanych przekonań (którymi w przypadku pragmatyzmu prawnego są względy tradycji i twierdzenia dopuszczalne w granicach systemu prawa) – sprawdzają się. System prawa to powiązana organicznie całość, oparta na tradycji i historii, które wyznaczają granice dopuszczalnych argumentów. Jednakże te, jak je określa B. Cardozo, *interstices*, wyznaczają jedynie „ściany prawnego laboratorium”, obowiązują w ramach – jak byśmy dzisiaj powiedzieli – obowiązującego paradygmatu uprawiania nauki i powiązanego z tym sposobu testowania hipotez roboczych. Ściany laboratorium wyznaczają przestrzeń sędziowskiego działania, czyli dyskrekcji, choć w większości prostych (oczywistych) przypadków prawo bardzo wąsko zakreśla przestrzeń swobody. Niektóre przypadki prawne wymagają jednak wyjścia na przeciw nowym okolicznościom i sprawdzenia w nich dotychczas akceptowanych hipotez. Ten twórczy element sądenia (*creative element of judging*) odgrywa

²⁴ Cyt. za: D. Lind, *op. cit.*, s. 252.

²⁵ B. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven 1921, s. 103.

²⁶ D. Lind, *op. cit.*, s. 253.

²⁷ Por. *ibidem*.

podstawową rolę, o ile funkcją – co jest wyrazem charakterystycznego dla pragmatystów funkcjonalizmu – którą ma spełniać sędzia, jest dążenie do wydania decyzji zgodnej z fundamentalnym interesem społecznym, utożsamianym z pojęciami „sprawiedliwości społecznej” i „dobrobytu społecznego”²⁸. Niemniej, ten twórczy element pojawia się tylko w wyraźnie określonych sytuacjach dla praktyki prawniczej, tzn. takich, w których instytucje sądowe muszą rozważyć przypadki wysoce kłopotliwe, w których odwołanie się do wielu kontekstualnych czynników społecznych, poza logiką, tradycją czy historią, może mieć znaczenie dla wydania decyzji (kontekstualizm).

W wyżej opisanym sensie pragmatyzm prawny B. Cardozo odwołuje się do pojęcia „skutków” czy „konsekwencji” (*consequences*) decyzji. Skutki te są, z punktu widzenia dobrze skonstruowanej decyzji, tożsame z realizacją pożądanых społecznie wartości lub celów. Niemniej, sama metoda pragmatyczna, uwidaczniająca się w dążeniu do ograniczenia zakresu dyskrekcji sędziowskiej przy pomocy wymogu rozważenia wartości społecznych i dostosowania decyzji do zmieniających się potrzeb społecznych, nie ma nic wspólnego z realizacją jakiegokolwiek z góry określonego standardu celowościowego (wtedy byłaby to zresztą teoria substancjalna, a nie jedynie metoda). Co więcej, chociaż społeczna wartość danej reguły prawnej uzasadnia jej zastosowanie, to nie należy, przed czym przestrzegali B. Cardozo, redukować rozumowania sędziego do krótkofalowych, subiektywnie postrzeganych korzyści bądź oczekiwań nastąpienia takich skutków. Stwierdził on wprost: „I do not mean [...] that judges are commissioned to set aside existing rules at pleasure in favor of any other set of rules which they may hold to be expedient or wise”²⁹. Orzekanie nie może być kwestią kaprysu! Decyzja o twórczym charakterze może się pojawić jedynie w sytuacji luk w prawie bądź nieokreśloności (*indeterminacy*), lecz zawsze w granicach wyznaczonych przez istniejące „laboratorium prawne” i panujący w nim „paradygmat”. W tak określonych granicach sędzia jest rzeczywiście wolny, lecz – jeśli rozważyć tę kwestię w najwyższej ogólności – jego wolność nie ma charakteru absolutnego. Ta idea B. Cardozo, charakterystyczna dla myślenia pragmatycznego w ogóle, pojawia się dzisiaj także w rozważaniach wielu innych teoretyków prawa, pod różnymi postaciami. Przykładowo, podobny sposób myślenia stoi u podstaw idei A. Marmorę, że reguły prawne wraz z właściwą im normatywnością są współokreślane (*underdetermined*) przez głębsze konwencje właściwe dla danej kultury. Wydaje się także, że omawiana przez J. Wróblewskiego idea „sądów systemowo zrelatywizowanych” pozostaje w ścisłym związku z pragmatycznym założeniem o ograniczeniu obowiązywania pewnych sądów względem pewnych kryteriów (jakkolwiek kryteria pragmatyczne są szeroko i jedynie

²⁸ B. Cardozo pisał: „[judges] shape [their] judgment in obedience to the fundamental interest of society” (B. Cardozo, *op. cit.*, s. 140).

²⁹ *Ibidem*, s. 66–67; por. D. Lind, *op. cit.*, s. 257.

formalnie zakrojone). Co więcej, związek z doktryną tzw. „władzy ukierunkowanej” (*directed power*), którą postuluje np. J. Raz, jest nadto oczywisty. W wersji zaproponowanej przez B. Cardozo ograniczenia te (o charakterze logicznym, zwyczajowym, tradycyjnym, historycznym, społecznym, sprawiedliwościowym) zostają zrozumiane przez sędziego poprzez zdobywane przez niego doświadczenia. W tym ujęciu sędzia nie skupia się na prostych, możliwych do skalkulowania i osiągnięcia, krótkoterminowych profitach, ale stara się wydać decyzję w oparciu o najlepsze możliwe rozumienie tego, co jest w interesie społecznym. Skutki, o jakie tutaj chodzi, to nie (a przynajmniej nie w pierwszym rzędzie) rzeczywiste i bezpośrednie skutki decyzji sędziego. Skutki decyzji sędziego są natomiast oceniane z perspektywy ich zgodności z całokształtem wcześniej akceptowanych przekonań, co ma gwarantować jednolitość i bezstronność prawa (chodzi o dopasowanie przekonań – *fitting of beliefs*, jak to określał James)³⁰.

Ta krótka charakterystyka pragmatyzmu B. Cardozo ukazuje, jak głęboko powiązany jest jego pragmatyzm prawny z pragmatyzmem filozoficznym. Stanowi on wyraz anty-absolutyzmu, empiryzmu, instrumentalizmu i fallibilizmu, związanego z przekonaniem o ewolucyjnym rozwoju wiedzy prawnej. Te cechy określają metodę pragmatyczną, która nie odwołuje się do prostych do przewidzenia konsekwencji decyzji, lecz ma przede wszystkim znaczenie teorio-poznawcze. Pozwala w jasny sposób wykluczyć z procesu podejmowania decyzji te racje i argumenty, których konsekwencje nie mogłyby zostać uznane w świetle zbioru utrwalonych standardów oceny (hipotez roboczych). Zmiana paradygmatu, jakkolwiek możliwa, jest w takich okolicznościach bardzo trudna, wymaga bowiem odrzucenia znacznej liczby takich hipotez. Ostatecznym, lecz bardzo ogólnikowym celem działania sędziego, jest osiągnięcie ideału sprawiedliwości społecznej. W trudnych przypadkach musi on abstrahować od konkretnych argumentów i wznieść się na poziom ogólności pozwalający rozwiązać te wątpliwości w zgodzie z tak zakreślonym celem. Zdolność sędziego do wykonania tego zadania będzie zależeć od jego doświadczenia. Niemniej, sędzia nie odwołuje się tutaj do konsekwencji czy celów jednoznacznie określonych – raczej odwołanie do nich ma charakter podobny, jak w imperatywie kategorycznym I. Kanta i przez to również „formalne” znaczenie. Każda kolejna decyzja sędziowska stanowi pozytywną weryfikację istniejących hipotez, w przeciwnym razie byłaby nie do przyjęcia, albo wręcz niezrozumiała ze społeczno-kulturowego punktu widzenia. Z kolei krótkoterminowe cele-konsekwencje mają znaczenie, pod warunkiem wszakże, iż takie znaczenie jest zgodne z interesem społecznym.

Podsumowując powyższe rozważania, warto wskazać, że takie przedstawienie pragmatyzmu prawnego, pozostające w zgodzie z jego filozoficznym rodowodem, sprawia, iż pragmatyzm prawny nie jest pełnoprawną teorią prawa

³⁰ D. Lind, *op. cit.*, s. 258 i n.

(*full-fledged theory of law*) w sensie, jaki temu terminowi przypisują współczesne teorie analityczne. Nie stanowi on bowiem w żadnym razie teorii, która dąży do odkrycia „istoty”, „esencji” czy „natury” prawa, więc tym bardziej nie stanowi on spójnej teorii, która dąży do przedstawienia³¹ pojęcia prawa (*the concept of law*). Ta kwestia jest bardzo istotna, ponieważ większość klasycznych zarzutów wobec pragmatyzmu prawnego (którego jedną z wersji są rozmaite postacie amerykańskiego realizmu prawnego), np. te sformułowane przez H. L. A. Harta w *Pojęciu prawa*³² i przez podążających jego tropem pozytywistów, oparte są na założeniu, że pragmatyści (jak O. W. Holmes Jr czy B. Cardozo) dążyli do przedstawienia jakiejś teorii dotyczącej pojęcia prawa. Na ten błąd, generujący niepotrzebnie liczne, zupełnie nietrafione zarzuty, wskazał już przed laty M. G. White, broniąc O. W. Holmesa tymi słowami:

Whether those who hold that statutes, reports, and treatises themselves constitute the law have more than a trivial verbal quarrel with Holmes is a nice question. It is customary to construe the debate between legal realists and their more traditional opponents as one between rival definitions of “the same concept”, between competing attempts to arrive at the “essence of law”, but this is a doubtful construal of the controversy³³.

Pragmatyzm nie zmierza do przedstawienia żadnej uniwersalnej koncepcji prawa, jakiej poszukują przedstawiciele tzw. *general jurisprudence*. Jego ambicje są znacznie bardziej praktyczne, a twierdzenia znacznie bardziej płytkie. Niemniej, właśnie jako takie czasami mogą stanowić jego największy atut, a minimalistyczny program, ograniczający się do metody, pozwala pogodzić go, przynajmniej w pewnym zakresie, z teoriami, które mają znacznie szersze ambicje.

3. Zarzuty

Spośród wielu oskarżeń pod adresem pragmatyzmu prawnego³⁴ wskazać można przykładowo na następujące: pragmatyzm prawny to „anty-teoretyczna” (P. S. Atiyah)³⁵ i „sceptyczna jurysprudencja” (*sceptical jurisprudence* – R. Dworkin)³⁶, która dewastuje mozolnie wypracowywane przez teoretyków

³¹ W jakim zakresie to „przedstawienie” stanowi rezultat procesu opisu, a w jakim opiera się na twórczych bądź wartościujących rozstrzygnięciach badacza – jest kwestią otwartą i dyskusyjną. Dość powiedzieć, że ten problem stoi u podstaw wielu kluczowych podziałów teoretycznych we współczesnej analitycznej filozofii prawa.

³² H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 3rd Edition, Oxford 2013, s. 136–147.

³³ M. G. White, *Social Thought in America. The Revolt Against Formalism*, Oxford 1976, s. 62–63.

³⁴ Dokładniejsze wyliczenie zarzutów pod adresem pragmatyzmu prawnego znajdzie Czytelnik w: D. Lind, *op. cit.*, s. 213–268.

³⁵ P. S. Atiyah, *Pragmatism and Theory in English Law*, London 1987.

³⁶ R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge–London 1986, s. 95, 151, 160.

prawa struktury rozumowań prawniczych (R. Dworkin³⁷, B. Tamanaha³⁸) i nie opiera się na żadnej głębszej teorii filozoficznej, będąc otwartą na manipulacje i instrumentalne użycie względem dowolnych celów. Jednym z najpoważniejszych zarzutów pod adresem pragmatyzmu prawnego jest sformułowana przez D. Lubana teza, że stanowi on oportunistyczny, zorientowany jedynie na rezultaty (*result-orientated*) punkt widzenia, który nastawiony jest na dobrobyt społeczeństwa, a nie na „spójność i czystość” prawa³⁹. W podobny sposób argumentuje R. Dworkin, dla którego pragmatyzm prawny stanowi takie podejście do orzekania, zgodnie z którym sędzia powinien zawsze decydować w oparciu o przesłanki prospektywne, zakładając swoisty konsekwencjonalizm⁴⁰. Spośród wskazanych zarzutów to właśnie zarzut konsekwencjonalizmu, wyłącznego ukierunkowania się na rezultaty, stanowi argument najpoważniejszy⁴¹.

Czym jest w takim razie „myślenie zorientowane na rezultaty” (*result-oriented thinking*)? Tego typu myślenie zmierza do wydania sądu dotyczącego tego, czy dany sposób działania prowadzi do skutków (konsekwencji), które spełniają (bądź nie) pewne z góry określone i niezależne od samego działania kryteria oceny tego działania. Sztandarowym przykładem jest klasyczny utylitaryzm, który wiąże pozytywną ocenę danego czynu wyłącznie z „dobrymi konsekwencjami”, którymi on skutkuje (pomijam tutaj liczne, a szeroko dyskutowane problemy ze sposobem zastosowania kryteriów utylitarystycznych⁴²).

Krytyki D. Lubana i R. Dworkina już z metodologicznego punktu widzenia rodzą dwojaki problem. Po pierwsze, są one bardzo ogólne i w zasadzie nie obejmują niczego poza tym, co przytoczono wyżej (żaden z nich właściwie nie przywołuje głębszych argumentów na poparcie swoich generalnych tez). Po drugie, autorzy ci nie podają wskazówek co do tego, o poglądy jakich pragmatystów dokładnie im chodzi⁴³. Jak sądzę, operują oni najwyraźniej mglistym i potocznym

³⁷ R. Dworkin, *Justice in Robes*, Cambridge–London 2006, s. 21–24, 36–28; idem, *Law's Empire*, s. 151–164.

³⁸ B. Z. Tamanaha, *Law as Means to an End: Threat to the Rule of Law*, Cambridge 2006, s. 121–130.

³⁹ „Legal pragmatism is result-oriented or instrumental. Its focus is the well-being of the community, not the purity or integrity of legal doctrine” (D. Luban, *What's pragmatic about legal pragmatism?*, „Cardozo Law Review” 1996, vol. 18, s. 43).

⁴⁰ Dworkin wskazuje: „[p]ragmatism holds that judges should always decide the cases before them in a forward-looking, consequentialist style” (R. Dworkin, *Justice...*, s. 21).

⁴¹ Por. D. Lind, *op. cit.*, s. 216, przyp. 19 i cytowana tam literatura.

⁴² Podstawowa wątpliwość dotycząca tego, jaki charakter ma „dobro” („dobre konsekwencje”), o których piszą utylitarysty, pozwala wyróżnić np. utylitaryzm preferencjonalistyczny (odwołujący się do wazenia indywidualnych preferencji), utylitaryzm hedonistyczny (gdzie dobre konsekwencje są utożsamiane z przyjemnością) czy utylitaryzm eudajmonistyczny (gdzie dobre konsekwencje wiążą się ze szczęśliwością); inny podział obejmuje utylitaryzm reguł i utylitaryzm czynów. Już tylko te dwa podziały wywołują na gruncie współczesnej etyki utylitarystycznej wiele kontrowersji.

⁴³ D. Lind, *op. cit.*, s. 266.

rozumieniem pragmatyzmu jako „instrumentalizmu”, który był przedmiotem tak wielu niezasłużonych krytyk już przed II wojną światową (np. *Krytyki instrumentalnego rozumu* M. Horkheimera, który sprowadza pragmatyzm właśnie do prostego rozumowania „z celów na środki”, choć gdyby lepiej rozumiał podstawy tej doktryny, z pewnością sam zaakceptowałby pewne argumenty krytyczne wysuwane przez pragmatystów pod adresem określonych instytucji społecznych). Zarzut konsekwencjonalizmu nie jest więc podparty dostatecznymi dowodami i w tym sensie nie jest dobrze ugruntowany⁴⁴. Lecz, co gorsza, zarzut ten zwyżajnie chyba celu.

Z pewnością przywołana argumentacja nie odnosi się do idei „konsekwencji” obecnej w ujęciu pragmatyzmu prawnego B. Cardozo. Zarzut ukierunkowania na rezultaty nie ma tu w ogóle zastosowania, ponieważ przypisywałby sędziemu Cardozo wręcz absurdalną wizję adjudykacji. W końcu krytycy oskarżają pragmatyzm o to, że oddaje się sztuczkom (*trickery*) i wątpliwemu, prostaczkemu eksperymentalizmowi (*crude experimentalism*), a także porzucaniu idei spójności logicznej i historycznej na rzecz instrumentalizmu, pozwalającego uzasadnić dowolną decyzję poprzez uznanie, że stanowi ona konieczny środek do osiągnięcia określonych celów społecznych. Jak dalekie jest to od prawdy w przypadku sędziego Cardozo, to Czytelnik z pewnością już sam zdążył zauważyć. B. Cardozo, jeśli powtórzyć argumentację przedstawioną wyżej, nie zgadzał się na prostą redukcję rozumowania sędziego do krótkofalowych, subiektywnie postrzeganych korzyści bądź oczekiwań nastąpienia jakichś skutków. Samo zaś odwołanie się do pojęcia konsekwencji społecznych nie świadczy jeszcze o przyjęciu konsekwencjonalizmu w rozumieniu, jakie temu terminowi zdają się przypisywać D. Luban i R. Dworkin. W pewnym istotnym sensie każda licząca się teoria prawa (jusnaturalizm, pozytywizm, integryzm itp.) rozważa prawo jako instytucję ukierunkowaną na jakiś cel i mającą jakieś konsekwencje, co jeszcze samo nie sprawia, że teorie te mają charakter teorii konsekwencjonalistycznych. Co do pozostałych zarzutów, to mają one znaczenie erystyczne, bowiem pragmatyzm w żadnym razie nie pochwała „dowolności” decyzji, a raczej stara się wskazać granice praktycznego zastosowania reguł poprzez odwołanie do stojącej u podstaw budowy społeczeństwa idei dobrobytu. Idea ta stanowi zaledwie ogólne, regulatywne kryterium, od którego wychodząc, sędzia, w toku swej praktyki orzeczniczej, winien zdobywać jak najszersze doświadczenie, testując posiadane „hipotezy robocze”. W żadnym razie nie stanowi to oszustwa, którym jest raczej nierzetelne referowanie poglądów innych po to, by wzmocnić blask własnych twierdzeń. Z kolei fallibilizm wraz z ideą ewolucyjnego wzrostu wiedzy zakłada *implicite*, że zbiór posiadanych przekonań jest zbiorem uporządkowanym i logicznie spójnym. Zarzut braku spójności zatem także upada.

⁴⁴ W *Imperium prawa* R. Dworkina znajduje się dość rozległa krytyka pragmatyzmu prawnego, ale ze świecą szukać tam jakiegoś przypisu!

Wskazane uwagi krytyków, w świetle opisanej wyżej idei pragmatyzmu prawnego jako opartej na pragmatyzmie filozoficznym, pokazują, że atakują oni coś innego. Być może mają oni na myśli jakąś inną teorię o nazwie „pragmatyzm”. Niemniej, nie jest to w żadnym razie teoria, która opiera się na tym, co pod pojęciem pragmatyzmu rozumieli tacy pragmatyści prawni, jak B. Cardozo czy O. W. Holmes, albo nawet J. Dewey. Rozumienie pragmatyzmu prawnego przez krytyków jest bardzo uproszczone, jeśli nie prostackie. Przypomina to argumenty wysuwane pod adresem innych teorii przez nieprzychylnych im krytyków. O argumentach przeciwko pozytywizmowi wspomniałem na początku, ale analogicznych sposobów krytyki można by odnaleźć bez liku. Swego czasu amerykański realizm prawniczy, będący w pewnym sensie rozwinięciem istotnych wątków pragmatycznych, był oskarżany o to, że jest „prawoznawstwem śniadaniowym” (*jurisprudence by breakfast*). Tego typu argumenty są zupełnie niezasadne, lecz ze względu na lokucyjną siłę etykiety, stanowiącą karykaturę lub dowcip, przenikają do powszechnej świadomości. Jest jednak rzeczą dość przykrą, że poważni autorzy, jak w naszym wypadku R. Dworkin albo D. Luban, traktują takie dowcipy poważnie. Taka postawa pomnaża tylko problemy pojęciowe, pozwalając rażącym nieporozumieniom trwale się zadomowić.

4. Podsumowanie

Na koniec warto powtórzyć jeszcze za M. G. White'em, jaki cel przyświecał pierwszemu naczelnemu amerykańskiemu pragmatyście prawnemu, O. W. Holmesowi, a który można przypisać właściwie wszystkim zidentyfikowanym pragmatystom prawnym. Celem pragmatyzmu prawnego nie jest wydobycie „bezużytecznej kwintesencji wszystkich systemów prawnych” (*useless quintessence of all legal systems*), lecz raczej „rzetelne przedstawienie anatomii konkretnego porządku prawnego” (*an accurate anatomy of one*)⁴⁵. To jest powód, dla którego pragmatyzm prawny może zostać pogodzony z innymi teoriami prawa, które starają się powiedzieć to, czego sam pragmatyzm nie mówi, bądź wobec czego pozostaje on sceptyczny.

Niezrozumienie tego prostego faktu stanowi przyczynę pojawienia się wielu dramatycznych teoretycznoprawnych humbugów, takich jak choćby krytyka przeprowadzona przez H. L. A. Harta pod adresem amerykańskiego realizmu (na której bezzasadność wskazuje B. Leiter)⁴⁶. Jeśli stosować zasadę życzliwości w interpretacji teorii w sposób rzetelny, okaże się szybko, że teorie – w tym

⁴⁵ Por. M. White, *The Philosophy of Culture: The Scope of Holistic Pragmatism*, Princeton–Oxford 2002, s. 130.

⁴⁶ Por. B. Leiter, *Legal realisms, old and new*, „Valparaiso University Law Review” 2013 („Seegers Lecture in Jurisprudence” 2012), a także: idem, *Legal realism and legal positivism reconsidered*, „Ethics” 2001, vol. 111, no. 2, s. 278–301.

wypadku pozytywizm, który nie stanowi wcale „mechanicznej jurysprudencji przeszłości” (tj. odwołującej się li tylko do faktów przeszłych) oraz pragmatyzm, który nie jest tylko „teorią przyszłych konsekwencji” – pomimo pewnych istotnych różnic mają jakieś punkty wspólne. Z tego powodu za własną hipotezę roboczą uznaję stwierdzenie, że można być jednocześnie pragmatystą i pozytywistą prawniczym, nie popadając jednak w teoretycznoprawną schizofrenię. Weryfikacji tej hipotezy poświęcę najbliższą przyszłość⁴⁷.

Wyjaśnienie ukazanych wyżej spraw, pomimo lakonicznej formy, pozwala ujawnić niepoważne oblicze niektórych krytyków pragmatyzmu. Oczywiście jest, że mechanizm użyty w tym opracowaniu do obrony pragmatyzmu może mieć i z pewnością mieć będzie szersze zastosowanie. Tu, tak jak i w innych przypadkach, gdy fałszywa, lecz kusząca maska opadnie, ukaze się widok Momosa – niepoważnego, wygnanego z Olimpu starca z laską błazna u boku.

⁴⁷ Do tej pory zajmowałem się współczesnym pozytywizmem prawniczym, a moje badania zwięździła książka pt. *Konwencja u podstaw prawa. Kontrowersje pozytywizmu prawniczego*, Warszawa 2013. Niniejsze opracowanie natomiast otwiera nowy etap badań poświęconych pragmatyzmowi prawnemu. Na mocy własnych założeń pragmatyzmu poglądy, do których doszedłem we wcześniejszych badaniach, zostaną poddane testowi: przyszłość pokaże, co z przeszłości będzie można ocalić.

Narracja w prawie? Drogi recepcji pojęcia

1. Wprowadzenie

Relację między teorią literatury a pozostałymi dziedzinami humanistyki można porównać do stosunku dłużnik – wierzyciel. Literaturoznawstwo czerpie garściami z filozofii, psychologii czy lingwistyki, sporadycznie jednak zrodzone na jego gruncie idee są „eksportowane” do innych dyscyplin. Wyjątek (obok dekonstrukcji) stanowi pojęcie narracji. Współczesna historiografia (H. White, D. Carr), filozofia (A. MacIntyre, P. Ricoeur), psychologia (R. Schafer, D. P. Spence) to „nosicielki wirusa” narracji¹.

Niniejsze opracowanie stanowi próbę odpowiedzi na następujące pytania: czy popularność opisywanej kategorii to jedynie efekt mody intelektualnej? Czy narracja może okazać się atrakcyjnym konceptem dla teoretyków prawa? W jaki sposób pojęcie narracji zostaje przeszczepione do prawoznawstwa? Autor nie aspiruje do kompletnego przedstawienia zjawiska narratywizmu, ogranicza się do zaprezentowania wybranych kontekstów funkcjonowania pojęcia narracji.

2. Literatura

Renesans zainteresowania narracją w teorii literatury przypada na lata 60. XX w. Zwiastunem i inspiracją do powstania narratologii, pojmowanej jako transdyscyplinarna nauka o opowiadaniu czy strukturalistycznie zorientowana teoria opowiadania², były publikacje: *Morfologia bajki* W. Proppa (angielskie wyd. z 1958 r.), *Antropologia strukturalna* C. Levi-Straussa (1958 r.) oraz *Syntactic structures* N. Chomsky’ego (1957 r.).

¹ Autorką porównania narracji do wirusa jest A. Burzyńska, *Kariera narracji. O zwrocie narratologicznym w humanistyce*, „Teksty Drugie” 2004, nr 1–2 (85–86).

² Definicja za P. Bohusiewiczem, wykład pt. *Od narratologii do narratywizmu*; wskazać trzeba różnicę między „narratologią”, definiowaną jak wyżej, a „narratywizmem”, tj. efektem adaptacji pojęcia narracji do dyscyplin pozaliterackich.

Praca pierwszego z wymienionych autorów opierała się na analizie blisko 450 bajek magicznych. Propp zauważył, że w tych utworach można odnaleźć zespół stałych elementów, występujących zawsze w tym samym porządku. W odniesieniu do działań bohaterów było to 31 powtarzalnych, rzutujących na przebieg fabuły „funkcji”. Również krąg postaci był ograniczony – sprowadzał się do 7 typów: bohater, fałszywy bohater, przeciwnik, pomocnik, donator, osoba wysyłająca bohatera w drogę, królowa lub jej ojciec. Rosjanin odkrył, że fabułę złożonych historii sprowadzić można do prostego schematu, struktury. W oparciu o wyróżnione elementy możliwe było tworzenie nieskończonej liczby utworów³. Francuscy strukturaliści natchnieni spostrzeżeniami Proppa zapragnęli rozciągnąć opracowany przez niego model analizy na całą literaturę. Ich celem było opisanie „gramatyki opowiadań literackich”.

Zbliżony charakter miały badania nad mitami prowadzone przez C. Levi-Straussa. Mity, występując we wszystkich kręgach kulturowych, stanowią nośnik norm społecznych. Francuz, porównując m.in. grecką historię Edypa z mitologią Indian północnoamerykańskich, zauważył, że pewne wątki mają uniwersalny charakter – występują w mitach niezależnie od ich pochodzenia. Wątki te, zdarzenia fabularne, Levi-Strauss nazwał mitemami (elementarnymi częściami znaczącymi). Tworzyły one wszechobecną, jego zdaniem, strukturę opowieści mitycznych – wspólny wszystkim kulturom „język”⁴.

Trzecim filarem wspierającym gmach narratologii było opisanie przez Chomsky’ego uniwersalnej gramatyki generatywnej. N. Chomsky uważał, że każdy człowiek posiada wrodzoną umiejętność – kompetencję tworzenia zdań. Wynikało to z faktu, iż każdy język opiera się na takiej samej strukturze, która określa mechanizm i determinuje proces ich budowania. Autor *Syntactic structures* stawiał sobie za cel opisanie tak pojmowanej gramatyki języka, zaś narratolodzy poszli o krok dalej, próbując uchwycić mechanizmy komponowania wypowiedzi literackich, a później wszelkich wypowiedzi znaczących⁵.

K. Rosner, definiując pojęcie narracji, stwierdza, że jest ona: „strukturą czasową, tj. rozwijającą się w czasie, a zarazem skończoną, mającą początek i zakończenie”⁶. Już przyglądając się źródłom narratologii, można dojść do przekonania, że cechą najbardziej fascynującą przedstawicieli tego nurtu badań literackich była nie tylko czasowość czy „zamknięcie”, lecz także uniwersalny charakter narracji i możliwość ich opisania w oparciu o prosty schemat. Struktura wypowiedzi wielozdaniowej – narracyjnej – miała być analogiczna do struktury zdania, co ujawnia wyraźny wpływ Chomsky’ego⁷. Badania R. Bartha, A. Greimasa, U. Eco czy T. Todorova stanowiły „próbę wydobycia rozmaitych regularności dostrzeganych w strukturze fabuł literackich i sprowadzenia

³ W. Propp, *Morfologia bajki*, Warszawa 1976.

⁴ Za: A. Burzyńska, M. P. Markowski, *Teorie literatury XX wieku. Podręcznik*, Kraków 2007, s. 284–286.

⁵ Ibidem, s. 288–289.

⁶ K. Rosner, *Narracja, tożsamość i czas*, Kraków 2006, s. 7.

⁷ A. Burzyńska, M. P. Markowski, *op. cit.*, s. 292.

ich do maksymalnie prostych struktur”⁸. Można zaryzykować stwierdzeniem, że wątek „generatywny” był wiodącym w badaniach Francuzów. Dążyli oni do odkrycia mechanizmów rządzących tworzeniem wszelkich struktur znaczących (nie tylko tekstowych – narracja mogła być realizowana za pomocą obrazów czy filmu). Następnie narracja zaczęła być przez nich pojmowana jako struktura poznawcza, która określa porządek postrzegania zdarzeń czy ludzkich działań. Wytwory kultury, w tym literatura, stanowiły manifestację tej pierwotnej, narracyjnej struktury⁹.

Narratologia, będąc ortodoksyjną odmianą strukturalizmu, stanowiła ucieśnienie marzeń o „naukowości” teorii literatury. Scjentyistyczne zapędy zostały jednak szybko pohamowane. Modele, którymi posługiwali się badacze, sprawdzały się w przypadku prostych utworów (np. analiza powieści o Jamesie Bondzie), lecz zawodziły stosowane do ambitniejszych form literackich. Projekt opisanie uniwersalnej gramatyki literatury pozostał niedokończony¹⁰. Zarzutem czynionym narratologom było także odhumanizowanie opowieści. Jeśli generowanie narracji byłoby zdeterminowane przez niezależne od autora mechanizmy, stawał się on zbędny¹¹. Niewątpliwą zasługą przedstawicieli opisywanej formacji było natomiast podkreślenie uniwersalności, ponadhistoryczności i ponadmedialności (wyrażanie niezależnie od medium, pierwotny wobec tekstu charakter) narracji¹². Cechy te przyczyniły się do sukcesu pojęcia narracji również w innych dyscyplinach humanistycznych.

3. Filozofia

Narracja – z definicji wiążąc się z diachronicznością, czasowym następstwem, wpisaniem w strukturę – okazuje się pojęciem szczególnie atrakcyjnym dla filozofów konstruujących koncepcję podmiotu osadzonego, zakorzenionego (w opozycji do nowoczesnego – autonomicznego)¹³. Wymienić warto chociażby A. MacIntyre’a czy Ch. Taylora. Przykładem funkcjonowania opisywanej kategorii chciałbym jednak uczynić filozofię innego krytyka „projektu nowoczesności”, mianowicie J.-F. Lyotarda.

Francuz, zaliczany przez niektórych badaczy do grona poststrukturalistów¹⁴, jest w pełni świadomy fundamentów, na jakich przedstawiciele poprzedniej formacji intelektualnej opierali analizy narratologiczne. Lyotard zna *Morfologię bajki* Proppa czy *Antropologię strukturalną* Levi-Straussa¹⁵.

⁸ Ibidem, s. 290.

⁹ K. Rosner, *op. cit.*, s. 12.

¹⁰ A. Burzyńska, M. P. Markowski, *op. cit.*, s. 293.

¹¹ Za: P. Bohusiewicz, *Od narratologii do narratywizmu*.

¹² A. Burzyńska, *Kariera narracji...*, s. 120.

¹³ Por. K. Rosner, *op. cit.*

¹⁴ Np. A. Burzyńska, M. P. Markowski, *op. cit.*

¹⁵ J.-F. Lyotard, *Kondycja ponowoczesna. Raport o stanie wiedzy*, Warszawa 1997, s. 71; idem, *Postmodernizm dla dzieci. Korespondencja 1982–1985*, Warszawa 1998, s. 33.

„Papież postmodernizmu”, jak bywa nazywany Lyotard, traktuje narrację jako sposób uprawomocniania instytucji i praktyk społecznych, systemów prawnych, etycznych, a także sposobów myślenia¹⁶. Problem legitymizacji społeczno-politycznej łączy się u niego z określoną postawą naukową – w nowoczesnym społeczeństwie, gdzie „bohaterem” opowieści jest lud, uprawomocniające jest jego przyzwolenie, zaś sposobem, w jaki się do niego dochodzi – dyskusja. Francuz dostrzega w tym analogię do działalności naukowej – podobnie jak lud walczy o prawa, rozstrzyga o tym, co sprawiedliwe, a co nie, utrwała te ustalenia w zapisach konstytucyjnych – wspólnota naukowa gromadzi wiedzę, rozstrzyga o prawdzie i fałszu, ewentualnie rewiduje utrwalone poglądy, formułując nowe paradygmaty. Podmiot opowieści może się więc rozwinąć jako podmiot praktyczny – „bohater wolności”, lub jako podmiot poznawczy, występując w roli bohatera poznania – naukowca¹⁷.

Opisywany autor dostrzega dwa typy narracji legitymizujących – wielkie opowieści znamionujące epokę nowoczesną (których znaczenie na gruncie filozofii nauki zbliżone byłoby do paradygmatów w sensie kuhnowskim) oraz opowieści tradycyjne o cechach narracji literackich. Swoją filozofię Lyotard opiera na kontraście (może właściwsze byłoby słowo „poróżnienie”?) między tymi dwoma typami. Ogłaszając koniec wielkich opowieści (metanarracji), wyraża apologię heterogeniczności, lokalności, małych narracji.

Tym, co łączy wyrastające z oświecenia metanarracje jest perspektywne spojrzenie – odwoływanie się do celów czy obietnica przyszłości, opartej na ideach wolności, oświecenia, socjalizmu (dlatego mowa o „projekcie” nowoczesności). Obecna jest w nich zapowiedź emancypacji od grzechu, ucisku, niewiedzy. Narracja kantowska głosi ideały rozumu, demokracji, powszechnego pokoju, „państwa celów”. Hegel, opisując dialektyczną koncepcję historii, traktuje ją jako ruch naprzód, rozwój, aż do momentu osiągnięcia wiedzy absolutnej. Na pożywcze heglowskiej Marks buduje swoją koncepcję historii jako walki klas¹⁸.

Na czym innym opiera się legitymizująca moc narracji tradycyjnych. Poszukują one uprawomocnienia w przeszłości, micie źródłowym, akcie założycielskim bądź określonym, tradycyjnym rytuale. Stale obecna jest w nich pamięć o przeszłości, odwołanie do wspólnych korzeni¹⁹.

Przykładem tego typu narracji Lyotard czyni opowieści Indian Cashinahua. Każda z nich zaczyna się od formuły: „Oto historia... (imię bohatera), taka, jaką zawsze słyszałem. Zaraz wam ją opowiem, posłuchajcie jej”, zaś kończy: „Tutaj kończy się historia... Ten, kto ją wam opowiedział, to... (imię Cashinahua),

¹⁶ J.-F. Lyotard, *Postmodernizm dla dzieci...*, s. 30.

¹⁷ J.-F. Lyotard, *Kondycja ponowoczesna...*, s. 94–96.

¹⁸ Ch. Norris, *Dekonstrukcja przeciw postmodernizmowi*, Kraków 2001, s. 14.

¹⁹ Rozróżnienie narracji tradycyjnych i metanarracji zostało wyraźnie opisane w: J.-F. Lyotard, *Postmodernizm dla dzieci...*, s. 58.

u Białych... (imię portugalskie bądź hiszpańskie)”. Snuć opowieść może tylko osoba posiadająca imię Cashinahua, tylko członek plemienia może być jej bohaterem. Imiona rozdzielane są według sformalizowanego systemu, biorącego pod uwagę płeć, pokolenie, imiona krewnych. Reglamentacja imion jest gwarancją stałości, konstytuuje tożsamość wspólnoty. Więzy grupy opierają się zatem niekoniecznie na fabule opowieści, ale na specyficznej pragmatyce, rytuale jej odtwarzania²⁰. Francuski filozof dostrzega, że w zbliżony sposób nazistowskie państwo konstruowało mit – tożsamość Aryjczyka: „Ode mnie, Aryjczyka, ty Aryjczyku, usłyszysz opowieść o czynach naszych aryjskich przodków”²¹. Ciągłość wspólnoty zachowana jest dzięki formule „opowiada – opowiedział – opowie”. Narracje te nie wykazują roszczenia do uniwersalności.

Postmodernista widzi w tych cechach zalety formy narracyjnej – moc opowieści wynika z „pragmatyki”, nie zaś z jej treści. Dzięki owej pragmatyce narracja w sposób doskonały dla zachowania więzi wspólnoty funkcjonuje w czasie – pozostaje zawsze aktualna. Wreszcie, zdaniem Lyotarda, narracja pozwala pogodzić szereg gier językowych. Może w koherentny sposób zawierać wypowiedzi denotujące, preskryptywne, pytające, dzięki czemu jest świetnym nośnikiem wiedzy tradycyjnej, w przeciwieństwie do dyskursu współczesnej nauki²².

Obwieszczając koniec wielkich narracji, ostrze oskarżeń Lyotard kieruje w ich uniwersalistyczne i kosmopolityczne aspiracje. Zauważa, że instancją, do której ostatecznie odwołują się te opowieści (i cała oświeceniowa tradycja) jest ludzkość. Argumenty czysto filozoficzne popiera przykładami z historii. Francuz stwierdza, że w projekcie nowoczesności „realne społeczeństwo nie czerpie swej prawomocności z samego siebie, lecz ze wspólnoty, której właściwie nie daje się nazwać, a która jest jedynie pożądana” i dalej, że „najwyższa władza nie należy do ludu, lecz do Idei wolnej wspólnoty”²³. Negując te podstawy, filozof wymienia sytuacje, w których społeczeństwo odcięło się od Idei: socjalizmu – „Berlin 1953, Budapeszt 1956, Czechosłowacja 1968, Polska 1980” czy liberalizmu parlamentarnego – Paryż w maju 1968 r.²⁴ oraz gdy zostało unicestwione – Holocaust. Już w słowach Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela z 1789 r. (którą traktuje jak akt erekcyjny projektu nowoczesności): „My, lud francuski”, Lyotard dostrzega zapowiedź klęski idei uniwersalności. Sformułowanie to daje wyraz większego przywiązania do narodowej tradycji niż jakichkolwiek powszechnych wartości. W wielkich opowieściach: „funkcja narracyjna traci swoje funkto-ry: wielkiego bohatera, wielkie zagrożenia, wielkie

²⁰ J.-F. Lyotard, *Poróżnienie*, Kraków 2010, s. 178 i n.

²¹ Ibidem, s. 123.

²² J.-F. Lyotard, *Kondycja ponowoczesna...*, s. 72 i n.

²³ J.-F. Lyotard, *Postmodernizm dla dzieci...*, s. 71.

²⁴ Ibidem, s. 43.

przedsięwzięcia i wielki cel”²⁵. Wspólnoty ufundowane na odmiennych tradycjach, małych narracjach, pozostają w konflikcie, co czyni pisane wielką literą Idee i oparte na nich narracje nieskutecznymi narzędziami uprawomocnienia. Najlepszym podsumowaniem refleksji postmodernisty wydają się zaczerpnięte z *Poróżnienia* słowa: „nigdy nie istnieje świat, lecz światy”²⁶.

Filozofia Lyotarda spotyka się oczywiście z krytyką, zwłaszcza ze względu na jej implikacje etyczne. Ch. Norris zauważa, że właściwy dla postmodernizmu sceptycyzm dotyczący poznania i prawdy przejawia się u Francuza podkreśleniem wielości gier językowych, narracji, sprzecznych ideologii czy koncepcji prawdy i sprawiedliwości²⁷. Norris podkreśla, że „powstrzymanie się od rozsądzania” słuszności i mnożenie narracji tylko do pewnego stopnia daje wyraz liberalnemu podejściu. Zwolennik Derridy zadaje pytanie:

Cóż bowiem mamy na przykład powiedzieć, gdy staniemy twarzą w twarz z kimś, kto neguje Holocaust [...]? Czy mamy po prostu powiedzieć za Lyotardem, że kwestii tej nie można rozstrzygnąć, skoro strony tego sporu stosują wyraźnie rozbieżne kryteria prawdy i historycznego (lub narracyjnego) wyjaśnienia?²⁸

Abstrahując od przedstawionych zarzutów, trzeba zaznaczyć, że posługujący się pojęciem narracji Lyotard szkicuje trafny obraz społeczeństw końca XX i początku XXI w. Przenosząc rozważania na grunt prawa, można wskazać chociażby odwrót od czysto liberalnego podejścia do kwestii praw człowieka. Trybunał strasburski daje temu wyraz w takich orzeczeniach, jak Lautsi przeciwko Włochom z marca 2011 r., Otto Preminger Institut przeciwko Austrii z 1994 r. czy wydanym rok wcześniej Minos Kokkinakis przeciwko Grecji. Uprawniony jest wniosek, że prawa człowieka, należące do tzw. pierwszej generacji, znajdują legitymizację w wielkich narracjach oświeceniowych, natomiast prawa trzeciej generacji już wyraźnie wspierają nie wizję „świata”, lecz „światów”.

4. Psychologia

Zainteresowanie opowieścią w psychologii to spadek po Z. Freudzie, którego poglądy rozwijał G. Jung. Ojcowie współczesnej psychologii zdawali sobie sprawę z diagnostycznego znaczenia opowiadania. Ich uwagę skupiała jednak bardziej treść niż struktura opowieści pacjentów. Dopiero lata 70. XX w. to czas narodzin badań narratywistycznych w omawianej dyscyplinie²⁹. Wskazuje się

²⁵ J.-F. Lyotard, *Kondycja ponowoczesna...*, s. 20.

²⁶ J.-F. Lyotard, *Poróżnienie*, s. 188.

²⁷ Ch. Norris, *op. cit.*, s. 24.

²⁸ *Ibidem*, s. 25.

²⁹ D. P. McAdams, *The Role of Narrative in Personality Psychology Today*, „Narrative Inquiry” 2006, no. 16, s. 13.

na dwa źródła tego zjawiska: wpływy strukturalizmu lingwistyczno-etnologicznego (C. Levi-Strauss) oraz filozofię fenomenologiczną i egzystencjalną (m.in. M. Heidegger, P. Ricoeur)³⁰.

Z jednej strony narracja miała być konceptem, który pozwoli osadzić psychologię wśród nauk humanistycznych, z drugiej – jej strukturalistyczny rodowód sugerował dążenie do „ścisłości” właściwej naukom przyrodniczym i zwolennikom pozytywizmu³¹.

Pojęcie narracji na gruncie psychologii nie jest jednolicie rozumiane. J. Trzebiński definiuje narrację, jako: „opis bohatera z określonymi intencjami, który napotyka na trudności w ich realizacji, a trudności te – w wyniku zdarzeń toczących się wokół zagrożonych intencji – zostają bądź nie zostają przewyżczone”³². E. Dryll w następujący sposób opisuje daną kategorię: „narracja to nie tyle samo opowiadanie (kolejne zdarzenia – historia), ile raczej perspektywa opowiadania, wyrażająca pozycję podmiotu (autora) wobec przedmiotu (treści)”. Jednocześnie wskazuje na trzy możliwe rozwinięcia przytoczonej definicji:

1) narracja rozumiana jako realizacja językowa (tekst jednostkowy) – opowiadanie komuś czegoś w określonym czasie i okolicznościach,

2) narracja jako sposób porządkowania znaczeń w umyśle człowieka („tekst osoby”),

3) narracja jako wzór kultury – abstrakcja pozostająca ponad konkretnymi wypowiedziami określonych osób („tekst kultury”, tradycja hermeneutyczna)³³.

Poniżej zajmę się bliżej narracją jako sposobem porządkowania znaczeń.

Spostrzeżenie Lyotarda odnośnie do użyteczności zrytualizowanej opowieści jako nośnika wiedzy tradycyjnej znajduje potwierdzenie w obserwacjach psychologów. Fabularna konstrukcja ułatwia zapamiętywanie (przepis budowy łodzi czy tworzenia leku ma postać opowieści), zaś sakralny charakter i wpisanie w rytuał wyklucza skracanie opowieści czy pomijanie istotnych informacji. Powiązanie z rytuałem nadaje opowieści performatywny charakter³⁴. Szukając bardziej aktualnych i związanych z tematem pracy przykładów relacji między przyswajaniem informacji, ich oceną a narracyjnym sposobem postrzegania, można odwołać się do badań Pennington i Hastiego. Zauważyli oni, że *modus operandi* ławników sądowych polega na tworzeniu w umyśle, w oparciu o zebrany materiał dowodowy, historii. Ich budowanie jest kluczowym etapem przy rozstrzyganiu, bowiem w jego trakcie dochodzi do „selekcji

³⁰ M. Straś-Romanowska, *Podmiotowość człowieka w badaniach narracyjnych*, [w:] E. Dryll, A. Cierpka (red.), *Narracja. Koncepcje i badania psychologiczne*, Warszawa 2004, s. 25.

³¹ Ibidem, s. 26–27.

³² J. Trzebiński, *Narracja jako sposób rozumienia świata*, Gdańsk 2002, s. 14.

³³ E. Dryll, *Homo narrans – wprowadzenie*, [w:] E. Dryll, A. Cierpka (red.), *Narracja. Koncepcje i badania...*, s. 7.

³⁴ Ibidem, s. 8.

pamięci i uwagi”. Po wykrystalizowaniu się szkicu, jest on matrycą, według której ławnicy oceniają winę oskarżonego (jego opowieść). Kolejne procesy myślowe ukierunkowane są na wypełnienie uzgodnionego szkicu treścią, tak by stał się jak najbardziej wiarygodny i przekonujący. Stąd ogromne znaczenie mają umiejętności adwokata i prokuratora, którzy winni zaprezentować materiał dowodowy w sposób pozwalający na konstrukcję historii korzystnej dla reprezentowanej strony³⁵.

W odwołaniu do powyższych ilustracji zasadne są pytania: co sprawia, że wiedza zaprezentowana w formie opowieści jest tak łatwo przyswajalna? Czy zdarzenia i fakty zawsze komponują się w opowieści, czy postrzeganie ich jako takie jest wynikiem działania naszego umysłu?

M. Crossley, potwierdzając nasze intuicje, kwestionuje, by epizody ludzkiego życia czy poznawane informacje układały się narracyjną strukturę. Posługując się słowami L. Mink: „stories are not lived but told”³⁶. Podobnie rzecz ujmują J. Trzebiński, zauważając, że forma narracyjnej komunikacji nie oznacza konieczności istnienia narracyjnej wiedzy³⁷.

Ostatni z wymienionych badaczy buduje teorie schematów poznawczych, wśród których istotną rolę odgrywa schemat narracyjny. Zdradzając inspirację spostrzeżeniami I. Kanta, Trzebiński wyróżnia schematy obiektów przestrzennych, schematy opisujące następstwo czasu oraz schematy, w których dominują relacje przyczynowo-skutkowe, w tym schematy narracyjne³⁸.

Cytowany autor wskazuje, że proces rozumienia ma charakter konstrukcyjny, a nie jedynie odtwórczy. Jego zdaniem ludzki umysł odczytuje dziejące się zdarzenia jako historie, co jest naturalną formą rozumienia otoczenia. Komponentami schematu narracyjnego są: bohaterowie, ich wartości i intencje, możliwe komplikacje w realizacji tych intencji, uwarunkowania i szanse realizacji intencji. Umysł adaptuje napływające dane tak, by jawiły się jako wymienione składniki schematu. Im bardziej złożone motywy bohaterów, tym większa rola narracyjnego konstruowania w procesie rozumienia danego zdarzenia³⁹.

Na kształt schematów narracyjnych ma wpływ kultura, dostarczając gotowych, standardowych scenariuszy historii, które są adaptowane przez jednostki. Interakcje międzyludzkie prowadzą do uzgadniania jednolitych interpretacji napływających danych, co jest innym przykładem społecznego współtworzenia narracji⁴⁰. Ujmowanie zdarzeń w ramach schematu narracyjnego

³⁵ Za: J. Trzebiński, *op. cit.*, s. 32.

³⁶ M. L. Crossley, *Introducing Narrative Psychology*, s. 7; <http://eprints.hud.ac.uk/5127> (dostęp: 15.07.2012).

³⁷ J. Trzebiński, *op. cit.*, s. 14.

³⁸ *Ibidem*, s. 21.

³⁹ *Ibidem*, s. 23.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 26.

ma nieuświadomiony, mimowolny charakter. Oddając głos J. Trzebińskiemu: „To nie refleksja nadaje narracyjny sens naszemu doświadczeniu. [...] Doświadczam historii, gdyż moje rozumienie jest sterowane narracyjnymi regułami interpretacji zdarzeń i własnej w nich roli”⁴¹. Poglądy J. Trzebińskiego podzielają inni psychologowie, upatrując w narracji „zasadę porządkującą” ludzkie działania⁴².

Narracyjny sposób myślenia jest mocno osadzony w kontekście sytuacyjnym i osobistych przeżyciach. W opozycji do niego ustawia się tryb paradygmatyczny, który odwołuje się do ogólnych reguł, prawidłowości i zrywa z kontekstem⁴³. W pierwszym z nich prawda opiera się na podobieństwie poznanych faktów do życia (*lifelikeness*), w drugim zaś rządzią prawa logiki⁴⁴.

5. Prawo

Jak wskazuje K. Dolin, proces sądowy może być postrzegany jako konflikt dwóch stron prezentujących odmienne, konkurujące historie tego samego zdarzenia⁴⁵. Zadaniem prawnika jest przedstawienie faktów sprawy w taki sposób, by członek audytorium, do którego skierowana jest mowa czy pismo (sędzia, ławnik), nie miał problemów z utożsamieniem stron z popularnymi literackimi archetypami, takimi jak czarny charakter czy prawy bohater. Struktura uzasadnienia wyroku może bardziej przypominać narrację niż syllogizm⁴⁶.

Wnikliwą analizę zjawiska narracyjności prawa (lub w prawie) przedstawiły J. Baron oraz J. Epstein w artykule *Is law narrative?* W pierwszej kolejności autorki dostrzegają chaos terminologiczny panujący w tej dziedzinie i szereg nieporozumień z nim związanych. Baron i Epstein podkreślają, iż *legal storytelling* nie jest alternatywą dla konwencjonalnego rozumienia wszelkiej aktywności związanej z prawem. Wskazując, że przykłady narracyjności można częściej dostrzec w zeznaniach świadków czy mowach obrończych niż w uzasadnieniach sądowych, stwierdzają wprost, że prawo nie jest literaturą, jednak w praktyce prawnej czy nauce można z powodzeniem posługiwać się formami literackimi⁴⁷.

⁴¹ Ibidem, s. 30.

⁴² M. L. Crossley, *op. cit.*, s. 3.

⁴³ K. Stemplewska-Żakowicz, B. Zalewski, *Czym jest dobra narracja? Struktura narracji z perspektywy badaczy i klinicystów*, [w:] M. Straś-Romanowska, B. Bartosz, M. Żurko (red.), *Badania narracyjne w psychologii*, Warszawa 2010, s. 22.

⁴⁴ J. Trzebiński, *op. cit.*, s. 34.

⁴⁵ K. Dolin, *A Critical Introduction to Law and Literature*, Cambridge 2007, s. 30.

⁴⁶ G. Sammon, *Law, literature and the importance of narrative to the legal education*, „Cork Online Law Review” 2011; <http://corkonlinelawreview.com/index.php/2011/03/11/law-literature-and-the-importance-of-narrative-to-the-legal-education> (dostęp: 3.08.2012).

⁴⁷ J. Baron, J. Epstein, *Is law narrative?*, „Buffalo Law Review” 1997, vol. 45, s. 143–145.

Dla ukazania przydatności narracyjnego postrzegania teksów prawnych i prawniczych, autorki rozważają artykuł H. Wechslera *Towards neutral principles of constitutional law*⁴⁸. Analizując konstrukcję pracy, widzą w niej szereg równoległych, nakładających się na siebie historii. Artykuł ten ma, zdaniem Baron i Epstein, budowę „matrioszki”. Wierzchnią warstwę narracji tworzy problem legitymacji prawa precedensowego, na tej kanwie rozgrywa się dyskusja Wechsler – Hand, kolejne historie tworzą przedstawione przez Wechslera kazusy, zaś wewnątrz „matrioszki” i sedno artykułu stanowi teoria neutralności zasad. Taka konstrukcja artykułu przywodzi na myśl budowę tragedii *Król Edyp* Sofoklesa, na podstawie której autorki w pierwszej części artykułu eksplikują znaczenie terminu „narracja”. Na narrację obydwu dzieł składa się szereg historii, z których każda ma własny początek, zakończenie, konkluzję, jednak dopiero ich kumulacja pozwala na ukazanie właściwej myśli-przesłania⁴⁹.

Strukturalna analiza artykułu jest dla autorek punktem wyjścia dla refleksji natury epistemologicznej. Rozważając często wysuwany zarzut, że autor/badacz „prezentuje jedynie historię”, Baron i Epstein przedstawiają dwa jej rozumienia. Fundamentalisci⁵⁰ utożsamiają występujące w tym kontekście słowo „historia” z punktem widzenia bądź argumentem, który ich zdaniem jest po prostu niewłaściwy, nietrafny. Dla fundamentalistów prawda jest jedna, fakty są niezmiennie i możliwe jest ich obiektywne poznanie. Antyfundamentalisci z kolei, twierdząc, że autor „prezentuje jedynie historię”, kładą nacisk na fakt, iż niemożliwe jest dokonywanie jakichkolwiek ocen z neutralnej pozycji. Właściwy jest im sceptycyzm poznawczy, podkreślają, że argumentacja nigdy nie jest zawieszona w próżni, a jej trafność uzależniona jest od wielu czynników. Fundamentalista podnosząc, że adwersarz posługuje się „jedynie historią”, stwierdza, iż ta historia jest nieprawdziwa. Antyfundamentalista, zarzucając oponentowi posługiwanie się „historią”, wskazuje, że możliwe jest przedstawienie alternatywnej⁵¹.

Spostrzeżenia te korespondują ze stwierdzeniami zawartymi w eseju R. Covera *Nomos and Narrative*. Inicjator *narrative jurisprudence* podnosił w nim, że żaden przepis prawny czy instytucja nie istnieją bez narracji nadającej im znaczenie – nie ma konstytucji bez „eposu” opisującego okoliczności jej powstania i nadającego jej ostateczny kształt, nie ma Dekalogu bez *Pisma Świętego*⁵². Jako historyk prawa, autor ten dowodził, że przepisy mogą być

⁴⁸ H. Wechsler, *Towards neutral principles of constitutional law*, „Harvard Law Review” 1959, vol. 73.

⁴⁹ J. Baron, J. Epstein, *Is law narrative?*, s. 150–164.

⁵⁰ Ang. *foundationalist*, za: A. Bronk, *Typy fundamentalizmu*; http://dc377.4shared.com/doc/_OfY7j6w/preview.html (dostęp: 3.08.2012).

⁵¹ J. Baron, J. Epstein, *Is law narrative?*, s. 169–173.

⁵² R. Cover, *Nomos and Narrative*, s. 1; www.bepress.com/ils/iss8/Cover_Nomos.pdf (dostęp: 27.07.2011).

właściwie zrozumiane jedynie w określonym kontekście kulturowym, na który składają się nie tylko empiryczne fakty, lecz także mity i historie obecne w świadomości społeczeństwa⁵³.

Perspektywa przyjmowana przez narracyjną gałąź prawa i literatury okazała się szczególnie atrakcyjna dla feministek oraz przedstawicieli *Critical Race Studies*. Ruchy te kontestowały wykluczenie ich z procesu decydowania o kształcie obowiązujących praw, czyli – posługując się językiem Covera – narracji. Stanowisko to dobrze oddają słowa:

if master narratives controlled both legal stories in the courtroom and the judicial decisions that resulted from them, one had to make oppositional narratives – the stories of those regularly excluded from legal power⁵⁴.

Korzystając z metafory Dworkina porównującej prawo do powieści w odcinkach (czyli wielopokoleniowej narracji) – mniejszości rasowe czy feministki uważają, iż zostały pozbawione możliwości zapisywania jej kart. Jedną z zasług narracyjnego postrzegania prawa (czy to w ramach konkretnego procesu sądowego, czy szerzej – na płaszczyźnie historycznego rozwoju) jest właśnie wskazanie, że jego treść może być skrajnie różnie rozumiana w zależności od pozycji, z której się je ocenia⁵⁵.

6. Podsumowanie

Z adaptowaniem pojęcia narracji przez kolejne dyscypliny humanistyki wiąże się swego rodzaju paradoks. Na gruncie teorii literatury, swojego inkubatora, narracja była ucieleśnieniem dążeń sejentystycznych, pozytywistycznych i uniwersalistycznych. Ambicją strukturalistów było „uściślenie” nauki o literaturze, o czym najlepiej przekonują tabele Proppa, zawierające analizę bajek magicznych, czy też słynny kwadrat Greimasa, wykorzystany później przez M. Foucaulta w pracy *Słowa i rzeczy. Archeologia nauk humanistycznych*.

Odmienne wnioski przynosi posługiwanie się pojęciem narracji poza polem analiz literackich. W filozofii Lyotarda narracja jest wykorzystana dla apoteozy heterogeniczności, lokalności, czyli wartości stojących w opozycji do aspiracji uniwersalistycznych. W psychologii narracja służy podkreśleniu znaczenia kontekstu. Schemat narracyjny może ulec zmianie, jeśli porządkowane według niego informacje będą to sugerować. W psychologii poznawczej nie ma więc miejsca na determinizm i absolutyzm. Zbliżone wnioski można

⁵³ K. Dolin, *op. cit.*, s. 30.

⁵⁴ J. S. Peters, *Law, literature and the vanishing real: On the future of an interdisciplinary*, „Publications of the Modern Language Association of America” 2005, vol. 120, no. 2, s. 447.

⁵⁵ J. Baron, J. Epstein, *Is law narrative?*, s. 185.

wysnuć, szukając elementów narracyjnych w jurysprudencji. Cytowana J. Baron prezentuje stanowisko sceptycyzmu poznawczego i dostrzega jego implikacje praktyczne.

Pod adresem narratystów wysunięto szereg zarzutów. A. Burzyńska wskazuje, że ich dyskurs opiera się na zbyt ogólnych modelach – jeśli narracja ma być synonimem czasowości, to nie wnosi nic nowego, jest próbą „wprowadzenia starego porządku przy użyciu nowej, atrakcyjnej kategorii”⁵⁶. Komentując przedsięwzięcia interdyscyplinarne, pewien wspólny im problem zauważa K. Arbiszewski. Badacze różnych dziedzin, podejmując dyskusję, mogą uzyskać jedynie „niski poziom konsensusu”. Możliwe jest ich porozumienie co do ogólników, nie zaś co do detali, a to z uwagi na różnice metodologiczne⁵⁷. Narratysty często nie zachowują pożądanej dyscypliny naukowej. Lyotard dokonuje takiego podziału narracji, który nie spełnia warunków rozłączności i adekwatności, a jego kryteria są niejasne.

W mojej opinii wskazane zarzuty są nie do końca uzasadnione. Pragmatyzm winien pozostać główną miarą oceny każdej kategorii naukowej. Jeśli posługując się pojęciem narracji w różnych dyscyplinach, dochodzimy do zbliżonych wniosków, to bez względu na kosmetyczne różnice definicyjne należy uznać jej przydatność.

⁵⁶ A. Burzyńska, *Kariera narracji...*

⁵⁷ K. Arbiszewski, *Wszystko otwarte na nowo. Teoria Aktora-Sieci i filozofia kultury*, Toruń 2010, s. 67.

KOGNITYWISTYKA – CYBERNETYKA

Wojciech Zaluski

Nauki kognitywne a filozofia prawa

1. Wprowadzenie

Terminem „nauki kognitywne” określa się interdyscyplinarny program badawczy wykorzystujący osiągnięcia m.in. psychologii poznawczej, *neuroscience*, teorii sztucznej inteligencji, teorii systemów, lingwistyki i psychologii ewolucyjnej w celu wyjaśnienia procesów poznawczych człowieka. Można spotkać się z opinią, że nauki kognitywne stanowią swoistą rewolucję w myśleniu o człowieku, i że w rezultacie mogą – i powinny – zastąpić filozoficzną refleksję o człowieku, albo przynajmniej przyczynić się do rozstrzygnięcia tradycyjnych problemów filozoficznych. Opinię taką wyraża cytat z dzieła dwóch znanych kognitywistów – G. Lakoffa i M. Johnsona:

Umysł jest z natury ucieleśniony. Myślenie jest w przeważającej mierze nieświadome. Pojęcia abstrakcyjne są najczęściej metaforyczne. Oto trzy główne odkrycia, których pod koniec XX wieku dokonał kognitywizm. Na skutek tych odkryć filozofia zmieniła się nieodwołalnie. Ponad dwa tysiąclecia spekulacji na temat tych aspektów rozumu dobiegły końca. Koncepcje filozoficzne sprzeczne z odkryciami kognitywizmu – czyli większość – muszą się teraz do nich dostosować¹.

Ta dość buńczucznie wyrażona opinia jest nie do przyjęcia z dwóch powodów. *Primo*, owe trzy „odkrycia” sformułowane są w bardzo niejasny i ogólnikowy sposób, tak że można nadawać im różnoraki sens: jeśli nada się im jednoznaczny sens niestępiony niejasnymi kwalifikacjami w rodzaju „w przeważającej mierze” czy „najczęściej” (co pozwoliłoby, być może, obronić tezę o ich „rewolucyjnym”

¹ G. Lakoff, M. Johnson, *Co kognitywizm wnosi do filozofii?*, [w:] *idem, Kognitywizm – czy jest ciało w duszy?*, Kraków 1999, s. 25 (cytat pochodzi z książki G. Lakoffa i M. Johnsona, *Philosophy in the Flesh: The Embodied Mind and Its Challenge to Western Thought*, New York 1999).

znaczeniu dla filozofii), są one ewidentnie fałszywe (myślenie nie musi być zdeterminowane przez cielesność, nie każde myślenie jest metaforyczne, istnieje myślenie świadome); jeśli zaś potraktuje się je dosłownie, są one trywialne, pozbawione „rewolucyjnego potencjału”. *Secundo*, nie jest prawdą, że te trzy tezy są powszechnie przyjmowane w ramach kognitywizmu (być może poza tezą drugą, iż myślenie ma w dużej części charakter nieświadomy): np. wielu kognitywistów nie zgadza się z tezą, że umysł jest „ucieleśniony” (czyli że każdy przypadek rozumowania jest „zakotwiczony w ciele”, co chyba ma znaczyć według Lakoffa i Johnsona, że ciało niejako wyznacza granice rozumowania i że nie istnieje myślenie bezinteresowne, tj. prowadzone niezależnie od potrzeb ciała); innymi słowy, teza Lakoffa i Johnsona o ucieleśnionym umyśle jest charakterystyczna tylko dla jednego z kilku modeli umysłu (dynamicznego) zaproponowanych w ramach kognitywizmu² (ten i inne modele przedstawimy dokładniej w pkt 2). Podsumowując: zdecydowanie nie podzielamy entuzjastycznego stanowiska w kwestii doniosłości nauk kognitywnych dla filozofii. Nasz sceptycyzm spróbujemy szerzej uzasadnić w pozostałej części niniejszego opracowania, choć nie w kontekście filozofii w ogóle, lecz w kontekście filozofii prawa. Niemniej, zważywszy, iż zagadnienia istotne dla filozofii prawa (takie jak np. odpowiedzialność, podmiotowość czy wolna wola) są badane również w ramach innych gałęzi filozofii (np. filozofii umysłu czy filozofii moralności), nasze wnioski o filozoficznych implikacjach wyników nauk kognitywnych sformułowane w kontekście filozofii prawa dają się, jak sądzimy, uogólnić także na inne gałęzie filozofii. Nasze stanowisko można przedstawić w postaci trzech tez:

1) nauki kognitywne są nauką *in statu nascendi*, nie wypracowały bowiem do tej pory jednolitego paradygmatu i nie dostarczają jednolitego obrazu człowieka, w związku z czym na obecnym etapie swojego rozwoju mają niewielkie znaczenie dla filozofii prawa;

2) istnieją strategie aplikacji nauk kognitywnych w obszarze filozofii prawa, które pozwalają zminimalizować lub zneutralizować ryzyko błędów i uproszczeń związanych z odwołaniem się do nauki, która wciąż nie dysponuje jednolitym paradygmatem;

3) nawet jednak na dojrzałym etapie swojego rozwoju nauki kognitywne będą miały prawdopodobnie niewielkie znaczenie dla filozofii prawa³.

Pozostałe punkty niniejszego opracowania stanowią rozwinięcie tych trzech tez.

² Dla określenia nauk kognitywnych stosuje się także termin „kognitywistyka”. Jest on bardziej jednoznaczny niż termin „kognitywizm”, którym określa się także pewne stanowisko metafizyczne (przypisujące wypowiedziom normatywnym wartość poznawczą); przyjęcie go ma jednak tę niefortunną konsekwencję językową, że prowadzi do nazwania badaczy uprawiających nauki kognitywne „kognitywistkami” (termin „kognitywiści” jest niewątpliwie bardziej elegancki).

³ W Polsce kwestia relacji między naukami kognitywnymi i filozofią prawa nie była do tej pory przedmiotem szerszej debaty naukowej. Powstało także niewiele opracowań naukowych na ten temat. Z istniejących opracowań należy wymienić przede wszystkim książkę T. Pietrzykowskiego, *Intuicja prawnicza. W stronę zewnętrznej integracji teorii prawa*, Warszawa 2012.

2. Kognitywizm jako nauka *in statu nascendi*

Nauki kognitywne nie wypracowały jednolitego paradygmatu: chcieć wyprowadzać mocne i jednoznaczne wnioski na temat człowieka z nauk kognitywnych to tak, jakby chcieć wyprowadzać wnioski na temat świata z fizyki klasycznej przed powstaniem dzieła Newtona *Philosophiae Naturalis Principia Mathematica*. Tezę, iż nauki kognitywne nie wypracowały jednolitego paradygmatu, uzasadnimy na dwóch przykładach: pokażemy, że nauki kognitywne nie oferują jednolitej teorii umysłu oraz jednolitej teorii racjonalności.

2.1. Umysł

W ramach nauk kognitywnych można wyróżnić trzy główne modele umysłu: komputacyjny, konekjonistyczny i dynamiczny. **Model komputacyjny** zakłada, że umysł jest swego rodzaju komputerem cyfrowym, a myślenie obliczaniem, tj. prowadzeniem w oparciu o określone reguły operacji na symbolicznych reprezentacjach. Na model komputacyjny składają się więc dwie teorie: reprezentacyjna teoria umysłu (wedle której stany mentalne odnoszą się do mentalnych reprezentacji, tj. myśli, pragnienia, przekonania, percepcje są relacjami do symbolicznie reprezentowanych treści mentalnych) oraz komputacyjna teoria myślenia (wedle której myślenie jest obliczaniem). Problemy tego modelu są wielorakie – wymienimy dwa z nich. Po pierwsze, ludzki umysł wykazuje rozumienie, a obliczanie – operowanie na symbolach zgodnie z określonymi regułami – nie jest wystarczające do rozumienia (argument z chińskiego pokoju J. Searle'a). Po drugie, zgodnie z twierdzeniem Löwenheim-Skolema-Tarskiego syntaktyka nie determinuje jednoznacznie semantyki⁴. Argumenty te są oczywiście powiązane ze sobą, tj. twierdzenie Löwenheim-Skolema-Tarskiego to formalny wynik wspierający argument z chińskiego pokoju (gdyby bowiem dało się w pełni odwzorować semantykę w syntaktyce, intuicyjny argument Searle'a straciłby wiele ze swojej siły perswazyjnej). **Model konekjonistyczny** zakłada, że informacja nie jest magazynowana w umyśle

W książce tej autor wnikliwie bada znaczenie osiągnięć nauk kognitywnych dla filozofii prawa, dochodząc do wniosków bardziej optymistycznych niż bronione w niniejszej pracy (stanowisko Pietrzykowskiego można określić mianem „umiarkowanego entuzjazmu” w kwestii znaczenia nauk kognitywnych dla filozofii prawa).

⁴ Zgodnie z tym twierdzeniem, każda sformalizowana teoria I rzędu ma model przeliczalny wtedy i tylko wtedy, gdy ma model dowolnie nieskończony. Wynika stąd, że żadna sformalizowana teoria I rzędu nie wyznacza w sposób jednoznaczny swojego modelu – posiada zawsze model także w teorii liczb. Na „niedookreślenie” semantyki przez syntaktykę wskazują także inne twierdzenia limitacyjne, m.in. twierdzenie Tarskiego o niedefiniowalności prawdy, które mówi, że jeśli *T* jest teorią niesprzeczną, to zbiór zdań prawdziwych tej teorii nie daje się zdefiniować w *T*. Por. J. Woleński, *O filozoficznym sensie metamatematycznych twierdzeń limitacyjnych*, „Wiadomości Matematyczne” 2009, nr 45 (2), s. 195–216.

w postaci ciągu symbolicznych reprezentacji, lecz jest „rozproszona” w sieci neuronowej⁵. W związku z tym myślenie nie jest manipulowaniem symbolami zgodnie z określonymi regułami, lecz ma charakter płynny i zachodzi na poziomie sub-symbolicznym: jest modelowane przez stopniowe zmiany zachodzące w sile połączeń („wagach”) między jednostkami sieci neuronowej. W ramach tego modelu odrzuca się więc obie teorie składające się na model komputacyjny: stany intencjonalne nie są określonymi relacjami do mentalnych reprezentacji, a myślenie nie jest obliczaniem. **Model dynamiczny**⁶ zakłada, że systemy poznawcze są dynamiczne i złożone, obejmują bowiem system nerwowy, ciało i środowisko, w jakim funkcjonują. Według tego modelu umysł jest więc nie tylko „ucieleśniony” (*embodied*), lecz także „osadzony” (*embedded*) w określonym środowisku⁷. W ramach tego modelu odrzuca się tezę o komputacyjnym charakterze procesów psychicznych: procesy te nie są ciągami dyskretnych stanów symbolicznych, lecz ciągłymi, podlegającymi ewolucji stanami pewnego dynamicznego i złożonego systemu. Nie będziemy omawiać problemów obu modeli; odnotujmy jedynie, że są one nie mniej poważne niż problemy modelu komputacyjnego. Nie jest w pełni jasne, jakie są relacje między tymi modelami. Można bronić dwóch skrajnych poglądów: że modele te wzajemnie się wykluczają oraz że można je w jakiś sposób ze sobą pogodzić, np. przyjmując, iż modele komputacyjny i konekjonistyczny opisują dwa odmienne, ale komplementarne, poziomy funkcjonowania umysłu – odpowiednio: symboliczny i sub-symboliczny. W tym ujęciu sieć neuronowa byłaby implementacją na poziomie sub-symbolicznym procesów obliczeniowych dokonywanych na reprezentacjach mentalnych; umysł byłby więc jednocześnie siecią neuronową i – na wyższym poziomie opisu – instrumentem przetwarzania ciągów symboli. Można także argumentować, że model konekjonistyczny jest pewnym szczególnym wariantem modelu dynamicznego. Są to jednak czyste spekulacje; jest bowiem jasne, że nauki kognitywne są wciąż na etapie poszukiwania paradygmatycznego modelu umysłu.

⁵ Por. D. E. Rumelhart, *The architecture of mind: A connectionist approach*, [w:] M. J. Posner (ed.), *Foundations of Cognitive Science*, Cambridge MA 1993, s. 133–159.

⁶ Por. T. J. van Gelder, *Dynamic approaches to cognition*, [w:] R. Wilson, F. Keil (red.), *The MIT Encyclopedia of Cognitive Sciences*, Cambridge MA 1999, s. 244–246; idem, *What might cognition be, if not computation?*, „Journal of Philosophy” 1995, vol. 92, no. 7, s. 345–381.

⁷ Teza, że umysł ludzki jest *embedded*, oznacza, że pierwotną i podstawową relacją człowieka wobec świata nie jest relacja „kartezjańskiego” obserwatora, który najpierw tworzy w umyśle obraz świata, a potem dopiero w nim działa, lecz relacja „bycia w świecie”, umiejętnego „radzenia sobie” ze światem, wykonywania w nim określonych czynności bez konieczności tworzenia jego symbolicznych reprezentacji. Ta antykartezjańska teza została na gruncie filozofii kontynentalnej najwnikliwiej i najpełniej rozwinięta przez M. Heideggera. Dlatego też filozofia Heideggera stała się źródłem inspiracji dla pewnej grupy kognitywistów (por. zwłaszcza H. Dreyfus, *Being-in-the-World: A Commentary on Heidegger's „Being and Time”, Division I*, Cambridge MA 1990).

2.2. Racjonalność

Można często spotkać się ze stwierdzeniem, że nauki kognitywne podważają założenie o racjonalności człowieka (rozumianej, zgodnie z teorią racjonalnego wyboru, jako działanie w sposób dający się matematycznie modelować jako maksymalizowanie funkcji użyteczności), gdyż ujawniają, że ludzie nie postępują zgodnie z zasadą maksymalizacji użyteczności, lecz działają niejako „na skróty”, wykorzystując w swoich procesach decyzyjnych różne heurystyki (np. dostępności, reprezentatywności, zakotwiczenia), co naraża ich na różne błędy (*biases*) i iluzje (np. błąd nadmiernego optymizmu, błąd pewności siebie, błąd opóźnionej predykcji (*hindsight bias*), iluzję pozornych korelacji, iluzję kontroli). Twierdzi się także niekiedy, że argumentem za słusznością tego – dość pesymistycznego – ujęcia poziomu racjonalności człowieka jest fakt, że pozwala ono lepiej niż tradycyjny model racjonalnego wyboru przewidywać ludzkie zachowania. Żadna z tych dwóch tez nie wydaje się przekonująca. Co do pierwszej tezy, w ramach nauk kognitywnych rozwijane są inne modele racjonalności – bardziej optymistyczne w kwestii racjonalności zachowań ludzi – niż opisany wyżej **model *Heuristics and biases*** D. Kahnemana i A. Tversky'ego. Takim modelem jest np. **model ekologicznej racjonalności** G. Gigerenzer. Gigerenzer dokonał reinterpretacji różnych eksperymentów mających przemawiać za tezą o ludzkiej nieracjonalności (np. eksperymentów dotyczących przetwarzania informacji probabilistycznych), argumentując, że eksperymenty te zostały przeprowadzone w sztucznych warunkach laboratoryjnych i jako takie nie mogą być przywoływane dla wsparcia tej tezy. Zdaniem Gigerenzer, ludzie bardzo dobrze radzą sobie z zadaniami „na racjonalność”, o ile zadania te przeprowadzane są w sytuacjach realistycznych (zwłaszcza takich, które nie odbiegają istotnie pod względem struktury od tych, w jakich w odległej przeszłości kształtowały się zdolności poznawcze naszych przodków)⁸. Ponadto, w ramach nauk kognitywnych wciąż silny pozostaje **model teorii racjonalnego wyboru**, zgodnie z którym człowiek działa w taki sposób, jakby maksymalizował swoją funkcję użyteczności. Także druga teza jest mało przekonująca, model *Heuristics and biases* nie pozwala bowiem na dokonywanie jednoznacznych predykcji ludzkich zachowań. Wystarczy zauważyć, że: heurystyki często się „znoszą” (np. heurystyka dostępności i heurystyka reprezentatywności⁹); są niekiedy sprzeczne z wynikami badań na temat człowieka prowadzonymi w ramach psychologii

⁸ Por. np. G. Gigerenzer, *Gut Feelings. Short Cuts to Better Decision Making*, London 2007.

⁹ Wyobraźmy sobie, że Łukasz gra w ruletkę. Pięć razy z rzędu wypadło czarne. Na co Łukasz postawi za szóstym razem? Jeśliby kierował się heurystyką reprezentatywności (a więc oczekiwał, że sekwencja kolorów będzie odzwierciedlać losowy charakter mechanizmu generującego kolory), postawiłby na czerwone; jeśli natomiast kierowałby się heurystyką dostępności (a więc przewidywał wynik na podstawie najbardziej „dostępnych” w pamięci wyników), to na czarne. Model *Heuristics and biases* nie mówi, która z tych heurystyk zaktywizuje się w tej sytuacji, nie pozwala więc sformułować jednoznacznej predykcji zachowania Łukasza.

ewolucyjnej (np. błąd nadmiernego optymizmu jest sprzeczny z tezą psychologów ewolucyjnych mówiącą o skłonności ludzi do pesymizmu, zaś oba te zjawiska w kontekście zachowań inwestorów na giełdzie są sprzeczne z heurystyką reprezentatywności i wynikającym z niej efektem gracza); nikt nie oszacował „wag” poszczególnych skonfliktowanych heurystyk lub błędów, a jeśli da się to w ogóle zrobić, to zapewne wyłącznie *de casu ad casum*, tj. dla konkretnych sytuacji decyzyjnych, w jakich znajdują się konkretne osoby, nie zaś dla typów sytuacji (a tylko wtedy, gdyby dało się je wyznaczyć dla typów sytuacji, można byłoby je wykorzystać do dokonywania predykcji). Nie wiadomo także, jak mocną tezę na temat ludzkiej nieracjonalności implikuje model *Heuristics and biases*. Kahneman przyznaje, że procesy poznawcze mają dualną naturę¹⁰: można je podzielić na procesy Systemu 1 (w którym zakorzenione są heurystyki i błędy) – szybkie, holistyczne, automatyczne, nieświadome, ewolucyjnie starsze, niewymagające wiele mentalnego wysiłku – oraz procesy Systemu 2 – relatywnie powolne, oparte na regułach, kontrolowane, wymagające więcej wysiłku mentalnego, deliberatywne¹¹. Taki podział implikuje jednak, że ludzie mogą dokonywać korekt błędów wygenerowanych przez System 1. Nie wiadomo więc, jak głęboko owa – mniej lub bardziej silna – nieracjonalność ujawniona przez *Heuristics and biases* tkwi w ludzkiej naturze. Poza tym, psychologia kognitywna pokazuje, iż ludzie mogą istotnie różnić się między sobą pod względem racjonalności. Warto wspomnieć, że rezultaty badań eksperymentalnych prowadzonych w ramach modelu *Heuristics and biases* są często przywoływane jako argument na rzecz paternalizmu prawnego. Naszym zdaniem, taki sposób wykorzystania tego modelu w rozważaniach filozoficznoprawnych jest nieuprawniony. Po pierwsze, *Heuristics and biases* jest jednym z trzech modeli w ramach nauk kognitywnych wyodrębnionych w kontekście pytania o ludzką racjonalność; pozostałe dwa modele (model racjonalnego wyboru i model ekologicznej racjonalności) nie implikują tezy o ludzkiej nieracjonalności – tezy mówiącej (jak ujął to Gigerenzer w swoim krytycznym omówieniu paradygmatu *Heuristics and biases*), że „the untutored mind is running on a shoddy software, that is, on programs that work only with a handful of heuristics”¹²; nie mogą być więc wykorzystane w uzasadnianiu paternalizmu prawniczego (jeśli ludzie są racjonalni, sami najlepiej potrafią zatroszczyć się o własne interesy). Po drugie, nawet jeśli model ten okazałby się prawdziwy, wciąż nie byłoby jasne, jak głęboko nieracjonalność jest zakorzeniona w naszej naturze, tj. w jakim stopniu System 1 podlega korekcie ze strony Systemu 2. Jeśli zakorzenienie to nie okazałoby się zbyt głębokie, to być może odpowiednia edukacja wystarczyłaby do tego, aby ją „zneutralizować” i paternalistyczna

¹⁰ Por. np. D. Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, New York 2011.

¹¹ Szczegółową analizę tych dwóch systemów można znaleźć w: K. E. Stanovich, *Who Is Rational? Studies of Individual Differences in Reasoning*, New York 1999.

¹² G. Gigerenzer, *On cognitive illusions and rationality*, „Poznan Studies in the Philosophy of the Sciences and the Humanities” 1991, vol. 21, s. 235.

ingerencja prawna nie byłaby konieczna. Po trzecie, jak już wspomnieliśmy, istnieją różnice indywidualne między ludźmi, jeśli chodzi o stopień ich racjonalności. Czy miałyby stąd wynikać, że w stosunku do niektórych paternalizm byłby pożądanym, a w stosunku do innych nie? Jest jednak jasne, że prawo nie może wprowadzać dystynkcji między dorosłymi ludźmi na mniej i bardziej racjonalnych, i adresować określone reguły paternalistyczne tylko do tych pierwszych. Sam pomysł tego rodzaju wydaje się absurdalny¹³. Podsumowując: nauki kognitywne wciąż nie udzielają jednoznacznej odpowiedzi na pytanie o racjonalność człowieka, dlatego ich wykorzystywanie w celu uzasadnienia takiej czy innej polityki prawnej jest co najmniej ryzykowne, jeśli nie zupełnie nieuprawnione.

3. Strategie aplikacji nauk kognitywnych w obszarze prawa

Można wyróżnić dwa rodzaje strategii „bezpiecznego” wykorzystywania nauk kognitywnych na obecnym etapie ich rozwoju w filozofii prawa. Pierwszy rodzaj strategii pozwala zminimalizować ryzyko uproszczeń związanych z aplikacją „nauki bez paradygmatu” w obszarze filozofii prawa, drugi pozwala owe uproszczenia zneutralizować. **Strategia minimalizacji uproszczeń** polega na prowadzeniu dokładnej analizy metodologicznej szczegółowych wyników nauk kognitywnych i na badaniu ich możliwych implikacji dla filozofii prawa. W ramach tej strategii nie podejmuje się próby budowania ogólnego obrazu człowieka w oparciu o nauki kognitywne i analizowania przez pryzmat tego obrazu fundamentalnych problemów filozofii prawa. Wnioski na temat prawa prowadzone na podstawie tego rodzaju strategii są, by tak rzec, mało efektowne: zazwyczaj dotyczą raczej drugorzędnych problemów filozofii prawa, są mało wyraziste, opatrzone wieloma metodologicznymi zastrzeżeniami. Przykładem takiej strategii może być przeprowadzona w poprzednim punkcie, szkicowa analiza znaczenia modelu *Heuristics and biases* dla filozoficznoprawnego pytania o dopuszczalność paternalizmu prawnego. Innym przykładem takiej aplikacji jest analiza prawniczych negocjacji w oparciu o teorię perspektyw Kahnemana i Tversky’ego (stanowiącą część modelu *Heuristics and biases*). Teoria perspektyw zakłada, że ludzie nie doszacowują średnich i wysokich prawdopodobieństw oraz przeszacowują niskie prawdopodobieństwa. Otóż na podstawie tej teorii można zbudować interesujący model negocjacji prawniczych, określający warunki, w jakich istnieje szansa na zawarcie ugody między stronami¹⁴. Kolejny przykład wiąże

¹³ Na temat problemów z wykorzystywaniem wyników nauk kognitywnych w uzasadnianiu paternalizmu prawnego por. w szczególności: R. H. Thaler, C. R. Sunstein, *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, New Haven–London 2008.

¹⁴ Por. Ch. Guthrie, *Prospect theory, risk preference and the law*, „Northwestern University Law Review” 2003, vol. 97, no. 3.

się z testowaniem ekonomicznego modelu składania pozwu. Wedle tego modelu poszkodowany złoży pozew, jeśli iloczyn prawdopodobieństwa jego zwycięstwa w sądzie i wysokości odszkodowania jest wyższy niż koszty procesu. Model ten, jak wiadomo, jest predykcyjnie słaby. Próbując wyjaśnić predykcijną nietrafność tego modelu, można odwołać się do osiągnięć nauk kognitywnych, które oferują kilka tłumaczących ją hipotez. Jedna z hipotez mówi, że ludzie kierują się retrybutywną złośliwością, która skłania ich do składania pozwów, nawet jeśli powyższa nierówność jest niespełniona, ponieważ w ten sposób budują reputację osoby, której nie można bezkarnie krzywdzić. Inna hipoteza odwołuje się do błędu nadmiernego optymizmu, który sprawia, że ludzie składają pozwy nawet wtedy, gdy obiektywne prawdopodobieństwo wygranej jest niskie. Można wreszcie argumentować, że ludzie troszczą się o status relatywny, a nie absolutny, jeśli więc poprzez złożenie pozwu wyrządzą większą szkodę przeciwnikowi niż sobie samym, złożenie pozwu będzie z ich perspektywy decyzją racjonalną¹⁵. **Strategia neutralizacji uproszczeń** ma inny charakter: polega ona na wyprowadzeniu wszystkich możliwych konsekwencji filozoficznych z określonego modelu umysłu czy racjonalności i zbadaniu ich znaczenia dla zasadniczych problemów dyskutowanych w ramach filozofii prawa. W ramach tej strategii wybiera się więc jeden z modeli, mając świadomość, że jest on jednym z kilku możliwych i że istnieją poważne argumenty naukowe przeciw niemu (a więc, że nie ma on statusu paradygmatu), i próbuje się w oparciu o niego budować pewną antropologię filozoficzną. Strategia ta ma tę przewagę nad pierwszą, że prowadzi do zbudowania pewnej wizji prawa (strategia minimalizacji uproszczeń jest skoncentrowana na problemach szczegółowych), jej słabością jednak jest oczywiście to, że generuje wizję człowieka i prawa, która ma charakter hipotetyczny (mówi więc: „jeśli model x jest prawdziwy, to antropologia filozoficzna i , w konsekwencji, ujęcie określonych problemów filozoficznoprawnych wyglądałoby mniej więcej tak”)¹⁶. Strategia jest więc swego rodzaju ćwiczeniem dedukcyjnym.

¹⁵ Por. O. D. Jones, *Evolutionary psychology and the law*, [w:] D. M. Buss (ed.), *The Handbook of Evolutionary Psychology*, New Jersey 2005, s. 953–974.

¹⁶ Jako przykład (nie w pełni świadomej) realizacji takiej strategii widzę dziś swoją książkę *Ewolucyjna filozofia prawa* (Warszawa 2009), będącą próbą zbudowania wizji prawa w oparciu o model komputacyjny (wzbogacony o założenia psychologii ewolucyjnej, zakładającej, że umysł ludzki ma strukturę silnie modułarną, a moduły – darwinowskie algorytmy wyspecjalizowane w rozwiązywaniu różnego rodzaju problemów, wobec których stawali nasi przodkowie w epoce plejstocenu – są biologicznymi adaptacjami). Niestety, w książce nie zazaczyłem wyraźnie, że realizuję taką strategię, co wynikało stąd, że w okresie jej pisania byłem pod silnym wpływem ewolucyjnego myślenia o człowieku i sądziłem, że model ten jest w swoich zasadniczych punktach prawdziwy. Gdybym tę książkę pisał dziś, wskazałbym wyraźniej, że jest ona przykładem zastosowania takiej strategii: byłbym w niej bowiem dużo bardziej krytyczny wobec psychologii ewolucyjnej (w książce tej pisałem wprawdzie o niekompletności obrazu człowieka, którego dostarcza psychologia ewolucyjna, ale czyniłem to w sposób zbyt mało stanowczy).

4. Implikacje nauk kognitywnych dla filozofii prawa

Stwierdziłmy, że nauki kognitywne nawet na dojrzałym etapie ich rozwoju, tj. takim, w którym wykrystalizuje się ich paradygmat¹⁷, będą mieć jedynie niewielkie znaczenie dla filozofii prawa, tzn. nie doprowadzą do jakichś zasadniczych czy choćby nawet po prostu istotnych zmian w sposobie myślenia o prawie. Można tę tezę uzasadniać na dwa różne sposoby, w zależności od przyjmowanego stanowiska w kwestii wpływu rezultatów nauk empirycznych na rozstrzygnięcie problemów filozoficznych. Według pierwszego stanowiska wyniki badań naukowych nie mają bezpośredniego znaczenia dla rozstrzygnięcia problemów filozoficznych – aby móc wykorzystać te wyniki w argumentacji na rzecz określonego poglądu filozoficznego, trzeba poddać je interpretacji filozoficznej (niejako przełożyć na język, w jakim dany problem filozoficzny jest sformułowany), a przyjęta ostatecznie interpretacja jest zawsze jedną z kilku równo uprawnionych. Przykładowo: wyniki słynnych eksperymentów Libeta nie mają (wbrew często głoszonej tezie) bezpośrednich konsekwencji dla filozoficznego sporu o istnienie wolnej woli – można je interpretować zarówno jako wspierające tezę o istnieniu wolnej woli, jak i tezę o jej niestnieniu¹⁸. Tak więc wedle tego stanowiska wszelkie problemy filozoficzne mające znaczenie dla filozofii prawa (obok problemu wolnej woli można wymienić tutaj także problem podmiotowości, tj. pytanie, czy człowieka można uznawać za autora własnych działań, za które może ponosić odpowiedzialność, oraz problem relacji umysł – mózg) nie mogą być rozstrzygnięte bezpośrednio przez odwołanie się do wyników nauk empirycznych; nauki te w istotnym sensie (tj. dlatego, że wymagają interpretacji, a te mogą być zwykle bardzo odmienne) pozostają irrelewantne dla tych sporów. Według drugiego stanowiska wyniki nauk empirycznych mają bezpośrednio znaczenie dla rozstrzygnięcia problemów filozoficznych – nawet więc jeśli jest tak, iż wyniki te należy poddać interpretacji, aby można je było odnieść do tych problemów,

¹⁷ Bądź też paradygmaty, jeśli przyjmiemy, że dwa fundamentalne obszary badań w ramach nauk kognitywnych – umysł i racjonalność – wymagają odrębnych paradygmatów (choć, oczywiście, paradygmaty te muszą być spójne, aby można było mówić o „dojrzałym” etapie rozwoju nauk kognitywnych).

¹⁸ Za tym, że stanowisko to jest częściowo słuszne, przemawia także fakt, iż przedstawiciele nauk kognitywnych różnią się w opisie konsekwencji filozoficznych omówionych wyżej modeli umysłu. Zwolennicy jednego modelu mogą przyjmować różne stanowiska w podstawowych kwestiach z zakresu filozofii umysłu. Przykładowo, J. Fodor jest – podobnie jak P. Churchland i D. Dennett – zwolennikiem komputacyjnego modelu umysłu, ale o ile Fodor przyjmuje przekonanie o istnieniu „wewnętrznej (*intrinsic*) intencjonalności” i o trafności *folk psychology*, o tyle Churchland i Dennett przekonanie to odrzucają. Z kolei J. Searle, który odrzuca komputacyjny model umysłu, dzieli z Fodorem przekonanie o istnieniu „wewnętrznej intencjonalności” i o trafności *folk psychology*. Zapewne jest tak, że niektóre wyniki nauk empirycznych mają bardziej bezpośrednio implikacje filozoficzne, inne zaś mniej; prawdziwe mogą być więc oba stanowiska (w odniesieniu do różnych rezultatów badań naukowych).

zakres uprawnionych interpretacji jest wąski, bo często ogranicza się do jednej interpretacji, wspierającej określony pogląd na dany problem filozoficzny. Ponieważ wielu najbardziej znanych przedstawicieli nauk kognitywnych (np. Daniel Dennett, Paul Churchland, Patricia Churchland) w swoich tekstach filozoficznych przywołuje wyniki nauk kognitywnych jako argument na rzecz monistyczno-materialistycznych¹⁹ rozstrzygnięć wspomnianych problemów filozoficznych (wolnej woli, podmiotowości, relacji umysł – mózg), mogłoby się wydawać, że drugie stanowisko jest słuszne i, co ważniejsze, że prowadzi ono właśnie do monistyczno-materialistycznych rozstrzygnięć tych problemów. Gdyby rzeczywiście rzeczy tak się miały, to nasza teza o niewielkim znaczeniu wyników nauk kognitywnych dla filozofii prawa byłaby nietrafna, albowiem monistyczno-materialistyczne rozstrzygnięcia tych problemów (oznaczające w istocie odrzucenie klasycznego rozumienia pojęcia wolnej woli, pojęcia podmiotowości, kauzalnej efektywności stanów mentalnych, oraz uznanie moralności za biologiczną adaptację, tzn. za pewien zespół dyspozycji służący niczemu więcej niż utrzymaniu leżących u jego podstaw genów w puli genowej populacji) wymagałyby zasadniczej przebudowy siatki pojęciowej, na jakiej wspiera się tradycyjne rozumienie prawa. Uważamy jednak, że teza, iż nauki kognitywne prowadzą do monistyczno-materialistycznych rozstrzygnięć wspomnianych problemów jest nie do utrzymania, nawet jeśli przyjmie się, że słuszne jest stanowisko drugie, tj. że wyniki nauk kognitywnych mogą bezpośrednio wspierać określone stanowisko filozoficzne. Istnieją bowiem silne argumenty naukowe na rzecz tezy idącej pod prąd dominującego obecnie monistyczno-materialistycznego „klimatu opinii”, tzn. tezy mówiącej, iż nauki kognitywne wspierają raczej tradycyjne rozwiązania wspomnianych problemów filozoficznych. Przykładowo: badania prowadzone na pograniczu mechaniki kwantowej i psychologii poznawczej pokazują, że pewne zjawiska (np. skuteczność różnych technik kognitywno-behawioralnych, takich jak ukierunkowana uwaga czy poznawcze redefiniowanie sytuacji, w regulowaniu naszych reakcji emocjonalnych, leczeniu zaburzeń obsesyjno-kompulsywnych, depresji czy fobii) można przekonująco tłumaczyć poprzez przyjęcie jakiejś wersji dualizmu umysł – mózg²⁰, i w efekcie poprzez uznanie kauzalnej efektywności stanów mentalnych. Budowane są wyrafinowane modele oparte na formalizmie mechaniki kwantowej, które opisują szczegółowo, w jaki sposób sfera mentalna (umysł) może oddziaływać na sferę fizyczną (mózg, ciało)²¹. Nie jest oczywiście tak,

¹⁹ Użycie tego mało zgrabnego terminu jest konieczne z uwagi na to, że monizm może być również niematerialistyczny (np. Berkeley był monistą niematerialistycznym).

²⁰ Stojąc na gruncie naukowym, trudno oczywiście bronić radykalnej – kartezjańskiej – wersji dualizmu, która zakłada całkowitą ontologiczną niezależność substancji umysłowej (*res cogitans*) od substancji cielesnej (*res extensa*). Jako akceptowalne wersje dualizmu pozostają więc niekartezjańskie odmiany dualizmu substancji i tzw. dualizm własności.

²¹ Por. np. J. Schwartz, H. Stapp, M. Beauregard, *Quantum physics in neuroscience and psychology: a neurophysical model of mind-brain interaction*, „Philosophical Transactions

że modele te negują występowanie kauzalnego oddziaływania sfery fizycznej na mentalną; niemniej pokazują, że – wbrew panującym dogmatom monistyczno-materialistycznym – teza o odwrotnym wpływie kauzalnym (sfery mentalnej na fizyczną) i o pewnej autonomiczności sfery mentalnej względem fizycznej jest w świetle współczesnej nauki (zwłaszcza mechaniki kwantowej) nie tylko uprawniona, lecz – co ważniejsze – bardziej uprawniona niż teza przeciwna (która może przybrać wiele różnych postaci, od najbardziej radykalnych: materializmu eliminacyjnego i epifenomenalizmu, do bardziej umiarkowanych: różnych wersji materializmu emergentystycznego). Teza ta ma tę dodatkową zaletę, iż, w przeciwieństwie do monistyczno-materialistycznego ujęcia relacji umysł – mózg, nie jest kontrintuicyjna, współbrzmi bowiem z naszymi „spontanicznymi” przekonaniami: że stany mentalne nie są tożsame ze stanami pewnego systemu fizycznego (mózgu czy – szerzej – mózgu i ciała), że stany mentalne są kauzalnie skuteczne, że wolna wola istnieje i że podmiotowość nie jest iluzją. Podsumujmy, trawstując słynną myśl Pascala: wydaje się, że monizm materialistyczny jest oznaką siły myśli, ale tylko do pewnego stopnia²². Oczywiście, powyższe uwagi mają jedynie szkicowy charakter (szczegółowe rozwinięcie tezy o dualistycznych implikacjach nauk kognitywnych wykracza poza zakres niniejszego tekstu); niemniej wydają się wystarczające, aby pokazać, że teza, iż nauki kognitywne prowadzą do monistyczno-materialistycznych rozstrzygnięć wspomnianych problemów filozoficznych, nie tylko nie jest oczywista, ale jest prawdopodobnie fałszywa. Wydaje się bowiem, że nauki te (w zależności od tego, jakie stanowisko przyjmujemy w kwestii znaczenia wyników nauk empirycznych dla rozstrzygnięcia problemów filozoficznych) albo nie mają żadnych wyraźnych implikacji filozoficznych, albo mają raczej implikacje dualistyczne, i w rezultacie potwierdzają, a nie podważają, siatkę pojęciową, na której wspiera się tradycyjne myślenie o człowieku (i w efekcie o prawie). Rzecz jasna, jeśli prawdziwa jest teza druga (oparta na stanowisku drugim w kwestii znaczenia wyników nauk przyrodniczych dla rozstrzygnięcia problemów filozoficznych), nasz pogląd o niewielkim znaczeniu nauk kognitywnych dla filozofii prawa musimy złagodzić, ale tylko nieznacznie: wyniki nauk kognitywnych mają znaczenie dla filozofii prawa, ale tylko o tyle, że potwierdzają trafność rozstrzygnięć filozoficznych leżących u podstaw „prawniczej siatki pojęciowej” (jest to modyfikacja nieznaczna także dlatego, że główne argumenty za tą siatką mają filozoficzny, a nie naukowy charakter).

of the Royal Society of London. Series B: Biological Sciences” 2005, vol. 29, no. 360 (1458), s. 1309–1327; J. Schwartz, S. Begley, *The Mind and the Brain: Neuroplasticity and the Power of Mental Force*, New York 2002; H. Stapp, *Mind, Matter and Quantum Mechanics*, Berlin–Heidelberg 2004; H. Stapp, *Mindful Universe: Quantum Mechanics and the Participating Observer*, Berlin–Heidelberg 2007.

²² Chodzi oczywiście o myśl następującą (nr 225): „Athéisme, marque de force d’esprit, mais jusqu’à un certain degré seulement”.

Powróćmy na zakończenie do kwestii badań nad racjonalnością, prowadzonych w ramach nauk kognitywnych, i zastanówmy się nad jej związkiem z przedstawionym wyżej poglądem o niewielkim znaczeniu nauk kognitywnych dla filozofii prawa. Otóż zarysowane w pkt 2.2 trzy deskryptywne modele racjonalności, zaproponowane w ramach tych nauk (tj. model teorii racjonalnego wyboru, model *Heuristics and biases* oraz model ekologicznej racjonalności), mają w istocie umiarkowane znaczenie filozoficzne, tzn. zwycięstwo któregośkolwiek z nich nie będzie wymuszało dokonania żadnej zmiany w tradycyjnym obrazie człowieka jako istoty wolnej i racjonalnej (obraz ten można nazwać „humanistycznym”). Jest tak dlatego, że modele te opisują inne pojęcie racjonalności niż pojęcie racjonalności przyjmowane w tym obrazie. Modele te odpowiadają na pytanie, czy człowiek jest racjonalny w sensie instrumentalnym, tj. czy właściwie dobiera środki do celów (a więc, czy maksymalizuje swoją funkcję użyteczności), natomiast w tradycyjnym obrazie człowieka przez racjonalność rozumie się zdolność formułowania racji i argumentów, reagowania na racje i argumenty wysuwane przez innych oraz podejmowania działań pod wpływem racji i argumentów (racjonalność tego rodzaju można nazwać „argumentacyjną”). Obraz ten byłby więc zagrożony tylko wtedy, gdyby nauki kognitywne podważały tezę, iż człowiek jest racjonalny w takim – fundamentalnym i charakterystycznym wyłącznie dla niego²³ – sensie, a więc gdyby wykazywały, że kierowanie się racjami i argumentami jest wyłącznie iluzją czy „epifenomenem”, gdyż zachowania ludzkie dają się całkowicie wyjaśnić na poziomie czysto fizykalnym, tj. na poziomie relacji kauzalnych między stanami mózgu. Próbowaliśmy jednak wcześniej wykazać, iż nauki kognitywne albo nic takiego nie wykazują (ponieważ w kontekście tego zagadnienia nie mają wyraźnych implikacji filozoficznych), albo (jeśli uznamy, że takie implikacje dają się jakoś zrekonstruować) wspierają raczej tezę przeciwną, tj. tradycyjny obraz człowieka jako istoty wolnej i racjonalnej. Badania nad racjonalnością prowadzone w ramach nauk kognitywnych mogłyby do pewnego stopnia podważyć ten obraz, gdyby dowodziły, że człowiek jest **zupelnie** nieracjonalny w sensie instrumentalnym, można bowiem uznać, iż założenie o przynajmniej umiarkowanym poziomie racjonalności instrumentalnej jest częścią tego obrazu. Jest jednak oczywiste, że nauki kognitywne nie mogą dowieść tej tezy, gdyż jest ona sprzeczna ze zdrowym rozsądkiem i – co ważniejsze – z elementarnymi zasadami biologii ewolucyjnej: nasi przodkowie musieli wykazywać przynajmniej umiarkowany poziom racjonalności instrumentalnej, aby móc przetrwać i przekazać nam swoje geny. Nawet model *Heuristics and biases*, najbardziej sceptyczny względem tezy o racjonalności instrumentalnej człowieka, nie neguje tezy, że człowiek jest umiarkowanie racjonalny w sensie instrumentalnym. Zatem gdyby nawet ten właśnie model miał uzyskać status paradygmatu, nie miałoby to większego znaczenia dla dyskusji nad trafnością tradycyjnego – humanistycznego – obrazu człowieka, leżącego u podstaw myślenia o prawie.

²³ Zwierzęta są (albo przynajmniej mogą być) racjonalne w sensie instrumentalnym, ale nie w sensie „argumentacyjnym”.

Łukasz Górski

The Internet of Things. Zagadnienia filozoficznoprawne

W doktrynie spotkać się można ze stanowiskiem wyrażającym zdziwienie, że w obecnym świecie, pełnym dylematów socjotechnicznych, rozwój infrastruktury technicznej pozostawiono głównie nauce, inżynierom i siłom rynku¹. Co prawda, obecnie skrajne poglądy zakładające całkowitą autonomię cyberprzestrzeni i wskazujące na zachodzące tam procesy samoregulacji spotkały się ze słuszną krytyką, wciąż jednak nie można przecenić roli sektora prywatnego w tym zakresie²; ewolucja i rozwój Internetu oraz zasad rządzących siecią mają więc ostatecznie stanowić efekt współdziałania co najmniej trzech aktorów: rządów, społeczeństwa obywatelskiego i sektora prywatnego³. Przy tym podmioty należące do ostatniej ze wskazanych kategorii są skoncentrowane przede wszystkim na implementacji efektywnych rozwiązań technicznych i pomijają kwestie związane ze społecznymi implikacjami wdrażanych technologii⁴. Negatywnie takie zjawisko, cytując Ortegę y Gasseta, ocenił E. Morozov:

„być inżynierem [...] to nie dość, by być inżynierem”. To o wiele głębsze spostrzeżenie, niż mogłoby wydawać się na pierwszy rzut oka. Inżynier świadomy rozległych wyzwań życia w społeczności [...] w mniejszym stopniu będzie powodowany wyłącznie względami efektywności⁵.

Innymi słowy więc: wymogi życia społecznego powodują, że w projektowaniu określonych rozwiązań technicznych należy uwzględniać także ich aspekty etyczne i konsekwencje dla zbiorowości. Symptomatyczne dla rozważań

¹ M. Hildebrandt, *A Vision of Ambient Law*; http://works.bepress.com/mireille_hildebrandt/4 (dostęp: 29.07.2012).

² Por. szerzej: K. Dobrzaniecki, *Lex informatica*, Toruń 2008, s. 143–149; J. Boyle, *Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty, and Hard-Wired Censors*; <http://law.duke.edu/boylesite/foucault.htm> (dostęp: 29.07.2012).

³ R. H. Weber, *Accountability in the Internet of Things*; www.nics.uma.es/seciot10/files/pdf/weber_seciot10_paper.pdf (dostęp: 30.07.2012).

⁴ M. Hildebrandt, *op. cit.*, s. 189.

⁵ E. Morozov, *To Save Everything, Click Here: Technology, Solutionism, and the Urge to Fix Problems that Don't Exist*, New York 2013, s. 322.

o przewadze nurtu technicznego jest również to, że o ile literatura dotycząca technicznych aspektów funkcjonowania centralnego dla referatu zjawiska *Internet of Things* (Internetu przedmiotów) jest dość bogata, o tyle uboższe są źródła, których autorzy koncentrowaliby się na prawnych i moralnych aspektach zagadnienia; zdarza się, iż nawet źródła deklarujące rozpatrzenie przede wszystkim prawnych konsekwencji opisywanego zjawiska finalnie obszernie komentują również problemy o charakterze technicznym⁶. Czym jest jednak przedmiot niniejszego opracowania?

R. H. Weber i R. Weber przez pojęcie *Internet of Things* rozumieją powstającą obecnie globalną architekturę wymiany informacji, wspierającą wymianę dóbr i usług, a opartą na sieci Internet⁷. Bardziej obrazowo przedmiotowy termin ukazują S. Haller, S. Karnouskos i C. Schroth. Tłumacząc go, przedstawiają świat, w którym obiekty fizyczne zostają transparentnie zintegrowane z siecią informatyczną; usługi sieciowe mogą wchodzić z takimi inteligentnymi (*smart*) obiektami w interakcje, pobierać informacje o ich stanie, uwzględniając kwestie związane z ochroną prywatności⁸.

Rozważane zagadnienie nie stanowi jednak wyłącznie przedmiotu zainteresowania i teoretycznych tylko rozważań doktryny; zostało ono zauważone na poziomie Unii Europejskiej w rezolucji Parlamentu Europejskiego nr 2009/2224 (INI) z dnia 15 czerwca 2010 r. w sprawie Internetu przedmiotów. Zgodnie z przyjętą tam definicją rozważany termin należy odnosić do „ogólnej koncepcji obiektów (zarówno elektronicznych artefaktów, jak i przedmiotów codziennego użytku), które można odczytywać, rozpoznawać, z którymi można się łączyć, jak również lokalizować i/lub kontrolować je zdalnie za pośrednictwem Internetu”. Na marginesie rozważań można przy tym zauważyć, że Parlament Europejski bardzo optymistycznie ocenił potencjał rozważanego rozwiązania, stwierdzając na samym początku, iż „jest [ono] w stanie sprostać oczekiwaniom społeczeństwa i obywateli”, a jednocześnie – w tym samym zdaniu – zauważając, że jednak „konieczne jest przeprowadzenie badań naukowych w celu określenia, jakie te oczekiwania są”.

Opisywane zagadnienie określane jest w literaturze rozmaicie. Oprócz terminu *Internet of Things* stosowane są również takie, jak: *ubiquitous computing*⁹, *ambient computing*¹⁰, *persvasive computing*¹¹. Wszystkie te określenia mają

⁶ Zob. np. R. H. Weber, R. Weber, *Internet of Things. Legal Perspectives*, Berlin 2010, passim.

⁷ Ibidem, s. 1.

⁸ S. Haller, S. Karnouskos, C. Schroth, *The Internet of Things in an enterprise context*, [w:] J. Domingue, D. Fensel, P. Traverso (eds), *Future Internet – FIS 2008*, Berlin 2009, s. 14–28, cyt. za: R. H. Weber, R. Weber, *The Internet of Things...*

⁹ S. Poslad, *Ubiquitous Computing: Smart Devices, Environments and Interactions*, Chichester 2009, passim.

¹⁰ M. Hildebrandt, *op. cit.*, passim.

¹¹ J. Kang, D. Cuff, *Persvasive Computing: Embedding the Public Sphere*, „Washington and Lee Law Review” 2005, no. 65, passim.

jednak – generalnie – za desygnat podobne rozwiązanie techniczne: wspomniany wyżej system połączonych urządzeń obliczeniowych, powszechny i „niewidoczny” w codziennym użytku.

Przy tym na ową transparentność składają się dwa zjawiska: po pierwsze, już sama ta technologia zakłada, że zintegrowane w codziennym życiu urządzenia obliczeniowe mają być jak najmniej intruzywne; po drugie – byłaby to również konsekwencja ich upowszechnienia (w końcu sieć telekomunikacyjna może być efektywna tylko dzięki wystarczającej liczbie korzystających z niej urządzeń). Popularyzacja rozwiązania wiąże się zaś z kolei ze – zdiagnozowanym przez M. McLuhana – zjawiskiem, w którym upowszechnione już rozwiązania stają się „kognitywnie niewidzialne”¹².

Poznawcza transparentność nie oznacza jednak, że dana technologia całkowicie znika z horyzontu porządku epistemologicznego. Inni autorzy wskazują bowiem, że szczególnie doniosłe rozwiązania zyskują wymiar „technologii definiujących”, transformujących niektóre podstawowe relacje: „nauki wobec technologii, wiedzy wobec władzy technicznej i, w sensie najszerszym, ludzkości wobec świata natury”¹³. Wydaje się przy tym, że stwierdzenia w rodzaju zacytowanego powyżej, przynajmniej *implicite*, nawiązują do sformułowanej na gruncie semiotyki i nauk biologicznych koncepcji *Umwelt* (rozwijanej przede wszystkim przez J. von Uexküllę i T. A. Sebeokę). Jest to termin oznaczający semiotyczny świat organizmu, w którego skład wchodzi wszelkie znaczące dlań elementy¹⁴; ta biologiczna koncepcja zakłada więc, iż różne podmioty, podlegając wpływom odmiennych odbieranych czynników środowiskowych, w istocie poruszają się w (semiotycznie) różnych środowiskach. W kontekście niniejszego opracowania jest z kolei oczywiste, że bodźce dostarczane przez rozbudowaną sieć komunikujących się urządzeń muszą konstituować *Umwelt* danego podmiotu, czy szerzej – semiosfery społeczeństwa.

Z tego względu interesująco przedstawia się rozważenie skali oddziaływań wskazanych na wstępie niniejszego opracowania rozwiązań technicznych na porządek społeczny. W tekście nie podejmuje się konkretnych problemów, jakie związane są z implementacją rozwiązań należących do kategorii „Internetu przedmiotów”. Tylko zdawkowo zostaną wskazane dość powszechnie podnieszone zastrzeżenia związane z ochroną prywatności¹⁵. Zamiast tego rozpatrzone

¹² J. Kang, D. Cuff, *op. cit.*, s. 108.

¹³ J. D. Bolter, *Człowiek Turinga*, Warszawa 1990, s. 37.

¹⁴ Szerzej na ten temat, włączając w to rys historyczny zagadnienia: K. Kull, *On semiosis, Umwelt, and semiosphere*, „Semiotica” 1998, nr 3/4, s. 299–310; <http://zbi.ee/~kalevi/jesphohp.htm> (dostęp: 31.05.2013).

¹⁵ Por. cytowana wyżej rezolucja Parlamentu Europejskiego, a także: J. Ridge, *What happens when everything becomes connected: The impact on privacy when technology becomes pervasive*, „South Texas Law Review” 2008, nr 49, s. 725–751; A. B. Serwin, *Privacy in an interconnected world*, „GPSolo Magazine” 2011, nr 28, s. 35–38.

zostaną filozoficznoprawne aspekty zagadnienia, związane z kierunkami transformacji prawa i społeczeństwa pod wpływem technologii; opracowanie niniejsze ma również częściowo charakter metaanalizy: prezentuje niektóre argumenty i stanowiska, które pojawiły się w dyskursie dotyczącym zjawiska *ambient computing* i zagadnień pokrewnych. Rozważając wzajemne sprzężenia zwrotne pomiędzy otoczeniem technicznym i społecznym, belgijska filozof prawa, M. Hildebrandt, wskazuje na normatywny charakter działania zarówno prawa, jak i rozwiązań technicznych.

Oddziaływanie normatywne technologii wyraża się bądź w jego wymiarze regulatywnym (np. „inteligentne” urządzenie może jedynie ostrzec użytkownika przed podjęciem przezeń bezprawnego działania), bądź w takim, który determinuje ludzkie zachowania (np. nie tylko wskazuje na bezprawność określonego postępowania, ale wręcz je uniemożliwia)¹⁶. Na podobny, konstytutywny wymiar regulacji poprzez stanowienie standardów technicznych wskazał również K. Dobrzeński: „ustalanie standardów dla protokołów transmisji danych w sieciach komputerowych należy do tej klasy sytuacji, w których projektowanie reguł działania systemu urządzeń technicznych staje się formą sterowania zachowaniem użytkowników tego systemu”¹⁷. *Signum specificum* normatywnego oddziaływania prawa stanowi z kolei – zdaniem przywołanej autorki – to, iż prawo, po pierwsze, posiada metacel, tj. służy zapewnieniu równowagi pomiędzy obywatelami, przedsiębiorcami i państwem; po drugie – ważne jest to, że „regulacja technologiczna [...] tworzy milczące zrozumienie technologii [...]. Jej zalecenia nie są zapisane w formie dekretów, których należy przestrzegać”¹⁸. Tymczasem prawo tradycyjnie powiązane jest z pismem, które stanowi dla niego medium determinujące jego kształt i skuteczność.

Przywołana autorka, cytując P. Ricoeura, dostrzega związek pomiędzy prawem a technologią jego wyrazu w sposób organiczny: prawo – jej zdaniem – zawsze było w pewien sposób zdeterminowane przez charakter jego nośnika¹⁹. Początek jego ewolucji znaczy powiązanie z przekazem ustnym²⁰. Na potwierdzenie tego związku wystarczy przypomnieć tutaj chociażby funkcjonujący w średniowieczu islandzki urząd *lögsögumaðra* – głosiciela praw, urzędnika corocznie recytującego wobec pozostałych trzecią część obowiązujących praw, instytucję niezwykle ważną w kulturze przedpiśmiennej²¹. Upowszechnienie prawa pisanego

¹⁶ M. Hildebrandt, *op. cit.*, s. 177.

¹⁷ K. Dobrzeński, *op. cit.*, s. 149.

¹⁸ M. Hildebrandt, *op. cit.*, s. 178.

¹⁹ Uwagi w niniejszym akapicie, jeśli nie wskazano inaczej, za: M. Hildebrandt, *op. cit.*, s. 180–185.

²⁰ *Ibidem*, s. 181.

²¹ W. I. Miller, *Of outlaws, Christians, horsemeat, and writing: uniform laws and Saga Iceland*, „Michigan Law Review” 1990/1991, nr 89, s. 2084; A. Wróblewska-Zawadzka, *Islandzki Althing jako kolebka demokracji w nowożytnej Europie*, wystąpienie wygłoszone w trakcie XX Jubileuszowego Zjazdu Katedr Teorii i Filozofii Prawa, 6–9 września 2012 r., Łódź.

było przyczyną – jak wskazał P. Ricoeur – dramatycznych zmian społecznych. Spowodowało m.in. rozszerzenie zasięgu terytorialnego państw oraz ukonstytuowanie hierarchii rządzących i rządzonych²². Stanowiło warunek powstania nowoczesnego państwa, zarządzanego na rozległym obszarze za pomocą prawa (*rule by law*) i skutkowało powstaniem klasy profesjonalnych prawników, a w konsekwencji – upowszechnieniem idei rządów prawa (*rule of law*)²³.

Kolejna transformacja prawa w erze digitalizacji i rozwoju technik w rodzaju *persuasive computing* jest koniecznością. Nową rzeczywistość charakteryzuje bowiem to, że

inteligentne przedmioty (*smart things*) wymagają wyrafinowanych metod profilowania, opartych na procesach eksploracji danych (*data mining*), które generują nową wiedzę, wykrywając niespodziewane wzorce w bazach danych. Tego rodzaju wzorce pozwalają na przeprowadzenie kategoryzacji ludzi i przedmiotów w różnych kontekstach, udostępniając szczegółowe profile, które mogą być wykorzystywane do wpływania na codzienne wybory, oceny zdolności kredytowej, możliwości zarobkowych [...] ²⁴,

co może rodzić oczywiste obawy w sferze prywatności. Zdaniem M. Hildebrandt, w takiej sytuacji istnieje konieczność uwzględnienia w trakcie tworzenia prawa jego „cyfrowego” wymiaru i zespolenia go z odpowiednimi rozwiązaniami technicznymi („być może będziemy musieli rozwinąć mechanizmy *Ambient Law*, które związane są z algorytmami i interfejsami człowiek – maszyna”) ²⁵. Podobne stanowisko wyrażają również inni przedstawiciele doktryny: „gdziekolwiek to możliwe, powinien istnieć potencjał implementowania norm społecznych ograniczających technologię za pomocą tej samej technologii lub odpowiadających jej kontr-technologii” ²⁶.

Tego rodzaju stanowisko zdaje się jednak pomijać pewne istotne problemy związane z integrowaniem prawa i rozwiązań technicznych. W celu wprowadzenia odpowiedniego kontekstu dla tych zastrzeżeń należy w pierwszej kolejności przywołać myśl P. Verbeeka związaną z istnieniem „moralności przedmiotów”. Wspomniany autor stwierdził, że

[Oświecenie] przyniosło niespotykany wcześniej zwrot, przenosząc źródło moralności z Boga do człowieka. Obecnie jednak wydają się istnieć dobre powody, by przesunąć źródło moralności o jedno miejsce dalej. Staje się coraz bardziej jasne, że nie powinniśmy rozważać moralności jako wyłącznie ludzkiej sprawy, lecz również jako kwestii dotyczącej przedmiotów ²⁷.

²² M. Hildebrandt, *op. cit.*, s. 181 i 184.

²³ *Ibidem*, s. 184.

²⁴ *Ibidem*, s. 187–188.

²⁵ *Ibidem*, s. 186; cytat pochodzi ze s. 189.

²⁶ J. Kang, D. Cuff, *op. cit.*, s. 145.

²⁷ P. Verbeek, *Moralizing Technology: On the Morality of Technological Artifacts and Their Design*, s. 1; www.utwente.nl/gw/wijsb/organization/verbeek/moralizingtechnology.pdf (dostęp: 23.05.2013).

Tego rodzaju wnioski, rozważane w izolacji, brzmią jednak dość absurdalnie. Eksplicacja ich znaczenia możliwa jest dzięki odwołaniu do B. Latoura²⁸. Jak bowiem wskazał przywołany filozof: „Działania nie są wyłącznie rezultatem jednostkowych intencji i struktur społecznych, w których osoby ludzkie się znajdują [...], lecz również ich środowiska materialnego”²⁹. Widziane w tej perspektywie (interakcji człowiek – środowisko) przedmioty mogą oddziaływać na jednym z dwóch poziomów. Po pierwsze, mogą wywoływać skutki jako niematerialne znaki (poprzez znaczenie, jakie przenoszą – por. np. znaki drogowe), bądź – co istotne dla niniejszych rozważań – umożliwiając lub uniemożliwiając podejmowanie przez ludzi określonych działań; innymi słowy, „artefakty technologiczne mogą wpływać na ludzkie zachowanie”³⁰. Przez to – w jakimś sensie – można im przypisać wartość moralną, jako że „technologie mają «intencje», nie są neutralnymi, ale odgrywają aktywną rolę w relacjach pomiędzy ludźmi i ich światem”³¹; wreszcie: „Jeżeli etyka odpowiada na pytanie «jak działać», a technologie pomagają odpowiedzieć na to pytanie, to technologie odwołują się do etyki, a przynajmniej pomagają nam w tym”³².

Dokładne wskazanie antecedenencji i konsekwencji stanowiska P. Verbeeka wykracza poza zakres niniejszego opracowania. Jego myśl została jednak przytoczona, by wskazać na pewne niebezpieczeństwo, które zdaje się umykać wskazanym wcześniej autorom, sugerującym ścisłe zintegrowanie prawa z technologią. Przepisy prawa, wyrażone w specjalnych „ontologiach prawniczych” (czyli cyfrowym formacie umożliwiającym ich automatyczne przetwarzanie przez urządzenia elektroniczne³³), mogą nie tylko ograniczać profilowanie użytkowników i chronić ich prywatność, lecz również – działając niejako w wymiarze normatywnym technologii – uniemożliwiać im podejmowanie pewnych działań, czy to legalnych, czy nie. Tego rodzaju argumenty podnoszone są chociażby w opracowaniach dotyczących systemów Digital Rights Management: ich autorzy wskazują, że upowszechnienie technologii związanych z „inteligentnymi” i pozostającymi ciągle *online* urządzeniami ułatwiłoby prowadzenie działań związanych z kontrolą kopiowania treści chronionych prawem autorskim³⁴; należy dodać – działań całkowicie automatycznych, odbywających się nawet poza świadomością użytkownika.

²⁸ Por. R. Werle, *op. cit.*, s. 4; P. Verbeek, *Materializing Morality. Design Ethics and Technological Mediation*, s. 3; <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.126.7546&rep=rep1&type=pdf> (dostęp: 30.05.2013).

²⁹ P. Verbeek, *Moralizing Technology...*, s. 6.

³⁰ P. Verbeek, *Materializing Morality...*, s. 3.

³¹ P. Verbeek, *Moralizing Technology...*, s. 5.

³² Ibidem.

³³ Por. np. projekt IPRonto: J. Delgado, I. Gallego, S. Llorente, R. Garcia, *IPRonto: An Ontology for Digital Rights Management*, www.jurix.nl/pdf/j03-12.pdf (dostęp: 31.01.2014).

³⁴ M. S. Boone, *The past, present, and future of computing and its impact on digital rights management*, „Michigan State Law Review” 2008, nr 413, *passim*.

Na marginesie, tego rodzaju stanowiska kazałyby jeśli nie zrewidować, to przynajmniej na nowo rozważyć stanowisko psychologiczne reprezentowane przez L. Petrażyckiego. Zgodnie z jego teorią bowiem:

Często szukamy prawa nie tam, gdzie ono realnie się znajduje. Szukamy prawa w tekstach prawnych [...], w normach boskich i uniwersalnych wartościach [...], w zachowaniach urzędników i adresatów prawa [...]. Rzadko szukamy prawa w ludzkiej świadomości [...]. A właśnie tam prawo znajduje się³⁵.

Jeżeli jednak prawo działałoby, dzięki zespojeniu z technologią, poprzez umożliwienie (lub uniemożliwienie) aktualizacji określonych ludzkich potencjalności, to tym samym omijałoby nawet sferę świadomości adresata norm.

Rozmaicie można postrzegać wzajemne sprzężenia zwrotne pomiędzy prawem a technologią. Zdaniem niektórych autorów podnoszących te argumenty w źródłach o charakterze popularnym, technika zyskała obecnie centralne miejsce i to *de facto* ona napędza transformacje społeczne³⁶. Perspektywa pełnej autonomii technologii nie jest jednak jedyną. Interpretacja z perspektywy zwolenników społecznej konstrukcji technologii (SCOT – Social Construction of Technology) zakłada więc, że kształt rozwiązań technologicznych jest całkowicie zdeterminowany przez warunki społeczne; tak więc „Zmiana technologiczna nie jest [...] widziana jako autonomiczna lub zewnętrzna wobec społeczeństwa, lecz poddana wpływom i kształtowana przez jej konteksty społeczne”³⁷. Rozważając czynniki, które uwzględniają teorie społecznego konstruktywizmu i technologicznego determinizmu, można ostatecznie wskazać na cztery teorie, różnorodnie interpretujące wzajemne sprzężenia zwrotne pomiędzy siłami społecznymi a technologią (por. rys. 1)³⁸. Na osi poziomej oznaczono źródło pochodzenia norm regulujących zastosowanie i dobór określonych technologii – bądź wywodzących się od społeczeństwa (eksternalizowane), bądź mających charakter „wewnętrzny”, związanych z kwestiami *stricte* technicznymi. Oś pionowa wskazuje na cele i problemy, jakie dana technika rozwiązuje. I znów, może ona stanowić odpowiedź na zapotrzebowanie społeczne, albo może te cele i problemy po prostu kreować.

Model³⁹ (1) zakłada funkcjonowanie technologii w ramach określonych paradygmatów. Rozwój techniczny to tak naprawdę aplikacja istniejących rozwiązań w nowych sferach zastosowań. Upowszechnienie określonych technik

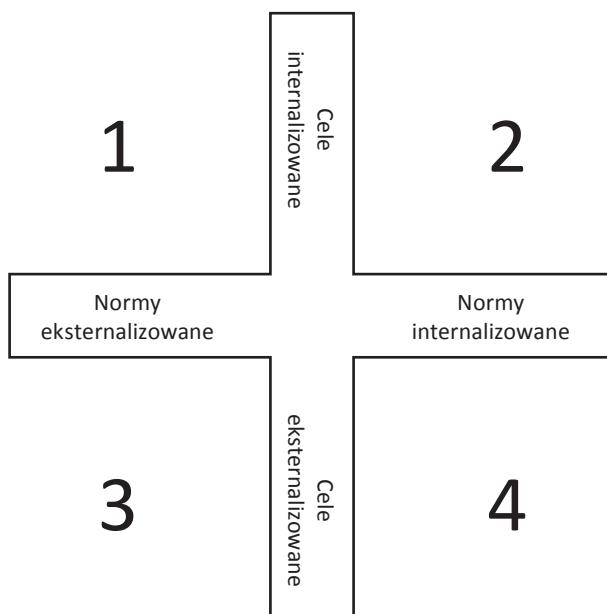
³⁵ D. Bunikowski, *Psychologiczne ujęcie prawa: czyli o tym, jak szukamy prawa nie tam, gdzie ono się znajduje*, [w:] O. Nawrot, S. Sykuna, J. Zajadło (red.), *Konwergencja czy dywergencja kultur i systemów prawnych?*, Warszawa 2012, s. 167.

³⁶ P. Khanna, A. Khanna, *Hybrid Reality: Thriving in the Emerging Human-Technology Civilization*, TED Conferences 2012, *passim*.

³⁷ P. Verbeek, *Materializing Morality...*, s. 4.

³⁸ I. Nordin, *The rationality of technology*, „Science Studies” 1989, no. 2, s. 6.

³⁹ Uwagi w akapicie, jeśli nie wskazano inaczej, za: *ibidem*, s. 6–8.



Rys. 1. Sprzężenia zwrotne pomiędzy siłami społecznymi a technologią

Źródło: opracowanie własne na podstawie: I. Nordin, *The rationality of technology*, „Science Studies” 1989, no. 2, s. 6.

determinują jednak czynniki zewnętrzne – takie jak edukacja, którą odebrał opracowujący nowe rozwiązania inżynier. Przykładem odpowiadającym temu modelowi może być ten związany z zastosowaniem komputerów – w ramach tego paradygmatu rozwiązywane jest obecnie *gros* problemów, poczynając od optymalizacji spalania silników samochodowych, a na wyrównywaniu szans edukacyjnych kończąc⁴⁰.

Zgodnie z założeniami modelu „autonomii technologicznej” (2) problemy, które należy rozwiązać w społeczeństwie, formułowane są w ten sposób, aby można było aplikować do nich określone środki techniczne; powstanie i rozwój nowych rozwiązań determinowane są przez technokratyczne względy postępu technicznego. Przykładowo, tak pisał o technologicznej wizji prawa L. Morawski: „W ten sposób nauka i technika zostały uznane za podstawę, która wyznacza nie tylko strategie uzasadnienia twierdzeń i dyrektyw działania, ale decyduje o sposobach organizacji i racjonalizacji życia społecznego”⁴¹.

Według modelu (3) – „skrajnego eksternalizmu” – zarówno problemy do rozwiązania, jak i techniki, w jaki sposób powinny one być rozwiązywane zależą wyłącznie od społecznych determinantów. Tytułem przykładu: dane społeczeństwo

⁴⁰ Por. program *One laptop per child*; <http://one.laptop.org> (dostęp: 31.05.2013).

⁴¹ L. Morawski, *Argumentacje, racjonalność prawa i postępowanie dowodowe*, Toruń 1988, s. 23.

może preferować rozwiązanie dylematów ekologicznych w dziedzinie energetyki za pomocą elektrowni wiatrowych bądź słonecznych, nawet jeżeli byłyby one mniej efektywne od siłowni jądrowych.

Tradycyjne spojrzenie na problematykę relacji pomiędzy społeczeństwem a techniką (4) zakłada, że cele, które należy osiągnąć, formułowane są „na zewnątrz” technologii. Jakkolwiek nieracjonalne i absurdalne miałyby one się okazać – to zadaniem inżyniera jest ich osiągnięcie w sposób, który ten uważałby za możliwie najefektywniejszy.

Trudno ocenić, czy któryś ze wskazanych modeli znacząco lepiej odpowiada rzeczywistości niż pozostałe. Należałoby raczej stwierdzić, że wzajemne relacje są na tyle skomplikowane, iż modelowanie tych zjawisk zbyt upraszczałoby analizę.

Zamiast konkluzji – która nie byłaby możliwa w stosunku do rozwiązań znajdujących się dopiero we wczesnych stadiach projektowych i implementacyjnych – wskazane zostaną jeszcze raz zastrzeżenia podnoszone przez E. Morozova. Ten autor zachowuje daleko idący sceptycyzm wobec tez skrajnych zwolenników technologicznego progresizmu, ignorującego konkretne warunki społeczno-polityczne⁴². Z tego powodu należy jeszcze raz podkreślić konieczność współpracy pomiędzy inżynierami a prawnikami, uwzględniającej również etyczny wymiar technologii. Jest to szczególnie ważne na wstępnym etapie prac projektowych, gdzie istnieje jeszcze możliwość zapobieżenia pewnym społecznie niepożądanym skutkom.

⁴² E. Morozov, *op. cit.*, passim.

II

INTEGRACJA WEWNĘTRZNA NAUK PRAWNYCH

INTERPRETACJA – JĘZYK

Marcin Matczak

Tekst prawny jako opis świata możliwego. Rozważania wstępne o modelu interpretacji prawniczej

1. Wprowadzenie

Niniejsze opracowanie przedstawia element szerszej koncepcji filozoficzno-prawnej zbudowanej na założeniu, iż prawo jest instrumentem projektowania przyszłości danego społeczeństwa. Głównym narzędziem używanym do projektowania przyszłości jest tekst prawny, który opisuje przyszły świat możliwy. Adresaci prawa mają obowiązek realizacji świata opisanego przez tekst prawny, a obowiązek ten może mieć różnorodne źródła. Pierwotnym źródłem tego obowiązku jest intencja illokucyjna prawodawcy, a więc intencja, aby tekst prawny stał się wzorcem dla dostosowania świata rzeczywistego¹. Dodatkowym źródłem obowiązku dostosowania świata rzeczywistego do wzorca wyznaczonego przez tekst prawny jest groźba użycia przymusu przez suwerena, a więc podmiot dysponujący odpowiednią faktyczną siłą, która w przypadku nieposłuszeństwa może przymusić adresatów prawa do realizacji przyszłego świata możliwego, opisanego przez tekst prawny (przy czym prawodawca i suweren nie muszą być w danym momencie czasowym tymi samymi podmiotami). Intencja illokucyjna prawodawcy oraz groźba przymusu stosowanego przez prawodawcę nie wykluczają sytuacji, w której adresaci prawa akceptują wizję świata przedstawioną w tekście prawnym i realizują ją bez potrzeby użycia przymusu przez suwerena.

W przedstawionym ujęciu możliwe jest zdefiniowanie podstawowych dla prawa pojęć w sposób następujący:

¹ Na temat intencji illokucyjnej zob. rozważania prowadzone w dalszej części tego opracowania, poświęcone tworzeniu prawa rozumianego jako tworzenie tekstu prawnego.

a) **tworzenie prawa** jest projektowaniem przyszłości przez opisanie lub zmianę opisu przyszłego świata możliwego, dokonywanym za pomocą tekstu prawnego, rozumianego jako zbiór tekstów wszystkich aktów normatywnych obowiązujących w danym momencie czasowym;

b) **interpretacja tekstu prawnego** jest odtworzeniem na podstawie tekstu prawnego obrazu świata możliwego, który ma być realizowany przez dane społeczeństwo;

c) **stosowanie prawa/przestrzeganie prawa** to dostosowywanie świata rzeczywistego do obrazu świata możliwego, przedstawionego w tekście prawnym, albo karanie za brak tego dostosowania.

Prawo jest zatem instrumentem zmiany rzeczywistości. Zmiana ta następuje poprzez permanentne dostosowywanie rzeczywistości aktualnej do opisu rzeczywistości potencjalnej, zawartego w tekście prawnym. Zakładam, że konkretny przepis prawny jest opisem elementu rzeczywistości potencjalnej (stanu rzeczy), a cały tekst prawny w momencie T_0 jest opisem jednej rzeczywistości potencjalnej (świata możliwego).

W niniejszym opracowaniu zajmę się ważnym elementem omawianej koncepcji prawa, jakim jest koncepcja interpretacji prawniczej. Centralnym punktem prezentowanej koncepcji jest tekst prawny, nie zaś autor tego tekstu. Koncepcja ta jest więc tekstocentryczna, w przeciwieństwie do większości koncepcji interpretacji prawniczej, które można uznać za autorocentryczne. Powodem skupienia się na tekście prawnym jest przekonanie, że to właśnie tekst prawny jest jedynym istniejącym obiektywnie, namacalnym faktem, którego istnienie nie jest podawane przez filozofów prawa w wątpliwość. Nie można tego powiedzieć ani o osobie prawodawcy, ani o przypisywanej mu intencji czy o znaczeniu tekstu – ich istnienie, charakter i wpływ na interpretację były bowiem wielokrotnie kwestionowane w pracach filozoficznoprawnych.

2. Główne tezy koncepcji

Poniżej przedstawiam główne tezy składające się na prezentowaną w niniejszym tekście koncepcję interpretacji prawniczej.

I. Tekst prawny (T_0), rozumiany jako zbiór wszystkich przepisów zawartych we wszystkich aktach prawnych obowiązujących w danym miejscu i czasie, jest opisem jednego świata możliwego (S_{m1}).

II. Co do zasady², każdy przepis prawny, traktowany jako zdanie tekstu prawnego od kropki do kropki (P_p), opisuje jedną właściwość S_{m1} (W_1), która jest stanem rzeczy w świecie możliwym S_{m1} . Jedna właściwość W_1 może być opisywana przez kilka P_p .

² Tekst prawny zawiera także przepisy, które nie opisują świata możliwego, lecz przedstawiają sposób, w jaki można zmienić opis świata możliwego. Przepisy te występują zarówno w pra-

III. Świat S_{m1} posiada nieskończenie wiele właściwości W_1 . Tekst T_0 opisuje skończoną ilość tych W_1 . Oznacza to, że T_0 opisuje w sposób niepełny świat S_{m1} . Tym samym w procesie interpretacji świat S_{m1} wymaga nasycenia (saturacji) dodatkowymi elementami, nieopisanymi przez T_0 , aby struktura świata S_{m1} była wystarczająco bogata, by stanowić wzorzec dla dostosowania świata rzeczywistego S_a .

IV. Opis świata S_{m1} ma charakter hierarchiczny – pewne części T_0 opisują ogólne właściwości S_{m1} , zaś inne opisują szczegółowe właściwości S_{m1} . Opis szczegółowych właściwości S_{m1} nie może powodować zmiany S_{m1} wbrew opisowi S_{m1} wyznaczonemu przez wyższe hierarchicznie części T_0 (np. konstytucje).

V. S_{m1} nie jest światem rzeczywistym (aktualnym); S_{m1} jest światem możliwym, osiągalnym ze świata rzeczywistego (S_a), tzn. związki przyczynowo-skutkowe funkcjonujące w S_a pozwalają na osiągnięcie S_{m1} . Osiągalność S_{m1} jest kluczowym wymogiem, który wpływa na sposób rozumienia T_0 . Aby S_{m1} był światem osiągalnym z S_a , musi on być światem zbliżonym ontologicznie do świata rzeczywistego, a więc m.in. światem racjonalnym, w którym obowiązuje zasada wyłączonego środka. Oznacza to, że opis świata możliwego S_{m1} zawarty w tekście prawnym musi być niesprzeczny.

VI. Podstawowym obowiązkiem adresatów prawa jest urzeczywistnienie S_{m1} . Osiągnięcie świata S_{m1} oznacza zaistnienie w świecie S_a takich właściwości W_1 , które uczynią każdy z P_p prawdziwym, a tym samym uczynią cały T_0 prawdziwym.

VII. Źródłem obowiązku urzeczywistniania S_{m1} jest intencja suwerena dotycząca zmiany S_a w kierunku wskazywanym przez T_0 . Intencja ta ma charakter illokucyjny, nie zaś lokucyjny, nie polega zatem na intencji co do specyficznego znaczenia semantycznego tekstu prawnego, lecz na intencji co do tego, żeby tekst prawny stanowił wzorzec dla dostosowania świata rzeczywistego. Innym źródłem tego obowiązku może być groźba przymusu ze strony suwerena wobec podmiotów, które nie realizują świata S_{m1} , lub akceptacja obrazu świata opisanego przez S_{m1} przez adresatów prawa.

VIII. Interpretacja prawnicza to proces odtworzenia obrazu fragmentu lub – rzadko – całości świata S_{m1} , który ma stanowić wzorzec dostosowania dla S_a . Ilość i typ właściwości W_1 składających się na obszar S_{m1} , będący wzorem dostosowania dla świata S_a (np. właściwości dotyczące podmiotu, sposoby zachowania itp.), wyznacza doktryna prawnicza w postaci wzorca postępowania, który może przyjąć strukturę normy prawnej (*a duty-imposing rule*) lub reguły przenoszącej możliwości prawne (*a power-conferring rule*).

wie publicznym (np. przepisy konstytucyjne opisujące procedurę legislacyjną), jak i w prawie prywatnym (np. przepisy dotyczące zawierania umów czy składania oświadczeń woli). Przepisy te stanowią ekwiwalent reguł zmiany w terminologii H. L. A. Harta.

IX. Stosowanie prawa polega na porównaniu świata S_a z obrazem świata S_{m1} przez osoby opisane jako upoważnione do tego przez T_0 oraz na sformułowaniu przez te osoby wypowiedzi indywidualno-konkretnych (norm indywidualno-konkretnych), nakazujących zmianę S_a w taki sposób, aby właściwości S_a (W_a) zostały zmienione na W_1 opisywane przez T_0 .

X. Obowiązek urzeczywistnienia S_{m1} jest ważniejszy niż obowiązek urzeczywistnienia pojedynczej W_1 (pojedynczego stanu rzeczy w S_{m1}). Jeżeli urzeczywistnienie którejkolwiek z W_1 czyni niemożliwym urzeczywistnienie całości S_{m1} , należy zaniechać realizacji tej W_1 (teza ta określa kluczowe znaczenie zasady proporcjonalności w prawie).

3. Tło filozoficzne prezentowanej koncepcji

Poniżej w sposób skrótowy nakreślę tło filozoficzne, na którym opierają się zaprezentowane wyżej twierdzenia, w szczególności założenia co do podstaw filozoficznojęzykowych przedstawianej koncepcji.

Jednym z założeń omawianej koncepcji jest twierdzenie, że interpretacja tekstu polega na jego przeczytaniu oraz – w efekcie przeczytania – na stworzeniu w umyśle interpretatora złożonej struktury znaczeniowej, będącej reprezentacją mentalną świata opisanego przez czytany tekst. Twierdzenie to jest elementem dwóch koncepcji: szerszej filozoficznie teorii reprezentacji dyskursu oraz węższej – bo ograniczonej do tekstu – teorii świata tekstu.

Teoria reprezentacji dyskursu została po raz pierwszy przedstawiona przez H. Kampa³. Podstawowym założeniem tej teorii jest twierdzenie, że dyskurs, rozumiany jako trwający w czasie, złożony proces komunikacji językowej, jest interpretowany przez jego uczestnika całościowo (jak jedno wyrażenie), nawet jeśli najczęściej składa się nań wiele wyrażeń. Ta całościowa interpretacja jest możliwa, ponieważ zgodnie z omawianą teorią pojedyncze wyrażenia dyskursu inkrementalnie (stopniowo) budują w umyśle interpretatora złożoną reprezentację mentalną, która stanowi całościową reprezentację tego dyskursu.

Rozwinięcie teorii reprezentacji dyskursu w odniesieniu do interpretacji literackiej stanowi przedstawiona w ubiegłej dekadzie tzw. **teoria świata tekstu**. Zgodnie z tą teorią, opracowaną przez J. Gavins⁴, tekst jest w sposób konieczny (z powodu uwarunkowań biologicznych i kognitywnych) rozumiany jako obraz świata, który czytelnik tworzy w swoim umyśle jako reprezentację mentalną. Budowanie reprezentacji mentalnej tekstu jako obrazu świata przebiega w sposób następujący:

³ H. Kamp, *A theory of truth and semantic representation*, [w:] J. A. G. Groenendijk, T. M. V. Janssen, M. B. J. Stokhof (eds), *Formal Methods in the Study of Language*, Amsterdam 1981.

⁴ J. Gavins, *Text World Theory. An Introduction*, Edinburgh 2007.

a) każde zdanie tekstu projektuje (wywołuje) element reprezentacji mentalnej – obraz stanu rzeczy, np. pierwsze zdanie *Roku 1984* G. Orwella: „Był jasny, zimny dzień kwietniowy i zegary były trzynastą” wywołuje reprezentację mentalną stanu rzeczy, w którym występują określone właściwości dotyczące m.in. temperatury, pory roku i czasu;

b) ten obraz stanu rzeczy jest wbudowywany przez czytelnika w ramę epistemiczną świata możliwego (obraz świata jest naturalną ramą, w której umieszcza się obrazy stanów rzeczy); powodem takiego postrzegania stanów rzeczy jest fakt, że percepcja rzeczywistych stanów rzeczy zawsze odbywa się w ramie (kontekście) świata rzeczywistego (nie postrzegamy stanów rzeczy wyizolowanych ze świata);

c) niektóre zdania tekstu charakteryzują się koreferencją – odnoszą się do tego samego stanu rzeczy. Każde nowe zdanie tekstu, które koreferuje, modyfikuje tworzoną reprezentację mentalną; na tle tej zmienionej reprezentacji interpretuje się następne koreferujące zdanie tekstu. Przykładowo, drugie zdanie *Roku 1984*: „Winston Smith, z głową wtuloną w ramiona dla osłony przed tnącym wiatrem, wślizgnął się przez szklane drzwi do Bloku Zwycięstwa” powoduje modyfikację reprezentacji mentalnej wytworzonej przez zdanie pierwsze (z pkt a powyżej), poprzez wprowadzenie do tej reprezentacji nowych elementów (człowieka, budynku, wiatru itp.). Dzieje się tak, ponieważ zacytowane zdanie jest elementem tego samego dyskursu (w tym przypadku tekstu tej samej powieści), którego reprezentacja jest tworzona inkrementalnie w umyśle czytelnika wraz z czytaniem kolejnych zdań tekstu;

d) odczytanie wszystkich zdań tekstu, które koreferują do tego samego stanu rzeczy, tworzy pełną reprezentację mentalną tego stanu rzeczy⁵ – ta reprezentacja mentalna jest znaczeniem fragmentu tekstu, który interpretujemy;

e) reprezentacja mentalna wszystkich stanów rzeczy opisywanych przez dany tekst składa się na reprezentację mentalną świata tego tekstu.

Opisany proces tworzenia reprezentacji mentalnej tekstu został pierwotnie zaprezentowany w odniesieniu do tekstów literackich, jednak ma ona uniwersalny charakter i nie ma przeszkód, aby zastosować go do innego rodzaju tekstów, w tym tekstów prawnych.

4. Zastosowanie koncepcji świata tekstu do tekstu prawnego

Zakładam, że czytanie tekstu prawnego także prowadzi do wytworzenia w umyśle czytelnika obrazu świata jako reprezentacji mentalnej czytanego tekstu, ponieważ tekst prawny projektuje świat możliwy poprzez opis tego świata. Przykładowo, w świecie opisanym przez polski tekst prawny „Rzeczpospolita

⁵ Na temat „pełnego” charakteru reprezentacji mentalnej zobacz rozważania dotyczące uzupełniania tzw. miejsc niedopowiedzenia.

Polska jest demokratycznym państwem prawnym” (art. 2 Konstytucji RP), a jednocześnie w tym świecie ten, kto zabija człowieka, podlega karze (art. 148 polskiego kodeksu karnego), każdy przepis rozumiany jako zdanie od kropki do kropki projektuje element świata możliwego. Idea świata kreowanego przez tekst prawny nie jest nowa. Jak wskazywał R. Sarkowicz, w procesie interpretacji tekstu prawnego da się wyróżnić deskryptywny poziom interpretacji tekstu prawnego. W ramach tego poziomu autor ten używa terminu „możliwy świat tekstu prawnego”, który definiuje następująco:

Tak jak każdy inny tekst postuluje, wyznacza czy opisuje pewien świat, tak również w tekście prawnym odnajdujemy wizję pewnego świata [...]. Zrekonstruowanie, opis tego świata, który jest przedstawiony za pomocą tekstu prawnego, jest tym, co nazywamy deskryptywną (dosłowną) jego interpretacją⁶.

W przypadku tekstu prawnego rekonstrukcja „świata tekstu” polega na złożeniu w całość znaczeń poszczególnych przepisów. Spróbujmy zatem np. opisać elementy procesu interpretacji prawniczej, używając terminologii teorii świata tekstu. W pierwszym etapie powiedzielibyśmy, że prawnik dokonuje wyboru zdań tekstu prawnego, które koreferują do tego samego stanu rzeczy – a więc dokonuje wyboru relewantnych przepisów prawnych. Następnie, uwzględniając wszystkie te zdania/przepisy, tworzy w swoim umyśle reprezentację mentalną stanu rzeczy, do której wnoszą wkład znaczenia poszczególnych przepisów, uzupełniając lub modyfikując tę reprezentację mentalną. Dla przykładu, czytając art. 148 § 1 polskiego kodeksu karnego, prawnik tworzy najpierw wstępną reprezentację stanu rzeczy, w której ktoś zabija człowieka i podlega karze, a następnie modyfikuje tę reprezentację mentalną po przeczytaniu art. 25 k.k., zgodnie, z którym nie popełnia przestępstwa ten, kto działa w obronie koniecznej. W następnych etapach rekonstrukcji prawnik dodaje do swojej reprezentacji mentalnej kolejne elementy stanu rzeczy, opisywane przez inne relewantne przepisy prawne. Efektem końcowym tego procesu jest całościowa reprezentacja mentalna stanu rzeczy dotyczącego „zabicia człowieka i podlegania karze”, utworzona w efekcie ustalenia znaczenia wszystkich relewantnych dla tego stanu rzeczy zdań tekstu prawnego.

Zgodnie z założeniami teorii reprezentacji dyskursu i teorii świata tekstu, wytworzona na skutek interpretacji reprezentacja mentalna wszystkich stanów rzeczy opisywanych przez dany tekst składa się na reprezentację mentalną świata tego tekstu. W odniesieniu do tekstu prawnego można by powiedzieć, że na pewnym poziomie wszystkie przepisy tekstu prawnego koreferują do jednego, bardzo rozbudowanego stanu rzeczy, który moglibyśmy nazwać światem tekstu

⁶ R. Sarkowicz, *Poziomowa interpretacja tekstu prawnego*, Kraków 1996, s. 96–97. Nieco podobną koncepcję świata postulowanego przedstawił wcześniej Jan Woleński w pracy *Logiczne problemy wykładni prawa*, Kraków 1972.

prawnego. Sięgając do koncepcji światów możliwych, świat ten można przedstawić jako świat możliwy S_{m1} , a następnie przedstawić jego charakterystykę i relację do świata rzeczywistego.

5. Tworzenie, interpretacja i stosowanie prawa w ujęciu prezentowanej koncepcji

Sformułowane powyżej tezy koncepcji można przełożyć na trzy procesy: proces tworzenia prawa, proces interpretacji prawa i proces stosowania prawa. Omówienie każdego z tych procesów można powiązać z przypisaniem omawianej koncepcji pewnych inspiracji filozoficznych oraz określeniem konsekwencji, jakie koncepcja ta rodzi dla dotychczasowych poglądów formułowanych na gruncie filozofii prawa.

5.1. Tworzenie prawa

Tworzenie prawa to opisywanie świata możliwego poprzez dodawanie/odejmowanie zdań opisowych względem opisu już funkcjonującego (tekstu prawnego funkcjonującego wcześniej)⁷. Formułowanie zdań opisowych (przepisów prawnych) odbywa się na zasadach charakterystycznych dla pozytywistycznej koncepcji prawa – tworzenie przepisów prawnych jest faktem społecznym, dokonywanym przez upoważnione do tego podmioty, a kwestia zgodności/niezgodności przepisu z moralnością nie ma znaczenia dla tego, czy jest on uznawany za ważny element opisu świata możliwego. Nie ma więc koniecznego związku walidacyjnego pomiędzy prawem i moralnością na poziomie tworzenia prawa.

Jak wskazano na wstępie niniejszego opracowania, istotną rolę na etapie tworzenia tekstu prawnego odgrywa intencja illokucyjna prawodawcy, a więc intencja, aby tekst prawny stanowił wzorzec dla dostosowania świata rzeczywistego. Intencja illokucyjna, w odróżnieniu od intencji lokucyjnej, nie jest intencją nadania tekstowi określonego znaczenia semantycznego. Jest ona intencją co do mocy illokucyjnej tekstu, a więc co do tego, aby tekst stanowił źródło, z którego wyprowadza się wzorzec dostosowania dla świata rzeczywistego. Takie ujęcie pozwala zakotwiczyć normatywność prawa w osobie prawodawcy, nie wchodząc jednocześnie w problematyczne zagadnienia pierwotnego znaczenia tekstu oraz tego, w jaki sposób podmiot zbiorowy może wyrażać intencję lokucyjną (semantyczną). Uznaję, że prawodawcy działającemu jako grupa osób można przypisać

⁷ Tworzenie opisu świata odbywa się co do zasady na poziomie publicznoprawnym, na którym tworzone przepisy mają charakter *ius cogens*. Niektóre przepisy prawne mają charakter *ius dispositivum*, a więc pozwalają adresatom prawa opisać we własnym zakresie fragment świata możliwego, który ich dotyczy – np. poprzez sporządzenie umowy czy testamentu. Oznacza to, że nie cały świat możliwy S_{m1} jest zdeterminowany opisem prawodawcy, ponieważ niektóre jego aspekty są determinowane przez prywatne opisy adresatów prawa, dokonywane w ramach prywatnych czynności prawnych.

ogólną intencję illokucyjną o postaci: „chcę, by ten tekst stał się prawem”, choć nie da się mu przypisać specyficznej intencji lokucyjnej o postaci: „chcę, by tekst T znaczył Y”. Znaczenie tekstu jest natomiast ustalane przez interpretatora przy uwzględnieniu jego wiedzy i doświadczenia z momentu dokonywania interpretacji, co przedstawiam w następnym punkcie tego opracowania.

5.2. Interpretacja prawa

Na tym etapie interpretator tekstu prawnego odtwarza z kilku lub kilkunastu przepisów opis relewantnego dla danego procesu interpretacji obszaru świata możliwego, w celu uzyskania jednoznacznego wzorca dostosowania świata rzeczywistego do opisywanego przez tekst prawny świata możliwego (wzorca postępowania). Proces ten toczy się w ramach zjawiska sygnifikacji (a więc rozumienia tekstu), a nie procesu komunikacji (a więc rozumienia autora tekstu). Jako taki opiera się on na ustaleniu znaczenia tekstu bez odnoszenia się do intencji lokucyjnej prawodawcy, ale do publicznego znaczenia tekstu ustalanego w momencie dokonywania interpretacji⁸.

Interpretator tekstu prawnego ustala znaczenie pewnej grupy przepisów, opisujących powiązane ze sobą elementy rzeczywistości potencjalnej, której obraz interpretator chce odtworzyć, aby uzyskać punkt odniesienia dla rzeczywistości aktualnej, której zgodność z prawem (a więc zgodność z rzeczywistością potencjalną opisaną przez tekst prawny) chce ustalić. W perspektywie filozoficznej relacja interpretatora do tekstu i do rzeczywistości jest jego relacją w stosunku do dwóch fenomenów: fenomenowi tekstu oraz fenomenowi rzeczywistości. Co warto podkreślić, fenomen rzeczywistości jest dostępny interpretatorowi w procesie stosowania prawa nie bezpośrednio, ale poprzez fenomeny tekstów opisujących rzeczywistość aktualną lub fenomeny wypowiedzi ustnych (wypowiedzi świadków, informacje o stanie faktycznym sprawy itp.). Tak przedstawiony proces interpretacji zapewnia, że w procesie stosowania prawa zachodzi kompatybilność epistemologiczna pomiędzy światem rzeczywistym a wzorcem postępowania/obrazem świata możliwego – oba dostępne są prawnikowi jako fenomeny tekstów lub fenomeny wypowiedzi ustnych⁹.

Z tak fenomenologicznie ujętym procesem poznawania przez interpretatora rzeczywistości aktualnej i rzeczywistości potencjalnej wiąże się cały bagaż dyskusji filozoficznej poświęconej relacji elementów subiektywnych i obiektywnych

⁸ Przedstawiona teza wspiera tzw. dynamiczne teorie wykładni prawa, sprzeciwiające się m.in. oryginalizmowi jako teorii interpretacji konstytucji. Ze względu na charakter niniejszego opracowania nie mogę jednak przeprowadzić tutaj bardziej rozwiniętej krytyki oryginalizmu i innych statycznych koncepcji interpretacji prawniczej.

⁹ Nie wyklucza to możliwości zestawienia tekstu prawnego z bezpośrednim oglądem rzeczywistości, niezapośredniczonym przez język. Z taką sytuacją mamy do czynienia przykładowo wtedy, kiedy policjant nakłada mandat za przekroczenie podwójnej ciągłej linii przez kierowcę, stwierdzając takie przekroczenie na podstawie swojej obserwacji.

w tym procesie. Na potrzeby dyskusji prowadzonej w niniejszym opracowaniu wystarczy przyjąć, że poznanie to ma z jednej strony charakter subiektywny, zależny od indywidualnej historii danego interpretatora i determinowany przez charakterystyczne dla niego pre-rozumenie, lecz z drugiej strony, dzięki uczestnictwu w tej samej kulturze i doświadczeniu podobnych procesów edukacyjnych, charakteryzuje się ono intersubiektywnością (możliwością komunikowania pomiędzy członkami danej grupy społecznej indywidualnego doświadczenia i zrozumienia tej komunikacji).

Aby uświadomić sobie, jak przebiega proces rozumienia tekstu (w tym tekstu prawnego), konieczne jest uwzględnienie faktu, że przeczytane słowo powoduje powstanie w świadomości czytającego reprezentacji umysłowej – znaczenia przeczytanego słowa. Jak powstaje ta reprezentacja? W filozofii języka znajdujemy wiele idei tłumaczących ten proces. Dla potrzeb naszych rozważań możemy przyjąć, że reprezentacja umysłowa, wywoływana przez przeczytane (usłyszane) słowo, jest zależna od wcześniejszych doświadczeń danej osoby. Proces uczenia się języka jest dlatego właśnie w najwcześniejszych etapach oparty na wyjaśnianiu, w jaki sposób słowa łączą się ze światem (np. przez ostensję, gdy wypowiadamy słowo i wskazujemy dziecku jego referent, albo przez opis, kiedy nieco starszemu dziecku przedstawiamy definicję danego terminu), aby możliwe było później wywołanie w świadomości danej osoby reprezentacji (wspomnienia, reminiscencji) rzeczywistości, do której osoby mówiące danym językiem zwyczajowo odnoszą dane słowo¹⁰. Jeśli w taki sposób przedstawimy proces rozumienia języka, okaże się, że fenomenologicznie pojmowane doświadczanie świata, jednocześnie różne i podobne w stosunku do doświadczenia innych ludzi, kształtuje nasz sposób rozumienia języka. W tym zakresie, w jakim doświadczenie ludzkie jest wspólne, rozumienie danych terminów jest tożsame lub zbliżone. W tym zakresie, w którym doświadczenie to zostało wyznaczone przez unikalną sytuację danej osoby, pojawiają się odmienności i spory dotyczące sposobu rozumienia danych terminów.

Proces interpretacji prawa wygląda więc w sposób następujący: pierwszym jego elementem jest doświadczenie tekstu. W tym doświadczeniu interpretator czyta słowa tekstu prawnego i rozumie je jako opisujące element potencjalnej rzeczywistości – stan rzeczy, który ma być zrealizowany w przyszłości. Interpretator rozumie tekst, to znaczy potrafi wytworzyć w swojej świadomości reprezentację odpowiadającą słowom tekstu prawnego. Skąd interpretator wie, jaka jest reprezentacja danego słowa? Wie to, ponieważ zna język, w którym tekst prawny jest zapisany, a poznał go dzięki niezliczonym sytuacjom użycia tego języka w swojej indywidualnej

¹⁰ Dla potrzeb niniejszego tekstu przyjmuję, że reprezentacja mentalna może obejmować także reprezentację wywoływaną przez terminy teoretyczne i abstrakcyjne (np. uniwersalia). Posiadam argumenty na poparcie tej tezy, jednak ramy tego opracowania nie pozwalają na ich zaprezentowanie. Argumentacja ta opiera się na tzw. *copy principle* Hume'a oraz współczesnej koncepcji języka Ruth Millikan, zaprezentowanej w pracy *Language, Thought and Other Biological Categories: New Foundations for Realism*, Cambridge MA 2001.

historii edukacyjnej. Reprezentacja umysłowa towarzysząca słowom czytanego tekstu jest jednocześnie wspólna użytkownikom danego języka i unikalna dla konkretnego użytkownika w zakresie, w jakim nasze postrzeganie rzeczywistości może się różnić. Fakt, że posługujemy się językiem jako grupa społeczna, oznacza, że reprezentacja umysłowa, którą wywołuje dane słowo wśród członków danej społeczności, musi być w znacznym stopniu podobna, ponieważ w przeciwnym razie porozumiewanie się za pomocą języka nie byłoby możliwe. Różnice w reprezentacjach umysłowych wywoływanych przez dane słowa, wynikające z odmienności naszych indywidualnych historii, zazwyczaj nie wpływają na sukces porozumienia, mogą jednak powodować niejasności i rozbieżności w rozumieniu danego słowa.

Warto podkreślić, że w prezentowanym tu ujęciu interpretacja tekstu prawnego nie polega na prostym ustaleniu znaczenia pojedynczej wypowiedzi prawodawcy, a więc ustaleniu sensu wyrażen użytych w tej wypowiedzi, a następnie – już w procesie stosowania prawa – ustaleniu referencji tych wyrażen (ich odniesienia w realnym świecie). Takie podejście do interpretacji jest pochodną dość powszechnego w filozofii prawa traktowania wypowiedzi prawodawcy jakby były one pojedynczymi ustnymi rozkazami¹¹. Interpretacja tekstu prawnego polega raczej na interpretacji szeregu pisemnych wypowiedzi – przepisów prawnych – składających się na dyskurs prawodawcy. Tak rozumiana interpretacja prowadzi do odtworzenia fragmentu rzeczywistości potencjalnej opisanej przez zestaw przepisów wybranych przez interpretatora jako adekwatnych do rzeczywistości aktualnej, której legalność (zgodność z prawem) ma ustalić. Taki proces wymaga powiązania tych przepisów w jedną całość – odtworzony fragment rzeczywistości potencjalnej może być opisywany przez wiele przepisów prawnych, których treść niejako nakłada się na siebie. Przykładowo, przepis ustawy i przepis konstytucji mogą odnosić się do tego samego elementu rzeczywistości, podobnie jak różne fragmenty powieści mogą opisywać ten sam element rzeczywistości – np. mieszkanie głównego bohatera. W takiej sytuacji każdy z przepisów dodaje do opisu nowy element, wzbogacając wiedzę czytelnika na temat opisywanej rzeczywistości.

5.3. Stosowanie prawa

Proces stosowania prawa w świetle przedstawianej tu teorii polega na:

– ustaleniu, czy świat rzeczywisty (relewantny element świata rzeczywistego) odpowiada wzorcowi dostosowania, odtworzonemu w procesie interpretacji (a więc relewantnemu elementowi świata możliwego, opisywanego przez tekst prawny) oraz, w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości,

¹¹ Za takie, moim zdaniem, błędne podejście do języka prawnego odpowiada przynajmniej częściowo powszechne wykorzystywanie w analizach filozoficzno-prawnych teorii aktów mowy, która nie jest dostosowana do analizy komunikacji za pomocą pisma i nie jest w pełni adekwatna do analizy zbiorów wypowiedzi (dyskursów). Zob. M. Stubbs, *Can I have that in writing, please? Some neglected topics in speech act theory*, „Journal of Pragmatics” 1983, vol. 7, issue 5, s. 479–494.

– podjęciu działań dostosowujących świat rzeczywisty (elementy świata rzeczywistego) do świata możliwego, konstruowanego przez tekst prawny, poprzez formułowanie norm indywidualnych i konkretnych, nakazujących lub zakazujących określonych działań, nakazywanie naprawienia szkody czy też uznawanie za nieistniejące czynności doniosłych prawnie.

Ponieważ głównym tematem niniejszego opracowania jest interpretacja prawnicza, nie poświęcam zagadnieniu stosowania prawa więcej miejsca. Jego tak skrótowe omówienie ma jedynie na celu wykazanie, że prezentowana koncepcja interpretacji prawniczej jest elementem większej całości, obejmującej zarówno proces tworzenia, jak i proces aplikacji prawa.

6. Przykładowe obszary zastosowania koncepcji

6.1. Konieczność saturacji świata S_{m1} jako uzasadnienie dla dyskrecjonalności prawniczej

Jak wskazano w jednej z tez koncepcji, cechą każdego tekstu (opisu) jest to, że ilość zdań w nim użytych jest skończona, podczas gdy ilość cech rzeczywistości, którą tekst opisuje, jest nieskończona. Oznacza to, że sam tekst prawny nie wystarcza, aby opisać „pełny” (nasycony) obraz świata możliwego, a więc taki, który będzie mógł stanowić wzorzec dla świata rzeczywistego. „Pełny” obraz świata opisanego przez tekst prawny zostanie uzyskany przez uwzględnienie elementów opisanych, stanowiących szkielet tego świata oraz naturalnych uzupełnień tego obrazu świata, dokonanego m.in. na podstawie specyficznego doświadczenia życiowego interpretatora. Na zjawisko to, nazywane uzupełnianiem „miejsz niedookreślenia”, zwracał uwagę R. Ingarden¹². Ta niewspółmierność opisu i obrazu świata powoduje konieczność uzupełniania opisywanego świata elementami niezawartymi w czytany tekście. Oznacza to, że proces odtworzenia rzeczywistości potencjalnej odbywa się poprzez odtworzenie elementów wprost opisanych przez tekst (także tekst prawny), a następnie „dobudowanie” elementów, które nie są opisane przez tekst, ale są konieczne do odtworzenia rzeczywistości potencjalnej.

Ta praktyka uzupełniania „miejsz niedopowiedzenia” jest praktyką konieczną w procesie rozumienia tekstu. Może ona stanowić punkt wyjścia dla rozważań nad zagadnieniem dyskrecjonalności prawniczej, ponieważ proces saturacji (nasycenia) obrazu świata możliwego cechami niewynikającymi z tekstu prawnego polega na tym, że prawnik-interpretator dodaje coś od siebie do obrazu świata zaprojektowanego przez prawodawcę, a więc w pewnym sensie wchodzi w jego rolę.

¹² R. Ingarden, *Studia z estetyki*, t. 2, Warszawa 1958, s. 96–104.

Pozostawiając na boku kwestię dyskrecjonalności semantycznej (dyskrecjonalność w ujęciu H. L. A. Harta), przeanalizujemy obszar dyskrecjonalności polegający na wyprowadzaniu norm z norm, a więc obszar tzw. prawniczych rozumowań inferencyjnych.

Mimo że rozumowania inferencyjne w prawoznawstwie są powszechne, w ujęciu „autorocentrycznych” koncepcji interpretacji prawniczej, zwłaszcza tych zorientowanych pozytywistycznie, trudno jest uzasadnić ich przeprowadzanie. Po pierwsze, można powiedzieć, że dodatkowe normy, których autorem nie jest prawodawca, nie spełniają testu pochodzenia. Po drugie, w świetle *single author fallacy* i braku jednej sprecyzowanej lokucyjnej intencji prawodawcy trudno jest uzasadnić wyprowadzanie jednych reguł z drugich. W takiej sytuacji powstaje bowiem podstawowe pytanie o legitymację dla takiego wyprowadzania, doniosłe również w przypadku, gdy zgodzimy się, że może istnieć jedna, sprecyzowana intencja prawodawcy.

Jeśli natomiast uznamy, że:

a) interpretator nie odtwarza intencji lokucyjnej prawodawcy, ale rekonstruuje świat możliwy, aby go następnie w procesie stosowania prawa urzeczywistnić, oraz że

b) opis świata możliwego jest skończony, a ilość właściwości tego świata nieskończona,

to znajdujemy legitymację dla wypełnienia owych „miejsz niedopowiedzenia” przez elementy pasujące do opisanych elementów rzeczywistości. W przeciwnym razie realizacja podstawowego obowiązku wynikającego z prawa – a więc urzeczywistnienia świata opisanego przez tekst prawny – nie byłaby w ogóle możliwa. Nie da się bowiem zrealizować świata „częściowo”, jeśli występuje zależność przyczynowo-skutkowa pomiędzy elementem *b* opisanym w tekście prawnym i elementem *a* nieopisanym w tym tekście.

Oprócz uzasadnienia dla pewnego obszaru dyskrecjonalności prawniczej poprzez logiczne jej powiązanie z narzuconym przez prawodawcę obowiązkiem realizacji świata, prezentowana koncepcja pozwala w sposób bardziej całościowy opisać sam proces rozumowań inferencyjnych w prawie. W klasycznym ujęciu powiązania pomiędzy normami, budowane przez wnioskowania inferencyjne (wnioskowania z jednych norm o innych normach), mają charakter jednokierunkowy (powiązanie normy, z której się wnioskuje, z normą, która zostaje wyprowadzona z tej normy). Z tego powodu rozumowania inferencyjne w klasycznym ujęciu nie są w stanie zapewnić systemowego powiązania pomiędzy większą ilością norm. W prezentowanym tu ujęciu możliwe jest wielopoziomowe i wielokierunkowe powiązanie stanów rzeczy opisywanych przez T_0 z innymi stanami rzeczy występującymi w opisywanym świecie możliwym S_{m1} . Ponieważ świat S_{m1} jest normatywnym wzorcem dla świata rzeczywistego, powiązania systemowe pomiędzy właściwościami (stanami rzeczy w tym świecie) są odpowiednikiem

powiązań pomiędzy normami w klasycznym ujęciu systemu prawa. Dlatego ich wielopoziomowość oraz wielokierunkowość może być przeciwstawiona jednopoziomowości i jednokierunkowości rozumowań inferencyjnych dokonywanych w klasycznym ujęciu.

Jak już powiedziano, świat tekstu prawnego można traktować jako projekcję przyszłego, całościowego świata rzeczywistego. Wzorzec ten nie ma zatem charakteru wzorca dla danego, pojedynczego zachowania, lecz jest wzorcem o charakterze stanu rzeczy, a więc może być odnoszony do złożonych zbiorów zachowań i efektów tych zachowań. Zaprezentowane tutaj ujęcie wydaje się więc bardziej wszechstronne niż tzw. klasyczne ujęcie normy prawnej, w ramach którego za wzorzec postępowania uznaje się wypowiedź określającą jedynie adresata, okoliczności oraz dane działanie, które jest zakazane albo nakazane. W tym ostatnim ujęciu prawo jawi się jako zbiór pojedynczych norm-wzorców postępowania, niepowiązanych w jedną całość szerszym kontekstem. Wzorzec zachowania jest więc budowany w sposób zbyt jednostkowy (np. nie obejmuje on powiązań między kilkoma normami-wzorcami). W przeciwieństwie do tego koncepcja tekstu prawnego jako opisu świata możliwego zapewnia wieloaspektowe (wielopoziomowe i wielokierunkowe) powiązanie opisanych przez tekst właściwości świata możliwego z innymi jego właściwościami, dobudowanymi przez interpretatora. Odtwarzanie z tekstu reprezentacji (wizji) stanu rzeczy, a nie np. wizji konkretnego zachowania, pozwala rozciągnąć wzorzec na kontekst, w ramach którego zachowania te zachodzą. Wzorzec świata zamiast wzorca zachowania wydaje się więc podejściem bardziej uniwersalnym dla potrzeb interpretacji prawniczej.

6.2. Osiągalność świata S_{m1} jako czynnik racjonalizujący interpretację prawniczą

Zgodnie z jedną z tez przedstawianej tu koncepcji, świat możliwy S_{m1} jest światem osiągalnym ze świata rzeczywistego (S_a). Oznacza to, że świat ten musi być ontologicznie podobny do świata rzeczywistego. Przykładowo – zwyczajne związki przyczynowo-skutkowe funkcjonujące w S_a muszą wystarczyć na osiągnięcie S_{m1} .

Założenie o osiągalności świata opisanego przez tekst prawny ma duże znaczenie dla procesu interpretacji prawa. Założenie to wymaga od interpretatora odtwarzania obrazu świata, który jest racjonalny w tym sensie, że nie odbiega on znacząco od struktury świata rzeczywistego. Brak racjonalności świata możliwego czyniłby go niekompatybilnym ze światem rzeczywistym, „nieosiągalnym” lub „niedostępnym” w języku teorii światów możliwych, co stawiałoby pod znakiem zapytania realizację podstawowego obowiązku prawnego, jakim jest urzeczywistnianie świata możliwego, opisywanego przez tekst prawny.

Wspomniany brak racjonalności świata możliwego S_{m1} mógłby polegać w szczególności na tym, że w świecie S_{m1} nie obowiązywałaby zasada wyłączonego środka, a więc możliwe byłoby, aby w tym świecie jednocześnie występowała

i nie występowała właściwość X . Taka sytuacja powodowałaby kluczową różnicę ontologiczną pomiędzy światem rzeczywistym (w którym zasada wyłączonego środka obowiązuje) a światem S_{m1} . W świecie rzeczywistym S_a nie jest bowiem możliwe jednoczesne występowanie właściwości X i nie- X w tym samym stanie rzeczy. Oznacza to, że świat S_{m1} , w którym taka sytuacja byłaby możliwa, nie byłby osiągalny ze świata rzeczywistego.

Dla prawnika interpretującego tekst prawny T_0 oznacza to, że nie może on przyjąć, aby opis S_{m1} był sprzeczny, a więc by jednocześnie zawierał on dane twierdzenie oraz jego negację. Występowanie w T_0 sprzeczności czyniłoby bowiem S_{m1} niemożliwym do urzeczywistnienia, a tym samym nie mógłby on służyć jako projekt docelowy dla świata rzeczywistego. Jeśli zatem przyjmujemy tezę, że tekst prawny opisuje jeden, racjonalnie zorganizowany świat możliwy, to niesprzeczność opisu jest wymagana, aby świat ten mógł być realizowany, a więc aby mógł być wypełniony podstawowy obowiązek wynikający z prawa, którym jest właśnie realizacja tego świata.

Argument z racjonalności świata projektowanego przez tekst prawny uzasadnia stosowanie popularnej wśród prawników argumentacji *ad absurdum*, czy też argumentacji ze skutków rozstrzygnięcia, a także szeregu tzw. reguł kolidujących (np. *lex specialis derogat legi generali*). Wszystkie te typy argumentacji w ujęciu teorii „autorocentrycznych” cierpią na deficyt legitymacji, podobnie jak argumentacja oparta na regułach referencyjnych, wspomniana wcześniej. W świetle rozważań prowadzonych w niniejszym opracowaniu znajdują one pełne uzasadnienie – wynikają z podstawowego wymogu stawianego przez prawodawcę, jakim jest obowiązek zrealizowania obrazu świata projektowanego przez tekst prawny¹³.

Na zakończenie warto poświęcić uwagę szerszemu zagadnieniu, powiązanemu z kwestią ontologicznego podobieństwa świata rzeczywistego do świata opisywanego przez tekst prawny. Zagadnieniem tym jest ocena, czy o dostępności świata możliwego decyduje obecność w tym świecie pewnych zasad moralnych. Innymi słowy – powstaje pytanie: czy świat tekstu prawnego musi posiadać pewną moralność, aby był realizowalny, osiągalny ze świata rzeczywistego? O ile w przypadku teorii „autorocentrycznych” odwołanie do moralności było zazwyczaj traktowane jako modyfikowanie woli prawodawcy pozytywnego lub nawet przeciwstawianie się jej, w ujęciu tu prezentowanym elementy moralności znajdują swoje miejsce jako czynnik kształtujący świat możliwy, opisywany przez tekst

¹³ Założenie o racjonalności świata odtwarzanego z tekstu prawnego jest innym ujęciem założenia o racjonalności prawodawcy. Należy zwrócić uwagę, że dotychczas w koncepcjach „autorocentrycznych” niesprzeczność prawa mogła być wyprowadzana jedynie z założenia o racjonalności prawodawcy, które budziło wiele wątpliwości, szczególnie w świetle zarzutów wywodzonych z *single author fallacy*. Uważam, że zaprezentowane w niniejszym opracowaniu uzasadnienie dla wymogu niesprzeczności w prawie oraz stosowania opartych na wymogu niesprzeczności argumentów prawniczych ma większy potencjał eksplikacyjny.

prawny. Te moralne elementy mogą występować albo jako wypełnienie „miejsca niedopowiedzenia”, albo wręcz jako element konieczny świata urzeczywistnianego, w oparciu o założenie, że niemożliwe jest realizowanie świata bez moralności. Można by postawić odważną tezę, że świat możliwy, pozbawiony całkowicie zasad moralnych lub o moralności zbyt odmiennej od moralności istniejącej w świecie rzeczywistym, jest nieosiągalny ze świata rzeczywistego, a więc odtwarzany opis świata możliwego nieuwzględniający moralności czyni niemożliwym do zrealizowania podstawowy obowiązek wynikający z prawa – urzeczywistnienie świata opisywanego przez tekst prawny. Oznaczałoby to, że konieczność uwzględnienia pewnego minimum moralności w prawie wynikałaby z istoty prawa rozumianego jako instrument projektowania przyszłego świata, w którym ma funkcjonować dane społeczeństwo. Nieuwzględnienie moralności powodowałoby bowiem niemożliwość realizacji tego świata. Mimo że kwestia ta jest niezwykle interesująca, jej rozważenie wymaga osobnego opracowania.

Agnieszka Doczekalska

(De)kulturyzacja i (de)hybrydyzacja języka prawnego w procesie tworzenia i transpozycji prawa Unii Europejskiej

1. Wprowadzenie

Prawo tworzone przez Unię Europejską jest jednolite i autonomiczne¹. Powstaje z poszanowaniem różnorodności kultur, języków oraz tradycji i systemów prawnych poszczególnych państw członkowskich². Wymóg zachowania jednolitości i autonomiczności prawa skutkuje dekultryzacją, a poszanowanie różnorodności – hybrydyzacją unijnych tekstów prawnych. Z drugiej strony, kiedy prawo unijne jest stosowane w państwach członkowskich, a zwłaszcza transponowane do porządków prawnych tych państw, można zaobserwować procesy odwrotne, tj. kulturyzację i dehybrydyzację języka prawnego Unii Europejskiej³. W niniejszym tekście omawiam w szczególności dwa procesy, jakim podlega język prawny podczas tworzenia prawa unijnego (tj. dekultryzację i hybrydyzację)

¹ Na temat autonomiczności i odrębności systemu prawa wspólnotowego zob. R. Barents, *The Autonomy of Community Law*, Haga 2004 oraz W. Jedlecka, *Z zagadnień autonomii prawa wspólnotowego*, [w:] J. Kaczor (red.), *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Teoria prawa europejskiego*, Wrocław 2005, s. 113–128. Zob. wyrok Trybunału z dnia 15 lipca 1964 r. w sprawie C-6/64 Flaminio Costa przeciwko E.N.E.L., Zb. Orz. 1964, s. 585, pkt 3. Por. m.in. wyroki z 2012 r.: wyrok z dnia 3 lipca 2012 r. w sprawie C-128/11 UsedSoft GmbH przeciwko Oracle International Corp., niepublikowany w Zb. Orz., pkt 40; wyrok z dnia 26 kwietnia 2012 r. w sprawie C-510/10 DR i TV2 Danmark A/S przeciwko NCB – Nordisk Copyright Bureau, niepublikowany w Zb. Orz., pkt 34; wyrok z dnia 21 grudnia 2011 r. w sprawach połączonych Tomasz Ziolkowski (C-424/10) i Barbara Szeja i inni (C-425/10) przeciwko Land Berlin, Zb. Orz. 2011, s. I-14035, pkt 33.

² O poszanowaniu systemów i tradycji państw członkowskich mówi art. 67 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 326 z 26 października 2012 r.); o poszanowaniu różnorodności kulturowej i językowej mówi m.in. art. 3 Traktatu o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 326 z 26 października 2012 r.).

³ Na temat możliwości wyodrębnienia języka prawnego Unii Europejskiej zob. J. Boulouis, *Quelques réflexions à propos du langage juridique communautaire*, „Droits (Revue française de théorie juridique)” 1991, no. 14, s. 97–103 oraz M.-J. Campana, *Vers un langage juridique commun en Europe?*, „European Review of Private Law” 2000, no. 1, s. 33–50.

oraz zwracam uwagę na dwa przeciwne procesy, występujące zwłaszcza podczas transpozycji dyrektyw unijnych do systemu prawnego państw członkowskich (tj. kulturyzację i dehybrydyzację).

2. Hybrydyzacja podczas tworzenia unijnych tekstów prawnych

Teksty hybrydowe powstają w środowisku wielojęzycznym i wielokulturowym, takim, jakim jest Unia Europejska⁴. Są tworzone w wyniku międzykulturowych negocjacji, powstają jako kompromis między różnymi kulturami i językami⁵. Mogą także powstać w wyniku przekładu, kiedy tłumacz przekazuje elementy kultury tekstu źródłowego adresatom tekstu docelowego. W takiej sytuacji tekst przetłumaczony, łącząc cechy językowe i kulturowe charakterystyczne zarówno dla kultury źródłowej, jak i docelowej, wydaje się adresatowi obcy, dziwny, czasem niezrozumiały. Nie jest to jednak błędem, a wynika ze świadomej decyzji tłumacza⁶. Zjawisko hybrydyzacji i pojęcie tekstu hybrydowego znalazło się w kręgu zainteresowań teorii przekładu pod koniec XX w.⁷ Według niektórych autorów każdy przekład jest tekstem hybrydowym⁸. Inni uważają, że tekst hybrydowy może powstać nawet bez dokonywania przekładu, tylko w wyniku kontaktu różnych języków i kultur⁹. Anthony Pym natomiast wskazuje, że to tekst źródłowy powstały w środowisku wielojęzycznym i wielokulturowym jest tekstem hybrydowym, który może ulec dehybrydyzacji dzięki przekładowi, w wyniku którego powstaje tekst w jednym języku i odzwierciedlający jedną kulturę¹⁰.

⁴ Ch. Schäffner, B. Adab, *The idea of the hybrid text in translation: Contact as conflict*, „Across Languages and Cultures” 2001, no. 2 (2), s. 178.

⁵ Ch. Schäffner, B. Adab, *Translation as intercultural communication – contact as conflict*, [w:] M. Snell-Hornby, Z. Jettmarová, K. Kaindl (eds), *Translation as Intercultural Communication*, Amsterdam 1997, s. 329–330.

⁶ Tłumacz podejmuje decyzję, czy jego przekład będzie wierny językowi i kulturze docelowej, tzw. przekład zorientowany na odbiorcę. Wtedy może zostać spełniony warunek przezroczystości przekładu i niewidzialności tłumacza. Dzięki temu czytelnik może nawet nie zdawać sobie sprawy z tego, że ma do czynienia z przekładem tekstu napisanego w innym języku i pochodzącego z innej kultury. Tłumacz może również pozostać wierny kulturze i językowi źródłowemu. Wtedy powstanie przekład celowo nacechowany obcością. Taki tekst można określić jako hybrydowy. Zob. F. Schleiermacher, *Über die verschiedenen Methoden des Übersetzens*, Berlin 1813, a także L. Venuti, *The Translator's Invisibility: A History of Translation*, London–New York 2004.

⁷ Zob. T. Hermans, *The Translator's Voice in Translated Narrative*, „Target” 1996, no. 8 (1), s. 23–48; Ch. Schäffner, B. Adab, *Translation as intercultural communication...*, s. 325–337; A. Trosborg, *Translating hybrid political texts*, [w:] A. Trosborg (ed.), *Text Typology and Translation*, Amsterdam–Philadelphia PA 1997, s. 145–158.

⁸ Zob. T. Hermans, *op. cit.*, s. 45, cyt. w: Ch. Schäffner, B. Adab, *The idea of the Hybrid Text...*, s. 170.

⁹ Zob. M. Snell-Hornby, *The space 'in between': What is a hybrid text?*, „Across Languages and Cultures” 2001, no. 2 (2), s. 209.

¹⁰ Zob. A. Pym, *Against praise of hybridity*, „Across Languages and Cultures” 2001, no. 2 (2), s. 205, 207.

Nie przyjęto do tej pory jednej wspólnej definicji tekstu hybrydowego. Na potrzeby tego artykułu będę posługiwać się definicją zaproponowaną przez A. Trosborg, według której tekst hybrydowy to „tekst, który powstaje w wyniku kontaktu dwóch lub więcej języków i kultur”¹¹. W teorii przekładu podkreśla się, że hybrydyzacja tekstu jest wynikiem świadomej decyzji tłumacza, nie wynika z błędu lub braku umiejętności¹². Kiedy odnoszę termin „tekst hybrydowy” do aktów prawnych Unii Europejskiej, przyjmuję, że hybrydowość jest zamierzonym i celowym zabiegiem.

Przyczyną hybrydyzacji unijnych tekstów prawnych jest uwzględnianie różnorodności kultur i tradycji państw członkowskich podczas tworzenia prawa unijnego. Poszanowanie chociażby różnorodności językowej, przejawiające się w wymogu tworzenia prawa w 24 językach urzędowych¹³ powoduje, że powstaje tekst prawny, który można określić jako tekst hybrydowy. Hybrydowość tekstu prawa unijnego można analizować na dwóch poziomach: po pierwsze, na poziomie wielojęzycznego tekstu aktu prawnego oraz, po drugie, na poziomie poszczególnych wersji językowych¹⁴.

Prawo unijne jest tworzone, uchwalane i publikowane w 24 językach urzędowych¹⁵. Wszystkie wersje językowe są w równym stopniu autentyczne. Oznacza to, że tworzą one wspólnie znaczenie tekstu prawnego i żadna z wersji językowych nie może zostać odrzucona podczas dokonywania wykładni unijnego aktu prawnego¹⁶. Zasadę równej autentyczności wspiera teoria tekstów oryginalnych, która zakłada, że wszystkie autentyczne wersje językowe, bez względu na to, jak zostały stworzone, są oryginałami; żadna z wersji nie jest przekładem¹⁷. W przypadku

¹¹ A. Trosborg, *Translating...*, s. 147. Na tę cechę tekstów hybrydowych wskazują również Ch. Schäffner i B. Adab – zob. *Translation as intercultural communication...*, s. 325.

¹² G. Palumbo, *Key Terms in Translation Studies*, London–New York 2009, s. 57.

¹³ Zob. art. 1 i 4 rozporządzenia Rady nr 1/58 w sprawie określenia systemu językowego Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej (Dz. Urz. L 17 z 6 października 1958 r., s. 385; wersja skonsolidowana z 1 lipca 2013 r. dostępna na: <http://eur-lex.europa.eu>).

¹⁴ Na temat różnic między terminem „tekst” i „wersja” w języku prawnym i prawniczym Unii Europejskiej zob. A. Doczekalska, *All Originals: Fiction and Reality of Multilingual Legal Drafting in the European Union and Canada*, praca doktorska, The European University Institute, Florencja 2009, s. 20–21.

¹⁵ Akty prawa pierwotnego są sporządzane i autentyczne we wszystkich językach urzędowych. W odniesieniu do aktów prawa pochodnego rozporządzenie Rady 1/58 wymaga, aby rozporządzenia i inne dokumenty powszechnie obowiązujące sporządzano w językach urzędowych (art. 4), a także by „Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej” publikowano w językach urzędowych.

¹⁶ Wyrok Trybunału z dnia 6 października 1982 r. w sprawie 283/81 Srl CILFIT i Lanificio di Gavardo SpA przeciwko Ministero della sanità, Zb. Orz. 1982, s. 3415, pkt 18. Zob. S. Šarčević, *New Approach to Legal Translation*, Haga–London–Boston 2000, s. 64.

¹⁷ S. Šarčević *New Approach...*, s. 20; E. Wagner, *Translation of multilingual instruments in the European Union*, [w:] S. Šarčević (ed.) *Legal Translation. Preparation for Accession to the European Union*, Rijeka 2001, s. 67.

Unii Europejskiej, chociażby z powodu przystępowania do Unii poszczególnych państw członkowskim w różnym czasie, teoria ta jest fikcją, która jednak pozwala na stosowanie zasady równej autentyczności. Na przykład zgodnie z teorią tekstów oryginalnych chorwackie wersje aktów prawa pierwotnego i pochodnego z dniem 1 lipca 2013 r., kiedy Chorwacja przystąpiła do Unii Europejskiej, stały się oryginałami, mimo że nie powstawały wraz z innymi wersjami tych aktów¹⁸. Chorwacka wersja jest autentyczna na takich samych warunkach jak teksty sporządzone w pozostałych językach urzędowych. Jeżeli zatem nie mamy do czynienia z przekładem, który z reguły oznacza zastąpienie tekstu w jednym języku tekstem w innym języku, możemy mówić o wielojęzycznym tekście aktu prawnego, którego wersje nie zastępują siebie nawzajem, lecz współlistnieją i współuczestniczą w tworzeniu znaczenia aktu prawnego. Kiedy Europejski Trybunał Sprawiedliwości, a obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TS UE), odnosi się do zasady równej autentyczności, z której wynika obowiązek poszukiwania wspólnego znaczenia dla wszystkich wersji językowych, posługuje się określeniem „wielojęzyczny tekst prawa unijnego”¹⁹. Zatem wielojęzyczny akt prawa Unii Europejskiej stanowi wyjątkowy przykład tekstu hybrydowego, którego pojawienie się wynika nie tyle z kontaktu języków, ile ze współlistnienia 24 wersji językowych współtworzących znaczenie tego aktu.

Wymóg sporządzania aktów prawa unijnego w 24 językach jest realizowany przez instytucje Unii Europejskiej na większości etapów tworzenia prawa. W wyniku pozostawania języków urzędowych Unii w ciągłym kontakcie oraz ich oddziaływania na siebie powstają teksty hybrydowe, łączące w sobie cechy syntaktyczne, morfologiczne i leksykalne charakterystyczne dla wielu języków²⁰. Osoby biorące udział w procesie tworzenia prawa (w szczególności tłumacze i prawnicy lingwiści odpowiedzialni za jakość tekstów aktów prawnych, a przede wszystkim za zapewnienie, aby wszystkie wersje językowe miały takie samo znaczenie) mają świadomość tego, że akt prawny jest wyrażany i autentyczny w 24 językach. Dlatego należy unikać terminów, które są nieprzetłumaczalne. Jeżeli okaże się, że został użyty termin lub sformułowanie, które nie ma odpowiednika chociażby w jednym z urzędowych języków UE, należy termin lub sformułowanie zastąpić innym przetłumaczalnym wyrażeniem. W ten sposób języki oddziałują na siebie.

¹⁸ Akt dotyczący warunków przystąpienia Republiki Chorwacji oraz dostosowań w Traktacie o Unii Europejskiej, Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej i Traktacie ustanawiającym Europejską Wspólnotę Energii Atomowej (Dz. Urz. UE L 112/21 z 24 kwietnia 2012 r.) przewiduje, że od dnia przystąpienia Chorwacji do UE teksty traktatów (art. 14 i 54) oraz teksty aktów instytucji przyjęte przed przystąpieniem (art. 52) i sporządzone w języku chorwackim są autentyczne na takich samych warunkach jak teksty sporządzone w obecnych językach urzędowych.

¹⁹ Zob. np. wyrok Trybunału z dnia 20 listopada 2001 r. w sprawie C-268/99 Aldona Malgorzata Jany and Others przeciwko Staatssecretaris van Justitie, Zb. Orz. 2001, s. I-08615, pkt 47.

²⁰ I. Zauberga, *Discourse interference in translation*, „Across Languages and Cultures” 2001, no. 2 (2), s. 273.

W poszczególnych wersjach językowych można również wskazać na wyrażenia, które pochodzą z języka obcego. Na przykład *Vademecum tłumacza* zawierające wskazówki dla polskich tłumaczy unijnych informuje, że „[a]ngielskie skrótownice nazw programów, instytucji itp. w tłumaczeniu na język polski z reguły pozostają w wersji angielskiej, chyba że istnieje uzus stosowania skrótownic polskich”²¹.

Hybrydyzację tekstu, która jest zgodnie z definicją działaniem celowym²², należy odróżnić od sytuacji, w której oddziaływanie języków na siebie prowadzi do popełniania błędów w poszczególnych wersjach językowych. W polskich tekstach najbardziej widoczne są wpływy języka angielskiego, który jest językiem ponad 70% wszystkich tekstów tłumaczonych przez Dyрекcję Generalną ds. Tłumaczeń Pisemnych Komisji Europejskiej²³. Najczęściej popełniane są błędy gramatyczne²⁴, składniowe²⁵ i interpunkcyjne²⁶, wynikające przede wszystkim ze stosowania kalk angielskich konstrukcji językowych. Mimo że błędy te są rezultatem kontaktu dwóch lub więcej języków, to jednak nie możemy tylko z tego powodu nazywać wersji językowej zawierającej błędy tekstem hybrydowym.

Język angielski, który po rozszerzeniu Unii w 2004 r. stał się *de facto* głównym językiem roboczym instytucji Unii Europejskiej, również ulega wpływom innych języków. Wynika to z tego, że językiem angielskim, który pełni rolę *lingua franca*, posługują się osoby, dla których nie jest on językiem ojczystym. Jest to źródłem trudności również w procesie tworzenia prawa. Projekt aktu prawnego, którego przygotowanie przez Komisję Europejską w języku angielskim, rzadziej w języku francuskim, rozpoczyna zwykłą procedurę ustawodawczą²⁷, jest często sporządzany przez osoby, które nie są rodzimymi użytkownikami tych języków. Trudno w takiej sytuacji uniknąć wpływu języka ojczystego danej osoby na przygotowywany przez nią tekst. Czasami wpływy są tak silne, że niektóre sformułowania są niezrozumiałe dla użytkowników języka angielskiego. Nie możemy w takiej sytuacji mówić o hybrydyzacji tekstu, lecz raczej o „skażeniu” języka angielskiego przez

²¹ *Vademecum tłumacza. Wskazówki redakcyjne dla tłumaczy*, wersja 12 (styczeń 2014 r.), Departament Języka Polskiego, Dyrekcja Generalna ds. Tłumaczeń Pisemnych, Komisja Europejska, Luksemburg 2007–2014, s. 52.

²² G. Palumbo, *op. cit.*, s. 57.

²³ Według *Translating for a multilingual community* (Luxembourg 2009, s. 6) 72,5% wszystkich tłumaczonych tekstów stanowiły teksty w języku angielskim.

²⁴ Np. kalka angielskiej konstrukcji gramatycznej polegająca na zastosowaniu bezokolicznika po wyrażeniu „wydaje się”. Przykład pochodzi z instrukcji dla polskich tłumaczy tekstów unijnych *Common translation problems*, dostępnej na stronie Dyrekcji Generalnej ds. Tłumaczeń Pisemnych http://ec.europa.eu/translation/index_en.htm (dostęp: maj 2013).

²⁵ Np. kalkowanie składni szyku *datum novum*. Przykład pochodzi z instrukcji dla polskich tłumaczy tekstów unijnych *Common translation problems*.

²⁶ Np. kalkowanie angielskiej interpunkcji poprzez stawianie przecinka po wyrażeniu „na przykład”. Przykład pochodzi z instrukcji dla polskich tłumaczy tekstów unijnych *Common translation problems*.

²⁷ Art. 294 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

kalki i zapożyczenia z innego języka²⁸. Na podstawie angielskiej wersji projektu aktu prawnego sporządzane są następnie pozostałe wersje językowe, ponieważ Komisja przedstawia projekt Parlamentowi Europejskiemu i Radzie we wszystkich 24 wersjach językowych. Mogło się zatem zdarzyć, że angielski tekst będący *de facto* oryginalną wersją – tekstem źródłowym²⁹ – jest gorszej jakości niż tłumaczenia. Aby poprawić jakość angielskich wersji językowych, od kilku lat w Dyrekcji Generalnej ds. Tłumaczeń Pisemnych pracują rodzimi użytkownicy języka angielskiego, a także języka francuskiego, których zadaniem jest weryfikowanie i edytowanie tekstów sporządzanych w wymienionych językach przez osoby, dla których języki te nie są językami ojczystymi³⁰. Praca edytorów, wskazówki redakcyjne dla tłumaczy oraz innych osób uczestniczących w tworzeniu prawa unijnego, listy najczęściej popełnianych błędów w poszczególnych językach, kampanie poświęcone jasnemu i czytelnemu pisaniu tekstów – mają na celu wyeliminowanie niepożądanych wzajemnych wpływów języków pozostających w kontakcie.

3. Dekulturyzacja podczas tworzenia unijnych tekstów prawnych

Europejski Trybunał Sprawiedliwości wielokrotnie podkreślał, że prawo unijne tworzy odrębny system prawny³¹, który posługuje się swoimi własnymi pojęciami i terminami, charakterystycznymi tylko dla prawa unijnego³². Trybunał w szczególności podkreśla, że pojęcia prawne mają inne znaczenie

²⁸ Wyrażenie „skażony język angielski” zostało użyte przez Manuę Guggeis, która kieruje jednostką prawników lingwistów w Służbie Prawnej Komisji Europejskiej – zob. M. Guggeis, *Multilingual legislation and the legal linguistic revision at the Council of the European Union*, [w:] B. Pozzo, V. Jacometti (eds), *Multilingualism and the Harmonisation of European Law*, London 2006, s. 115; *Study on Lawmaking in the EU Multilingual Environment*, Luxembourg 2010, s. 19.

²⁹ Tekst ten *de facto* jest tekstem oryginalnym, a pozostałe wersje – tłumaczeniami, jednak *de iure* wszystkie wersje językowe aktu prawnego po jego przyjęciu są oryginałami zgodnie ze wspomnianą wcześniej teorią tekstów oryginalnych oraz z zasadą równej autentyczności.

³⁰ O edytowaniu tekstów w Komisji pisze A. C. Murphy, *Mediated language in non-native speaker texts from the European Commission*, [w:] C. Taylor (ed.), *Ecolingua. The Role of E-corpora in Translation and Language Learning*, Trieste 2009, s. 173.

³¹ Por. m.in. wyrok z dnia 15 lipca 1964 r. w sprawie C-6/64 Flaminio Costa przeciwko E.N.E.L., Zb. Orz. 1964, s. 585, pkt 3 lub wyrok z dnia 18 grudnia 2008 r. w sprawie Government of Gibraltar (T-211/04) i Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej (T-215/04) przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, Zb. Orz. 2008, s. II-03745, pkt 59, w których Trybunał wskazał, że prawo wspólnotowe ustanawia swój własny porządek prawny. Por. także m.in. wyrok z dnia 3 kwietnia 1968 r. w sprawie 28/67 firma Molkerei-Zentrale Westfalen/Lippe GmbH przeciwko Hauptzollamt Paderborn, Zb. Orz. 1968, s. 00143, pkt 1 lub wyrok z dnia 13 lutego 1969 r. w sprawie 14/68 Walt Wilhelm przeciwko Bundeskartellamt, Zb. Orz. 1969, s. 00001, pkt 1, w których Trybunał wskazał, że Wspólnota tworzy nowy system prawny.

³² Wyrok Trybunału z dnia 6 października 1982 r. w sprawie 283/81 Srl CILFIT i Lanificio di Gavardo SpA przeciwko Ministero della sanità, Zb. Orz. 1982, s. 3415, pkt 19.

w prawie wspólnotowym i w prawie poszczególnych państw członkowskich³³. Ta uwaga interpretacyjna, wyrażona po raz pierwszy w 1982 r. w sprawie Cilfit, stanowi również wskazówkę dla twórców prawa unijnego. Jako że pojęcia prawa unijnego są pojęciami autonomicznymi, właściwymi dla prawa UE³⁴, tworząc akty tego prawa „należy unikać sformułowań, które zbyt ściśle związane są z krajowym systemem prawnym”³⁵. Zatem aby zastosować odpowiednie terminy na oznaczenie pojęć prawa unijnego, najpierw ustala się w poszczególnych językach urzędowych terminy stosowane na oznaczenie danego pojęcia w porządkach prawnych państw członkowskich, po to, aby odrzucić te terminy i zastosować inne terminy niezwiązane z prawem krajowym³⁶. Pozwala to na osiągnięcie zgodności między wersjami językowymi oraz jednolite stosowanie prawa unijnego we wszystkich państwach członkowskich.

Istnieją różne metody odnajdywania lub tworzenia terminów, które nie są charakterystyczne dla krajowych porządków prawnych. Możliwe jest tworzenie i wprowadzanie nowych terminów, określanych jako euronimy³⁷, np. komitologia. Domenico Cosmai zauważa, że często stosowane są hiperonimy³⁸. Innym sposobem realizacji postulatu stosowania terminów niezwiązanych z prawem krajowym jest np. zastosowanie terminów znanych w językach prawnych państw członkowskich (lub jednego z nich) i nadanie im nowego znaczenia (tzw. resemantyzacja)³⁹. Przykładem resemantyzacji jest francuski termin *avocat général* (ang. *Advocate General*) wybrany na określenie instytucji rzecznika generalnego, którego zadaniem jest, zgodnie z Traktatem o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁴⁰, publiczne przedstawianie, przy zachowaniu całkowitej bezstronności i niezależności, uzasadnionych wniosków w niektórych sprawach wnoszonych do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w celu wspomaganie

³³ Ibidem.

³⁴ Istnieje bogate orzecznictwo, w którym Trybunał wskazuje, że poszczególne terminy oznaczają autonomiczne pojęcia prawa Unii, które wobec tego należy interpretować na terytorium UE w sposób jednolity. Por. m.in. wyroki z 2012 r.: wyrok z dnia 3 lipca 2012 r. w sprawie C-128/11 *UsedSoft GmbH przeciwko Oracle International Corp.*, pkt 40; wyrok z dnia 26 kwietnia 2012 r. w sprawie C-510/10 DR i TV2 Danmark A/S przeciwko NCB – Nordisk Copyright Bureau, pkt 34; wyrok z dnia 21 grudnia 2011 r. w sprawach połączonych Tomasz Ziolkowski (C-424/10) i Barbara Szeja i inni (C-425/10) przeciwko Land Berlin, pkt 33.

³⁵ Wymóg ten jest wyraźnie wskazany w zasadzie 5.3.2. *Wspólnego przewodnika praktycznego dotyczącego redagowania aktów prawa wspólnotowego*.

³⁶ Na podstawie wypowiedzi uzyskanej podczas wywiadu z prawnikami lingwistami w instytucjach UE we wrześniu 2011 r.

³⁷ Zob. R. Goffin, *L'Eurolecte: oui, jargon communautaire: non*, „Meta” 1994, no. XXXIX (4), s. 641, który wprowadza francuski termin: *euronym*.

³⁸ D. Cosmai, *Tradurre per l'Unione Europea*, ed. 2, Milano 2007.

³⁹ Zob. T. Gallas, *Understanding EC law as 'diplomatic law' and its language*, [w:] B. Pozzo, V. Jacometti (eds), *op. cit.*, s. 127.

⁴⁰ Art. 252 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

go w wykonywaniu powierzonego mu zadania. Regulacja dotycząca unijnego rzecznika generalnego oparta jest na znanej prawu francuskiemu instytucji *commissaire du gouvernement*, który pełni w Conseil d'État podobną rolę jak rzecznik generalny w TS UE⁴¹. Na oznaczenie pojęcia „rzecznik generalny” wybrano jednak inny francuski termin prawny *avocat général*, który jest również znany francuskiemu systemowi prawnemu i oznacza urzędnika sądowego prezentującego sprawę przed francuskim Sądem Kasacyjnym oraz wspierającego prokuratora generalnego w postępowaniu⁴². Zatem znaczenie terminu *avocat général* w prawie francuskim i w prawie unijnym jest zupełnie inne i stosowane jest na oznaczenie innych pojęć.

Czasem resemantyzacji podlega termin, który nie jest terminem prawnym lub prawniczym. Na przykład wyraz „transpozycja”, który w języku polskim oznacza „przenieść z jednej dziedziny do innej, przystosowywać coś do czegoś”⁴³ jest w Unii Europejskiej stosowany w ściśle określonym znaczeniu i oznacza „wprowadzeni[e] przepisów aktu normatywnego przyjętego na szczeblu UE/WE (najczęściej dyrektywy, ale nie tylko) do aktów prawa krajowego [...], co wiąże się następnie z przyjęciem, publikacją i wejściem w życie danych aktów krajowych”⁴⁴. Termin „transpozycja” należy odróżnić od wyrażenia „wdrozenie aktów prawnych Unii Europejskiej”. Wdrożenie, które często jest nieprawidłowo zastępowane słowem „implementacja”⁴⁵, jest szerszym pojęciem niż transpozycja i oznacza „transpozycję danego aktu UE oraz podjęcie wszelkich czynności w celu zapewnienia stosowania odnośnych przepisów krajowych w praktyce”⁴⁶. Rada Języka Polskiego wielokrotnie wskazywała, że rzeczownik „implementacja” i czasownik „implementować” są zbędnymi anglicyzmami⁴⁷. „Implementacja” jest zatem błędnym przekładem angielskiego słowa. Zaleca się, aby *implementation* w odniesieniu do aktów prawnych Unii Europejskiej tłumaczyć jako „wdrozenie” lub „wykonanie”⁴⁸. Wyraz „implementacja” nie jest używany przez instytucje Unii Europejskiej. Wyszukiwanie w bazie danych EUR-Lex wyrażenia „implementacja dyrektywy” dało mniej niż 20 rezultatów⁴⁹. Natomiast zapytanie

⁴¹ K. Borgsmidt, *The Advocate General at the European Court of Justice: a comparative study*, „European Law Review” 1988, no. 13 (2), s. 106–119 oraz A. A. Dashwood, *The Advocate General in the Court of Justice of the European Communities*, „Legal Studies” 1982, s. 202–215.

⁴² A. A. Dashwood, *op. cit.*

⁴³ L. Wiśniakowska, *Słownik wyrazów obcych PWN*, Warszawa 2007.

⁴⁴ *Vademecum tłumacza...*, s. 82.

⁴⁵ Brukselizm będący zapożyczeniem angielskiego terminu *implementation*.

⁴⁶ *Vademecum tłumacza...*, s. 82.

⁴⁷ Zob. sprawozdania Rady Języka Polskiego: *Sprawozdanie o stanie ochrony języka polskiego za lata 2003–2004* oraz *Sprawozdanie ze stanu ochrony języka polskiego w latach 2008–2009*, dostępne na: www.rjp.pan.pl/index.php.

⁴⁸ *Vademecum tłumacza...*, s. 82.

⁴⁹ <http://eur-lex.europa.eu/pl/index.htm> (dostęp: maj 2013).

dotyczące wyrażenia „wdrozenie dyrektywy” przyniosło 320 rezultatów, a sformułowania „transpozycja dyrektywy” – 390 rezultatów. Wyniki z wyszukiwarki Google pokazały, że o wiele częściej stosuje się wyrażenie „implementacja dyrektywy” (20 700 rezultatów) i „wdrozenie dyrektywy” (22 700) niż „transpozycja dyrektywy” (9900 rezultatów).

W wyniku stosowania opisanych metod wyszukiwania terminów prawa UE tekst unijnego aktu prawnego jest odbierany – zwłaszcza wtedy, kiedy adresat tekstu zapoznaje się z nim w swoim języku ojczystym – jako obcy i czasem niezrozumiały⁵⁰. Nie jest to jednak wynikiem błędów lub braku umiejętności twórców prawa unijnego, lecz zamierzonym zabiegiem, przez niektórych autorów określanym jako dekultryzacja języków prawnych państw członkowskich⁵¹. Polega ona na usuwaniu z języka prawnego państw członkowskich elementów (terminów, wyrażen, sposobu zapisu poszczególnych części aktu prawnego) charakterystycznych dla tego języka i zastępowaniu ich elementami neutralnymi. W wyniku dekultryzacji powstaje język autonomicznego prawa UE.

4. Dekultryzacja i kultryzacja podczas transpozycji unijnych dyrektyw do krajowego systemu prawnego

Podczas transpozycji dyrektyw do systemu prawa krajowego, która najczęściej wiąże się z ustanowieniem nowego aktu prawnego lub wprowadzeniem odpowiednich zmian do obowiązującego aktu prawa krajowego, neutralne, niewiążące się z żadnym systemem prawnym terminy są zastępowane terminami właściwymi dla danego systemu prawa krajowego. Jak ujmuję to J. M. Smits, neutralne terminy tworzone i stosowane na poziomie Unii Europejskiej są często przekładane na język i terminologię prawa krajowego⁵². Można wskazać kilka sytuacji, kiedy neutralne terminy zastępowane są terminami charakterystycznymi dla krajowego porządku prawnego⁵³.

⁵⁰ Dlatego na określenie języka Unii Europejskiej używa się pejoratywnych wyrażen, takich jak: ang. *Eurofog* – ‘euro-mgła’, ang. *Eurobabble* lub fr. *l’eurobillage* – ‘euro-bełkot’. Zob. R. Goffin, *op. cit.*, s. 636.

⁵¹ Ł. Biel, *Translation of multilingual EU legislation as a sub-genre of legal translation*, [w:] D. Kierzkowska (ed.), *Court Interpreting and Legal Translation in the Enlarged Europe*, Warsaw 2006; Th. van Els, *The European Union, its institutions and its languages: Some language political observations*, „Current Issues in Language Planning” 2001, vol. 2, no. 4, s. 311–360. Na temat wpływu procesu dekultryzacji na konwergencję kultur prawnych zob. A. Doczekalska, *Wielojęzyczność prawa a konwergencja kultur prawnych w Europie i Kanadzie*, [w:] O. Nawrot, S. Sykuna, J. Zajadło (red.), *Konwergencja czy dywergencja kultur i systemów prawnych?*, Warszawa 2012, s. 176–180.

⁵² J. M. Smits, *The Europeanisation of national legal systems: some consequences for legal thinking in civil law countries*, [w:] M. van Hoecke (red.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford 2004, s. 235.

⁵³ Zob. A. Doczekalska, *All Originals...*, s. 247–251.

Po pierwsze, ustawodawca krajowy decyduje się czasem na zastąpienie terminu unijnego terminem występującym w języku prawnym państwa członkowskiego wtedy, gdy pojęcie, do którego odwołuje się dyrektywa unijna, jest znane również w krajowym systemie prawnym, jednak termin zastosowany do oznaczenia tego pojęcia w prawie krajowym różni się od terminu użytego w dyrektywie. Taka praktyka jest dopuszczalna tylko wówczas, gdy pozwala na interpretowanie danego pojęcia w sposób jednolity na terytorium całej Unii Europejskiej oraz nie prowadzi do przyjęcia, że dane pojęcie jest wyłącznie pojęciem krajowego porządku prawnego. Na przykład polski ustawodawca, uchwalając ustawę transponującą dyrektywę 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotyczącą nieuczciwych praktyk handlowych⁵⁴, która przewiduje, że jedną z przesłanek pozwalających na zakwalifikowanie praktyki przedsiębiorcy jako nieuczciwej jest sprzeczność z wymogami staranności zawodowej (ang. *professional diligence*), postanowił zastąpić wyrażenie „staranność zawodowa” znanym polskiemu prawu terminem „dobre obyczaje”⁵⁵ (tab. 1).

Po drugie, podobna sytuacja ma miejsce wówczas, gdy termin użyty w dyrektywie nie jest znany ustawodawstwu krajowemu, ale jest bardzo zbliżony do innego terminu krajowego, który ma jednak inne znaczenie niż termin użyty w dyrektywie. Przykład takiej sytuacji można również znaleźć w dyrektywie dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych, zaliczającej do agresywnych praktyk handlowych praktyki posługujące się bezprawnym naciskiem (ang. *undue influence*). W ustawie transponującej dyrektywę zdecydowano się posłużyć terminem „niedopuszczalny nacisk” zamiast wyrażeniem „bezprawny nacisk”, które jest zbliżone do terminu polskiego prawa karnego „groźba bezprawna”⁵⁶. Ustawa zmienia nazwę, ale definiując pojęcie „niedopuszczalny nacisk”, stosuje zabieg niemalże „lustrzanego odbicia” definicji z dyrektywy⁵⁷ (tab. 1).

Po trzecie, posłużenie się innym terminem niż użyty w dyrektywie może być zabiegiem pożądanym, pozwalającym uniknąć błędnej interpretacji. Ma to miejsce wtedy, gdy termin zastosowany w dyrektywie funkcjonuje również w języku prawa krajowego, ale ma inne znaczenie niż znaczenie nadane temu terminowi w dyrektywie. Przykładem takiej zmiany jest zastąpienie terminu „pomoc prawna” (ang. *legal aid*), którym posługuje się dyrektywa Rady 2003/8/WE z dnia 27 stycznia

⁵⁴ Dz. Urz. UE L 26 z 31 stycznia 2003 r.

⁵⁵ Art. 4. ust. 1 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, Dz. U. 2007, nr 171, poz. 1206. Zob. *Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym*, druk sejmowy nr 1682.

⁵⁶ Zob. *Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym*; na temat analizy ekwiwalentów *undue influence* użytych w innych wersjach językowych dyrektywy zob.: A. Doczekalska, *All Originals...*, s. 248–249.

⁵⁷ Art. 8. ust. 2 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym.

2003 r. w celu usprawnienia dostępu do wymiaru sprawiedliwości w sporach transgranicznych⁵⁸, terminem „prawo pomocy”, użytym w transponującej ustawie z dnia 17 grudnia 2004 r. o prawie pomocy w postępowaniu w sprawach cywilnych prowadzonym w państwach członkowskich Unii Europejskiej⁵⁹. Użyty w dyrektywie termin „pomoc prawna” w polskim prawie ma dwa znaczenia. Po pierwsze, oznacza pomoc, jaką polskim sądom udzielają sądy i inne organy państw obcych oraz polskie przedstawicielstwa dyplomatyczne i urzędy konsularne⁶⁰. Po drugie, może oznaczać pomoc udzielaną przez adwokatów i radców prawnych osobom fizycznym i osobom prawnym. Pojęcie, którym posługuje się dyrektywa, jest zbliżone do drugiego znaczenia terminu „pomoc prawna”. Jednak znaczenie pojęcia unijnego jest szersze niż pojęcia polskiego, ponieważ oprócz ustanowienia adwokata lub radcy prawnego obejmuje też zwolnienie od kosztów sądowych. Aby uniknąć nieporozumień, zdecydowano się w ustawie transponującej dyrektywę na zastąpienie terminu „pomoc prawna” wyrażeniem „prawo pomocy”⁶¹ (tab. 1).

Tabela 1. Przykład zmiany terminów prawa unijnego podczas transpozycji dyrektyw unijnych do krajowego systemu prawnego

Prawo UE		Polski akt prawny transponujący dyrektywę
Dyrektywa 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych, Dz. Urz. UE L 149 z 11 czerwca 2005 r.		Ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, Dz. U. 2007, nr 171, poz. 1206
ang. <i>professional diligence</i>	pl. staranność zawodowa	dobre obyczaje
ang. <i>undue influence</i>	pl. bezprawny nacisk	niedopuszczalny nacisk
Dyrektywa Rady 2003/8/WE z dnia 27 stycznia 2003 r. w celu usprawnienia dostępu do wymiaru sprawiedliwości w sporach transgranicznych, Dz. Urz. UE L 26 z 31 stycznia 2003 r.		Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o prawie pomocy w postępowaniu w sprawach cywilnych prowadzonym w państwach członkowskich Unii Europejskiej, Dz. U. 2005, nr 10, poz. 67
ang. <i>legal aid</i>	pl. pomoc prawna	prawo pomocy

Źródło: opracowanie własne.

Podczas transpozycji dyrektywy do porządku prawnego państwa członkowskiego następuje również dehybrydyzacja języka prawnego, ponieważ akt prawny transponujący dyrektywę jest tworzony zgodnie z zasadami techniki prawodawczej przyjętymi w prawie krajowym oraz w języku prawnym (najczęściej tylko w jednym) prawa państw członkowskich.

⁵⁸ Dz. Urz. UE L 26 z 31 stycznia 2003 r.

⁵⁹ Dz. U. 2005, nr 10, poz. 67.

⁶⁰ Art. 1130 k.p.c.

⁶¹ Zob. *Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o prawie pomocy w postępowaniu w sprawach cywilnych, prowadzonym w państwach członkowskich Unii Europejskiej*, druk sejmowy nr 3261.

5. Podsumowanie

Hybrydowość tekstu powstaje nie w wyniku błędów lub braku kompetencji twórcy tekstu, ale jest jego świadomą decyzją. Podobnie w przypadku unijnych aktów prawnych – ich hybrydyzacja i dekulturyzacja jest zamierzonym zabiegiem, którego celem jest sprawienie, aby tekst i język prawny był rozpoznawalny jako należący do systemu prawa Unii Europejskiej.

Gdy tekst hybrydowy zostanie zaakceptowany przez adresatów, a odbiorca nie będzie dostrzegał hybrydowości tekstu, tzn. obcych elementów w tym tekście, wtedy tekst przestaje być tekstem hybrydowym⁶². Zatem tekst hybrydowy jest zjawiskiem przejściowym, pozwalającym wprowadzić do danej kultury nowe elementy i pojęcia. Hybrydowość jest przez niektórych traktowana nie jako cecha tekstu, lecz jako proces, który pojawia się wtedy, kiedy powstaje nowa kultura⁶³ – w omawianym przypadku kultura prawna Unii Europejskiej. W wyniku hybrydyzacji i dekulturyzacji języków prawnych państw członkowskich unijny tekst prawny, nawet jeśli zostanie zaakceptowany przez odbiorców i nie będzie dawał poczucia obcości, będzie jednak rozpoznawany jako element porządku prawnego Unii Europejskiej, a nie systemu krajowego.

⁶² Ch. Schäffner, B. Adab, *The idea of the Hybrid Text...*, s. 178.

⁶³ *Ibidem*, s. 291.

Wykładnia konstytucji a wykładnia prawa w zgodzie z konstytucją

Jaki charakter mają: interpretacja konstytucji oraz wykładnia prawa w zgodzie z konstytucją (wykładnia konstytucyjna)? Czy i na ile różnią się od siebie oraz od ogólnych reguł czy zasad wykładni stosowanych przez sądy? Są to główne pytania, na które będę starała się odpowiedzieć w tym opracowaniu.

Teksty prawne, w tym konstytucja, zawierają normy postępowania. Ma to wpływ na ich postać językową i interpretację. Konstytucja, jak każdy inny tekst prawny, podlega wykładni. Przepisy prawne, które składają się na tekst prawny są – jak wykazał Maciej Zieliński – *quasi*-idiomami (idiomami niewłaściwymi). Są one tak zredagowane, że odczytuje się je jako wypowiedzi wyrażające normy postępowania. Pozornie więc opisowa wypowiedź rozumiana jest jako wypowiedź normatywna. „Podstawą takiego odczytania tekstów prawnych jest założenie o ich normatywności”¹.

W literaturze teoretycznoprawnej od czasu publikacji Zygmunta Ziemińskiego *Przepis prawny a norma prawna* odróżnia się przepisy prawne od norm prawnych. Są to wypowiedzi należące do różnych kategorii składniowych². Jak zauważyła Anna Chmielarz, na gruncie prawa konstytucyjnego to „przyjęte w teorii prawa rozróżnienie normy prawnej od przepisu prawnego nie ma większego znaczenia praktycznego”³. Poparła tezę, jaką postawił wcześniej Józef Nowacki, że zasadne jest zamienne posługiwanie się obydwiema tymi nazwami⁴. Jeśli jednak założymy normatywny charakter konstytucji (tę tezę

¹ M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2010, s. 105; zob. B. Brożek, *Normatywność prawa*, Warszawa 2012, passim; R. Wedgwood, *The Nature of Normativity*, Oxford 2007; J. Stelmach, B. Brożek (eds), *Studies in the Philosophy of Law. The Normativity of Law*, Kraków 2011.

² Z. Ziemiński, *Przepis prawny a norma prawna*, [w:] S. Wronkowska (red.), *Z teorii i filozofii prawa Zygmunta Ziemińskiego*, Warszawa 2007, s. 33–47 (po raz pierwszy artykuł ten ukazał się w „Ruchu Prawniczym i Ekonomicznym” 1960, nr 1, s. 45–52).

³ A. Chmielarz, *Funkcja prawna konstytucji na przykładzie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 roku*, Warszawa 2011, s. 23.

⁴ Zob. J. Nowacki, *Przepis prawny a norma prawna*, Katowice 1988, s. 49–54, 103.

aprobuję), to właśnie w jej przepisach zawarte są normy. To z konstytucji owe normy, traktowane jako swoiste wypowiedzi spełniające wzorcowe wymagania, są wyprowadzane. Norma konstytucyjna (podobnie jak każda inna norma prawna) jest więc językowym derywatem przepisu. Każdy system prawa kwalifikowany jako system normatywny derywuje zbiór, którego elementami są normy. Jak wiadomo, normy te różnią się między sobą, tworząc odrębne kategorie, takie jak: normy kompetencyjne, sankcjonowane i sankcjonujące, przyznające uprawnienia, a także będące zasadami prawa. Każda z tych kategorii nie wykracza poza *genus* – normy postępowania. Konstytucjonaliści, mówiąc o normie konstytucyjnej, odwołują się do definicji normy prawnej rozumianej jako norma postępowania, tj. reguły zachowania, która sprowadza się do wypowiedzi złożonej określającej: adresata, okoliczności i zachowania, będącego przedmiotem powinności (nakaz/zakaz)⁵. Teoretycznoprawne założenia odnoszące się do koncepcji normy prawnej warunkują rozumienie „normy konstytucyjnej”. Okazuje się, że konstytucja, jak zresztą cały system prawny, charakteryzuje się wielością typów wypowiedzi normatywnych, co przesądza o ich wieloskładnikowości. Podstawowym jednak i w zasadzie jedynym właściwym składnikiem budującym system prawny jest norma. Czy faktycznie ta kategoria pojęciowa jest w stanie oddać złożoność i zróżnicowanie poszczególnych rodzajów norm? Według teoretyków i konstytucjonalistów pojemność strukturalna wypowiedzi normatywnej jest wystarczająca, by tę wielość zasymilować.

Konstytucja RP z 1997 r., jak i cały system prawny, charakteryzuje się wielością typów wypowiedzi normatywnych (klasycznie rozumiane normy prawne oraz inne wypowiedzi, takie jak: dyrektywy celowościowe, reguły dotyczące czynności konwencjonalnych, klauzule generalne itp.)⁶. U podstaw specyfiki norm konstytucyjnych leży zasada konstytucjonalizmu. Konstytucja nie tylko była aktem regulującym normatywny model sfery polityki, lecz uczyniono ją aktem nadrzędnym w całym porządku prawnym (systemie)⁷. Jak słusznie zauważył Jarosław Szymanek, uznanie pierwotnego charakteru konstytucji jako „aktu «ponad» innymi prawami pozwoliło skonstruować zasadę nadrzędności jej materii, a w rezultacie nadrzędności samej konstytucji, co stworzyło bezpośrednio już podstawę dla idei konstytucjonalizmu”⁸.

⁵ Zob. A. Chmielarz, *op. cit.*, s. 59; M. Kordela, *Zasady prawa. Studium teoretycznoprawne*, Poznań 2012, s. 114.

⁶ Zob. P. Tuleja, *Normatywna treść praw jednostki w ustawach konstytucyjnych RP*, Warszawa 1997, s. 52–53 wraz z powołaną tam literaturą.

⁷ Więcej na temat zob.: D. Minich, *Światopogląd konstytucyjny jako granica prawa i jego wykładni (aspekt filozoficzno-metodologiczny)*, „Studia Politologiczne” 2012, nr 23, s. 121–141; eadem, *Filozoficzne konteksty prawa i konstytucjonalizmu – poszukiwanie podstawności prawa*, Rzeszów 2012, *passim*.

⁸ J. Szymanek, *Tradycje konstytucyjne. Szkice o roli ustawy zasadniczej w społeczeństwie demokratycznym*, Warszawa 2006, s. 8.

Najistotniejsze dla tej zasady jest więc założenie o nadrzędnej roli konstytucji⁹. Każdy akt funkcjonujący w obrocie prawnym jest jej podporządkowany. To ona stanowi podstawę umożliwiającą derogowanie każdego aktu stojącego niżej w danym porządku prawnym (systemie). Okazuje się, że konstytucja jest swoistą sankcją samą w sobie, ponieważ wszystkie akty obowiązujące w państwie muszą być z nią zgodne¹⁰. „Sankcja konstytucji to sankcja wszystkich bez wyjątku przepisów tego aktu”¹¹. Zasada ta w sensie pozytywnym jest rozumiana jako nakaz zgodności i spójności z konstytucją wszystkich innych aktów normatywnych, zaś w sensie negatywnym – jako zakaz wydawania przepisów z nią sprzecznych.

Jak wiadomo, współczesny konstytucjonalizm obok nadrzędnej roli konstytucji wyznacza jej także rolę aksjologicznego fundamentu życia zbiorowości politycznej¹². Zasada ta określa założenia i wartości, które muszą być respektowane. Na ich straży stoi zasada sądowej kontroli konstytucyjności ustaw, a co za tym idzie, sądy konstytucyjne, które stosują zinstytucjonalizowany przymus. W Polsce orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego skutkują uchynieniem niekonstytucyjnych aktów (przepisów) prawnych oraz wiążą się z nakazem podjęcia przez właściwe podmioty działań zmierzających do przywrócenia stanu konstytucyjności¹³.

Ustalając zgodność bądź niezgodność badanej normy z konstytucją, podmiot musi ją porównać z konstytucyjnym wzorcem. By ów wzorzec stanowił przydatne kryterium oceny tej zgodności/niezgodności, wymaga on ze względu na ogólność postanowień konstytucji konkretyzacji w drodze wykładni¹⁴.

W większości prac z zakresu teorii prawa poświęconych wykładni prawa nie wskazuje się na jakieś szczególne metody i reguły wykładni, mające zastosowanie wyłącznie do konstytucji¹⁵. Tomasz Stawecki w artykule *Autonomous constitutional interpretation* przedstawił szereg argumentów przemawiających

⁹ Zob. P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności (wybrane problemy)*, Kraków 2003, passim.

¹⁰ W Konstytucji RP z 1997 r. normę określającą generalny obowiązek jej przestrzegania wyprowadza się z preambuły, art. 7, art. 8 i art. 83.

¹¹ A. Chmielarz, *op. cit.*, s. 61; zob. S. Kazimierczyk, *Zagadnienie sankcji norm konstytucyjnych (na tle ogólnej teorii norm)*, [w:] J. Trzcziński (red.), *Charakter i struktura norm konstytucji*, Warszawa 1997, s. 157 i n.

¹² Zob. E. Malinowska, *Konstytucja jako gatunek tekstu prawnego*, Opole 2012, s. 119 i n.

¹³ A. Chmielarz, *op. cit.*, s. 62.

¹⁴ Z. Czeszejko-Sochacki, *Wykładnia w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego (wybrane zagadnienia)*, E. Kustra (red.), *Przemiany polskiego prawa (lata 1989–1999)*, „Studia Iuridica Toruniensia”, t. 1, Toruń 2001, s. 52.

¹⁵ Por. M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2010; L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010; idem, *Wykładnia w orzecznictwie sądów – komentarz*, Toruń 2002.

za swoistością interpretacji konstytucji. Doszedł jednak do wniosku, że jej autonomiczność względem wykładni innych aktów normatywnych nie stanowi rozwiniętej teorii i nie jest rozważana w kontekście metod interpretacji¹⁶.

W podręcznikach z prawa konstytucyjnego ich autorzy podkreślają specyfikę tej wykładni i uzasadniają jej swoistość szczególnym miejscem, jakie konstytucja zajmuje w systemie aktów normatywnych. Konstytucja wyraża zasady o podstawowym znaczeniu dla całego systemu prawa.

Bardzo często językowe czy systemowe reguły wykładni nie wystarczają do ustalenia treści normy, trzeba odwoływać się do argumentów aksjologicznych, założeń teoretycznych leżących u podstaw poszczególnych przepisów czy argumentacji o charakterze prawnoporównawczym¹⁷.

Są i tacy wśród konstytucjonalistów, którzy uważają, że „normy konstytucyjne nie wymagają jakichś szczególnych metod wykładni”¹⁸.

Jerzy Wróblewski w studium *An outline of a general theory of legal interpretation and constitutional interpretation* nie wykluczał swoistości wykładni konstytucji, a jednocześnie podkreślał jej autonomiczność względem wykładni innych aktów normatywnych. Szczególne problemy wykładni konstytucji wiązał on:

(a) z różnorodnością reguł konstytucji przy założeniu jej normatywnego charakteru (reguły *sensu stricto*, reguły organizacyjne, reguły celowościowe, reguły dyrektywne); (b) z rodzajami zwrotów występujących w sformułowaniach konstytucji (zwroty oceniające, zwroty *quasi*-opisowe, zwroty opisowe); (c) ze stosowalnością przepisów konstytucji (bezpośrednia stosowalność, pośrednia przez ustawy); (d) z politycznym charakterem wykładni konstytucji, która jest najwyższym hierarchicznie aktem normatywnym i jednocześnie aktem politycznym¹⁹.

Wobec rozbieżności stanowisk przeanalizuję wyróżnione przez tego autora czynniki warunkujące autonomiczność wykładni konstytucji względem interpretacji innych aktów (w szczególności ustaw).

Pierwszy z nich wiąże się z różnorodnością reguł konstytucyjnych. J. Wróblewski biorąc pod uwagę kryterium sposobu wyznaczania przez nie zachowania, wyróżnił przepisy bezpośrednio i pośrednio wyznaczające powinne zachowania adresatów. Przepis bezpośrednio wyznaczający normę prawną opisuje powinne zachowanie w sposób na tyle wyczerpujący, że w oparciu o nie można sformułować ocenę konkretnego zachowania się jako realizującego lub przekraczającego

¹⁶ T. Stawecki, *Autonomous constitutional interpretation*, „International Journal for the Semiotic Law” 2011 (wersja internetowa), s. 26.

¹⁷ P. Sarnecki, *Prawo konstytucyjne RP*, Warszawa 2008, s. 50–52.

¹⁸ B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2008, s. 93.

¹⁹ J. Wróblewski, *An outline of a general theory of legal interpretation and constitutional interpretation*, „Acta Universitatis Lodzianensis. Folia Iuridica” 1987, nr 32 (Teoria Państwa i Prawa), s. 89; idem, *System, tworzenie i wykładnia prawa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” 1989, z. 2, s. 3–17.

określoną normę. Każdy przepis, który wyznacza zakres normowania normy, czyniąc określony sposób zachowania nakazanym/zakazanym, bezpośrednio wyznacza rodzaj powinienego zachowania się²⁰.

O wiele bardziej różnorodną i zarazem skomplikowaną grupę stanowią przepisy pośrednio wyznaczające zachowanie się adresata. Według J. Wróblewskiego do tej kategorii zalicza się następujące typy przepisów:

– przepisy określające zdolność prawną, zdolność do czynności prawnych i odpowiedzialność,

– przepisy określające kompetencje i właściwość,

– przepisy określające struktury organizacyjne,

– różnorodne grupy przepisów o przepisach (meta-przepisy),

– przepisy określające pewne fakty społeczno-polityczne²¹.

Współcześnie dostrzega się, że „normy konstytucji nie są homogeniczne z punktu widzenia ich waloru prawno-regulacyjnego”²². Wszystkie z wyróżnionych typologicznie przepisów wysławiających normy znajdują się również w konstytucji. Zarówno ich wielość, różnorodność wynikająca z przekazywanych treści, usytuowanie w tekście ustawy zasadniczej, jak i przydatność w procesie stosowania prawa powodują, że nie sposób przedstawić ich jednoznacznej klasyfikacji. W nauce prawa konstytucyjnego dokonuje się jej w oparciu o kryteria materialnoprawne i formalnoprawne²³. Przepisy materialnoprawne wysławiają normy determinujące treść porządku prawnego państwa, granice i program działalności państwa, zasady jego ustroju, położenie prawne określonych podmiotów, ich kompetencje oraz stosunki między państwem a jednostką. Z kolei przepisy formalnoprawne wyrażają normy odnoszące się do szeroko rozumianej organizacji oraz funkcjonowania państwa i jego organów.

Bogusław Banaszak wyróżnił sześć typów norm materialnych: zasady polityczne, normy programowe, wstęp do konstytucji, normy kompetencyjne, podstawowe wolności, prawa i obowiązki jednostki oraz materialne gwarancje wolności i praw jednostki²⁴. Wątpliwe jest zaliczenie do tej grupy zasad politycznych i preambuły. Pojęcie zasad politycznych i normatywny charakter preambuły nie są jednoznaczne, chociaż można by je zaliczyć do wyróżnionych przez J. Wróblewskiego przepisów określających fakty społeczno-polityczne. Według mnie do tej kategorii (normy materialne) należy zaliczyć przepisy wysławiające: normy merytoryczne *sensu stricto*, zasady prawa, normy kompetencyjne, normy programowe. Do tej grupy przepisów Anna

²⁰ J. Wróblewski, *Sposoby wyznaczania zachowania się przez przepisy prawa*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego” 1965, nr 38, s. 21.

²¹ Ibidem, s. 7.

²² A. Burda, *Polskie prawo państwowe*, Warszawa 1977, s. 150.

²³ Zob. B. Banaszak, *Proceduralne i materialno-prawne normy konstytucji*, [w:] J. Trzeciński (red.), *Charakter i struktura...*, s. 114–124.

²⁴ Ibidem, s. 118–123.

Chmielarz²⁵ zaliczyła jeszcze normy dotyczące podstawowych wolności, praw i obowiązków jednostki. Ja, idąc śladem Piotra Tulei, przyjmuję, że przepisy te mają charakter zasad prawnych²⁶. Spośród tej grupy tylko normy merytoryczne *sensu stricto* wysławiają bezpośrednio nakazy/zakazy zachowania dla adresatów konstytucji. Pozostałe przepisy wyrażają normy pośrednio.

Podobny charakter mają przepisy konstytucyjne formalnoprawne. Normy takie służą realizacji norm materialnych, a ich rola znacznie wzrasta wraz ze zjawiskiem proceduralizacji prawa konstytucyjnego. Zazwyczaj dzieli się je na: wyrażające normy proceduralne (regulujące formę, sposób, tryb funkcjonowania określonych podmiotów) oraz organizacyjne – wśród nich wyodrębnia się: normy instytucjonalne (określające strukturę i skład organów władzy publicznej wymienionych w konstytucji) i kreacyjne (określające sposób tworzenia, powołania, wyboru i ustalania składu organów)²⁷. To normy kreacyjne decydują o konstytucyjnym modelu tworzenia prawa. Wśród nich wyróżnia się kilka kategorii postanowień: określające system źródeł prawa, przepisy odnoszące się do konstrukcji aktów prawnych, przepisy odsyłające do innych przepisów (w tym postanowienia odsyłające do regulacji ustawowej), przepisy regulujące konstytucyjność i legalność aktów prawnych. Niektórzy zaliczają jeszcze do tej grupy przepisy odnoszące się do zmiany konstytucji.

Drugim czynnikiem wpływającym na rozumienie i wykładnię konstytucji według J. Wróblewskiego są typy zwrotów występujących w sformułowaniach tego aktu (oceniające, *quasi*-opisowe, opisowe)²⁸. U podstaw tego wyróżnienia leżą semiotyczne kryteria pozwalające na odróżnienie wypowiedzi konstatywnych (deskryptywnych, opisowych), ewaluatywnych (ocennych) i mieszanych (deskryptywno-ewaluatywnych). Termin opisowy to taki, do stosowania którego wystarczy opis przedmiotu, do którego on się odnosi. Nie bez znaczenia jest kontekst funkcjonalny, w którym to wyrażenie zostało użyte. Termin oceniający wymaga nie tylko stwierdzenia, czy coś zaszło, lecz jeszcze dokonania oceny. Termin o charakterze mieszanym zawiera zarówno elementy opisowe, jak i oceniające. Elementy ocenne mieszczą się w strukturze głębokiej tego terminu. Owa wielość użytych terminów w tekście ustawy zasadniczej wskazuje, że twórcy tego aktu, zdając sobie sprawę z niemożności przewidzenia przyszłych problemów, przed którymi stanie społeczeństwo, świadomie sformułowali przepisy konstytucji w niedookreślony sposób (*open and flexible*), czyniąc to w celu jej

²⁵ A. Chmielarz, *op. cit.*, s. 72 i n.

²⁶ Zob. P. Tuleja, *Normatywna treść...*, s. 28–29, 127–135. Autor jako jeden z pierwszych zaadaptował koncepcję R. Alexego praw podstawowych jako zasad prawnych na grunt polskiego konstytucjonalizmu.

²⁷ B. Banaszak, *Proceduralne...*, s. 116–118.

²⁸ J. Wróblewski, *An outline of a general theory...*, s. 83–85; idem, *Rozumienie prawa i jego wykładnia*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1990, s. 64–65.

dostosowania do nowych potrzeb i zmieniającej się rzeczywistości²⁹. To właśnie dzięki przepisom *open-ended* (przepisy szerokie) można implementować na grunt prawa pozytywnego wartości trwale i powszechnie akceptowane przez dane społeczeństwo. Sąd konstytucyjny stanowi zatem „forum wartości”³⁰, które nie są wyłącznie przeświadczeniami moralnymi sędziów.

Najwięcej problemów w doktrynie i praktyce stosowania konstytucji, ze względu na typy zawartych tam zwrotów, rodzi preambuła³¹. Jak słusznie zauważył Kazimierz Działocha: „W sprawie normatywnego znaczenia wstępów do konstytucji istnieją poglądy negujące ich znaczenie prawne”³². Jest to związane z faktem zawartych w niej terminów opisowych i ewaluatywnych – ich charakter co do znaczenia prawnego nie jest jednoznaczny. Podkreśla się zarazem interpretacyjne znaczenie tej nieartykułowanej części konstytucji.

Kolejny czynnik wiąże się ze stosowalnością przepisów konstytucji³³. W tym przypadku chodzi o bezpośrednie stosowanie konstytucji czy też pośrednie – poprzez ustawy. U źródeł bezpośredniego stosowania konstytucji legło założenie o wyższości, a tym samym ponadustawowej wartości normatywnej tego aktu. Po raz pierwszy znalazło to wyraz w amerykańskiej myśli politycznej XVIII w.³⁴, a później w Konstytucji USA. Wyrażona w art. VI tej Konstytucji klauzula supremacyjna (*supremacy clause*) uczyniła z niej naczelny akt w hierarchii źródeł prawa, z którym wszystkie inne akty muszą być zgodne. Dało to podstawę do przyjęcia przez Sąd Najwyższy kompetencji *judicial review*. Tym samym przepisy Konstytucji zaczęto stosować wprost, realizując jej postanowienia bez potrzeby ich rozwijania w ustawie.

Rozumienie przepisów konstytucji jako prawa bezpośrednio obowiązującego po raz pierwszy zapisano jednak w niemieckiej ustawie zasadniczej z 23 maja 1949 r. Był to wynik „niedomagań” Konstytucji weimarskiej, opartej na doktrynie mówiącej, iż jej normy o swobodach i prawach jednostki są postanowieniami programowymi, które nie wiązały żadnej z trzech władz. W art. 1 ust. 3 ustawy zasadniczej z 1949 r. stwierdzono wprost, że określone w tym akcie prawa podstawowe są prawami bezpośrednio obowiązującymi, wiążąc ustawodawstwo,

²⁹ T. Gizbert-Studnicki, *Oryginalizm i living constitutionalism a koncepcja państwa prawnego*, [w:] P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. I, Warszawa 2012, s. 159.

³⁰ A. Bickel, *The Least Dangerous Branch. the Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale 1986, s. 32–35, 98 i n.

³¹ M. E. Stefaniuk, *Preambuła aktu normatywnego w doktrynie oraz procesie stanowienia i stosowania polskiego prawa w latach 1989–2007*, Lublin 2009, s. 251–361.

³² K. Działocha, *Głos w dyskusji*, [w:] *Preambuła Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Studia i Materiały Trybunału Konstytucyjnego”, t. XXXII, Warszawa 2009, s. 69 i n.

³³ J. Wróblewski, *An outline of a general theory...*, s. 85–86.

³⁴ Zob. J. E. Nowak, R. D. Rotunda, *Constitutional Law*, St. Paul 2000, s. 1 i n.; W. Sokolewicz (red.), *Instytucje i doktryny prawno-polityczne Stanów Zjednoczonych Ameryki (zagadnienia wybrane)*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1974, s. 1 i n.

władzę wykonawczą i wymiar sprawiedliwości³⁵. Pomimo że nauka niemiecka traktuje wszystkie normy ustawy zasadniczej jednolicie jako bezpośrednio obowiązujące, to jednak wyróżnia wśród nich normy „zaopatrzone” tzw. klauzulą wieczności (nie mogą one być, w odróżnieniu od innych norm tego aktu, zmieniane). Ponadto w tym akcie wyodrębnia się prawa podstawowe, gwarancje urzędów prywatnoprawnych i publicznoprawnych, naczelne zasady ustrojowe, cele państwa itp., przy czym szczególne znaczenie przypisuje się prawom podstawowym. One nie tylko stanowią o prawach podmiotowych jednostki, lecz także określają składniki tzw. obiektywnego porządku aksjologicznego ustawy zasadniczej³⁶.

Włoscy konstytucjonalisci również odróżniają wśród przepisów swej ustawy zasadniczej (1947 r.), obok norm o natychmiastowym stosowaniu, „normy wytyczające, programowe skierowane głównie do ustawodawcy [...], obowiązkowe normy nakazcze, lecz nieobowiązujące [bezpośrednio]”³⁷.

W Polsce bezpośrednie stosowanie konstytucji stało się możliwe dopiero po zmianie ustrojowej, która miała miejsce w 1989 r. To wynik proklamowania zasady państwa prawa, podziału władzy, ustanowienia gwarancji niezawisłego sądownictwa oraz ukończenia prac nad nową Konstytucją RP. W rezultacie tych zmian Trybunał Konstytucyjny zyskał charakter organu ostatecznie orzekającego o sprawach konstytucyjnych. W tym akcie zamieszczono również przepis o bezpośrednim obowiązywaniu konstytucji (art. 8 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.³⁸). W artykule tym czytamy, że „Konstytucja jest najwyższym prawem Rzeczypospolitej Polskiej” (ust. 1) oraz że „przepisy Konstytucji stosuje się bezpośrednio, chyba że Konstytucja stanowi inaczej” (ust. 2). Jak pamiętamy, pod rządami Konstytucji PRL z 1952 r. powątpiewano ze względu na swoistość jej sformułowań (ogólnikowość i niekompletność oraz programowy charakter jej postanowień), czy akt ten może bezpośrednio obowiązywać³⁹. W obowiązującej Konstytucji jednak ustrojodawca nie jest równie konsekwentny. Jak pisał komentator tego przepisu, Krystian Complak:

z jednej strony podkreśla on bezpośredni wpływ ustawy zasadniczej na określenie ewentualnych wyjątków od omawianej zasady. Z drugiej, dopuszczenie wyjątków od zasady bezpośredniego stosowania ustawy zasadniczej zaraz po jej proklamacji, nie jest przykładem dobrej techniki prawodawczej⁴⁰.

³⁵ Podaję ten przepis w brzmieniu nadanym mu ustawą z 18 marca 1956 r. Szczegółowa historia powstania tego artykułu – zob. K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Allgemeine Lehren der Grundrechte*, t. III/1, München 1988, s. 1177 i n.

³⁶ K. Complak, *Normy pierwszego rozdziału Konstytucji RP*, Wrocław 2007, s. 36–37.

³⁷ G. Azzariti, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milano 1951 (cyt. za: K. Complak, *op. cit.*, s. 36).

³⁸ Konstytucja RP z 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. 1997, nr 78, poz. 483.

³⁹ P. Czarny, B. Naleziński, *Bezpośrednie stosowanie konstytucji; normy samow wykonalne w konstytucji*, [w:] J. Trzcziński (red.), *Charakter i struktura...*, s. 125.

⁴⁰ K. Complak, *op. cit.*, s. 38.

Taka redakcja pozbawia zasadę konstytucjonalizmu bezwzględnego charakteru. Również generalne wyjątki w zakresie praw podstawowych, jakie przewiduje art. 31 ust. 3 Konstytucji RP („ograniczenie w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanowione tylko w ustawie...”) oraz przepisy z podrozdziału „Wolności i prawa ekonomiczne, socjalne i kulturowe”, które w dużej mierze uzależnione są od aktów parlamentu, sprawiają, iż mamy do czynienia z zasadą wyłączności ustawowej (zamiast zasady wyłączności konstytucyjnej)⁴¹.

U podstaw zasady bezpośredniego stosowania konstytucji leży założenie o wprowadzeniu tego aktu do obrotu prawnego. Dawałoby to możliwość „rozstrzygnięcia sprawy bez potrzeby powoływania się na ustawę zwykłą”⁴². W aktualnej sytuacji sąd nie może orzekać, odwołując się bezpośrednio do konstytucji. Może tylko zwrócić się do Trybunału Konstytucyjnego z pytaniem prawnym o zgodność takiej ustawy z konstytucją, gdyż od tej odpowiedzi zależy rozstrzygnięcie sprawy toczącej się przed sądem (art. 193).

Kolejnym czynnikiem warunkującym szczególny charakter wykładni konstytucji według J. Wróblewskiego jest polityczny charakter tego aktu. Ustrojodawca stwarza świat prawny, świat powinności. Kreując ustrój polityczny i społeczno-ekonomiczny, kieruje życiem całego społeczeństwa. Podkreśla się zarazem, że ów dyskurs prawno-ustrojowy, w którym uprzywilejowane miejsce i pozycję zajmuje konstytucja z racji swej podstawności i ogólności, jest otwarty na inne dyskursy, w tym szczególnie na dyskurs polityczny i ideologiczny.

To w nim odbija się porządek społeczny, w nim obserwujemy strategie dyskursywne stosowane przez podmiot instytucjonalny, aby przekonać społeczeństwo do zaakceptowania ustroju i narzucić własną wizję świata oraz założony system wartości. Doświadczenia historii pokazują, że w dyskursie prawno-ustrojowym punkt widzenia podmiotu instytucjonalnego (ustrojodawcy, decydenta) nie zawsze był zbieżny z punktem widzenia podmiotu zbiorowego – ogółu społeczeństwa (wspólnoty dyskursywnej)⁴³.

Polskie doświadczenia jednoznacznie potwierdzają tę tezę⁴⁴. Założenia ideologiczne w największej mierze przejawiane są w preambułach konstytucyjnych⁴⁵. „Obraz świata kreowany przez prawodawcę konstytucyjnego jest silnie nacechowany aksjologicznie – nośnikami wartości są leksyka oraz zasady prawne, na których opiera się ustrój państwa”⁴⁶. Pluralizm aksjologiczny oraz niewspółmierność

⁴¹ Ibidem, s. 38–40.

⁴² P. Czarny, B. Naleziński, *op. cit.*, s. 130.

⁴³ E. Malinowska, *op. cit.*, s. 26.

⁴⁴ M. Orzechowski, *Metamorfozy polskiej kultury politycznej*, [w:] K. B. Janowski (red.), *Kultura polityczna Polaków. Przemiany, diagnozy, perspektywy*, Toruń 2010, s. 30–42.

⁴⁵ Zob. M. E. Stefaniuk, *Preambuła aktu normatywnego w doktrynie oraz w procesie stanowienia i stosowania polskiego prawa w latach 1989–2007*, Lublin 2009, s. 251–361, 435–560.

⁴⁶ E. Malinowska, *op. cit.*, s. 26; J. Sobczak, *Aksjologiczne podstawy Konstytucji RP*, [w:] J. Miluska (red.), *Wartości w świecie polityki*, Poznań 2012, s. 285–318.

wartości stawia w nowym świetle założenie o racjonalności, zakładane przez podmioty stosujące prawa i interpretatorów oraz zmusza ich do formułowania nowych strategii w tej materii⁴⁷.

J. Wróblewski, jak przedstawiono wyżej, łączył problematykę swoistości wykładni konstytucyjnej z właściwościami językowymi tekstu. Zwroty zawarte w konstytucji, ich właściwości są wyznaczane, zdaniem T. Gizberta-Studnickiego, przez cechy sytuacji socjolingwistycznej, w której teksty te funkcjonują. Przyjmuje on, że na ową sytuację składają się: „1) uczestnicy aktu komunikacji językowej, 2) kanał komunikacyjny, 3) pole tematyczne oraz 4) kontekst społeczny”⁴⁸. Istotny jest również fakt znajomości kultury prawnej, na gruncie której wykształciły się określone sposoby ich redagowania. T. Gizbert-Studnicki utożsamia kulturę prawną tylko z kontekstem w znaczeniu socjolingwistycznym, w którym są nadawane i odbierane teksty prawne⁴⁹. Należy się skoncentrować na tych właściwościach, które warunkują charakter ustawy zasadniczej. Swoiste cechy sytuacji socjolingwistycznej towarzyszące tekstowi konstytucji, a wyróżniające ją spośród innych tekstów prawnych, są wynikiem kultury prawnej w szerokim tego słowa znaczeniu. Poza odmiennościami socjolingwistycznymi (które można określić jako kulturę prawną *sensu stricto*) składa się nań cała sfera światopoglądu konstytucyjnego wraz z właściwą dla niego aksjologią⁵⁰.

Jak słusznie zauważył Marek Sobolewski, konstytucje mają nie tylko regulować najważniejsze kwestie ustroju państwa. Ich zadaniem jest również stworzenie legitymacji dla ustanowionych przez nie porządków oraz dążenie do ich akceptacji przez społeczeństwo. „Ustawa konstytucyjna nie może dlatego być jedynie zbiorem techniczno-organizacyjnych postanowień. Musi odwoływać się do pewnych ideałów i wartości społecznych, recypując i podnosząc do godności prawa zasady ideologii politycznej”⁵¹. Dalej autor podkreśla, że akt ten pisany jest z myślą o „przeciętnym obywatelu”. Musi być on zrozumiały dla każdego czytelnika i właśnie ta okoliczność sprawia, że zawiera sformułowania odbiegające od innych tekstów prawnych. S. Rozmaryn wskazał na specyficzną stylizację konstytucji. Pisana jest w stylu wznioślejszym, jakby bardziej patetycznym⁵². To właśnie ideologiczny

⁴⁷ B. Polanowska-Sygułska, *Pluralizm wartości i jego implikacje w filozofii prawa*, Kraków 2008, s. 333–396; S. Wojczak, *O niewspółmierności wartości i jej konsekwencjach dla stosowania prawa*, Łódź 2010, s. 173–249.

⁴⁸ T. Gizbert-Studnicki, *Język prawny z perspektywy socjolingwistycznej*, Kraków 1986, s. 43.

⁴⁹ T. Gizbert-Studnicki, *Sytuacyjne uwarunkowanie językowych właściwości tekstów prawnych*, [w:] E. Malinowska (red.), *Prawo – język – społeczeństwo*, Opole 2004, s. 46.

⁵⁰ Zob. D. Minich, *Światopogląd konstytucyjny...*, s. 121–142.

⁵¹ M. Sobolewski, *O interpretacji zasad konstytucji i odpowiadających im pojęciach prawnych*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Zeszyty Prawnicze” 1963, z. 10 (65), s. 77; idem, *Wpływ ideologii na decyzje polityczne*, [w:] K. Chojnicka, M. Jaskólski (red.), *Pisma nieznanne i rozproszone*, Kraków 2003, s. 99–110.

⁵² S. Rozmaryn, *Konstytucja jako ustawa zasadnicza Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej*, Warszawa 1967, s. 90.

wymiar aktu konstytucyjnego sprawia, że mamy wrażenie, iż jest to bardziej deklaracja polityczna niż trzeźwe, suche przepisy prawne⁵³. Rolą ideologii jest to, że interpretuje i wartościuje ona zarówno świat, jak i ludzi. Jej zadaniem jest utrwalenie lub dążenie do zmiany panującego porządku społecznego. Ideologie „[s]wą obietnicą rysują przed społeczeństwem wizję owładnięcia i kierowania przyszłością, jednocześnie budzą i kształtują siły zdolne zmienić panujące oceny, a tym samym motywację społecznych zachowań”⁵⁴. Jak słusznie zauważyli Grzegorz L. Seidler i Leszek Kasprzyk, wizja ideologii nie zawsze jest adekwatna do rzeczywistości, a mity i utopie stanowią jej swoiste formy⁵⁵. Według M. Sobolewskiego:

Celem konstytucyjnych zasad prawnych jest tak ukształtować rzeczywistość społeczną, aby odpowiadała ona treści tych zasad. Jeśli zapisujemy w ustawie zasadniczej zasadę suwerenności ludu, to nie tylko dla rejestracji istniejącego układu sił klasowych, ale dla stworzenia prawnych gwarancji władztwa ludu. Konstytucja, a za nią podporządkowane jej normy prawne mają stworzyć system prawny środków i sposobów, których działanie sprawi, że lud będzie w rzeczywistości mógł włączyć swoim państwem⁵⁶.

Z jednej strony więc ideologia ma legitymizować politykę, z drugiej zaś – stanowić czynnik motywujący podjęcie działań politycznych. Zatem w drodze aktów politycznych – a takim jest uchwalenie konstytucji – dochodzi do instytucjonalizowania ideologii, a tym samym do formowania się kultury.

Ustala się system wartości, który staje się [...] siłą motywacyjną ludzkich zachowań, będąc jednocześnie podstawą ich ocen. W tym rozumieniu ideologia jest czynnikiem kulturotwórczym, formułuje określony system wartości, który determinuje kulturę społeczeństwa⁵⁷.

Jak zauważyła Sławomira Wronkowska: „prawo jest tworem kulturowym, [...] formą, w jakiej się manifestuje jest język, albowiem jest ono uporządkowanym zbiorem norm postępowania, odtwarzanym z tekstów prawnych”⁵⁸. Można więc stwierdzić, że język jest wpisany w istotę prawa. Jak wykazał Jack Goody, to powstanie pisma sprawiło, że wypowiedziane słowa nie przemijały razem z pamięcią o nich, ale stworzyło nową i niezwykłą możliwość budowania świata z tekstów opartych na domaganiu się, by to, co zostało pomyślane i wypowiedziane, stało się prawem⁵⁹. Konstytucja jest więc rezultatem konstruowania za

⁵³ Ibidem, s. 14.

⁵⁴ G. L. Seidler, L. Kasprzyk, *Ideologia i kultura*, „Kultura i Społeczeństwo” 1975, nr 4, s. 46.

⁵⁵ Ibidem, s. 47.

⁵⁶ M. Sobolewski, *O interpretacji zasad konstytucji...*, s. 79.

⁵⁷ G. L. Seidler, L. Kasprzyk, *op. cit.*, s. 55.

⁵⁸ S. Wronkowska, *O cechach języka tekstów prawnych*, [w:] A. Tietiajew-Róžańska (red.), *Język polskiej legislacji, czyli zrozumiałość przekazu a stosowanie prawa. Materiały z konferencji zorganizowanej przez Komisję Kultury i Środków Przekazu oraz Komisję Ustawodawczą*, Warszawa 2007, s. 24.

⁵⁹ J. Goody, *Logika pisma a organizacja społeczeństwa*, Warszawa 2006, s. 233 i n.

pomocą słów swoistej wielowymiarowej rzeczywistości, która istnieje zarówno jako zespół idei i wartości w niej wyrażonych, jak i uporządkowany zespół reguł prawnych. Prawo właśnie jako element kultury służy do programowania zasad gry i wartości. Uwzorowanie zachowań jest istotą kultury⁶⁰. Jak słusznie zauważył Marek Zirk-Sadowski, niedocenywanie kulturowego charakteru prawa może prowadzić do odrzucenia tożsamości ontologicznej prawa i kultury⁶¹.

Naturalistyczne pojmowanie prawa, jak to czyni pozytywizm prawniczy, prowadzi do pominięcia wymiaru kulturowego i komunikacyjnego prawa⁶². Wartości, jakie pozytywizm prawniczy „wydobył z prawa” – legalność, pewność, stałość, bezpieczeństwo prawne determinowane założoną koncepcją źródeł prawa – doprowadziły do utraty jego autonomiczności, przez co prawo zostało podporządkowane polityce⁶³. Otwarcie się prawa na wartości i ich włączenie do konstytucji pozwala na jego ocenę bez popadania w metafizycznie rozumiany iusnaturalizm oraz oparcie tej oceny na racjonalności komunikacyjnej⁶⁴. Należy mieć na uwadze, że to kultura, jej wartości i założenia ideologiczne określają światopogląd konstytucyjny, a zarazem „wyznaczają” koncepcję źródeł prawa danego systemu, pozwalającą uznać, jakie normy należą do tego systemu. Stanowią je reguły walidacyjne oraz reguły egzegezy faktów prawotwórczych. Według Z. Ziemińskiego reguły walidacyjne odnoszą się w szczególności do kontekstu społeczno-politycznego, w którym jakieś fakty społeczne mogą być uznane za prawotwórcze oraz tego, jakie warunki musi spełniać „ustanowienie” przepisów prawnych, by były one uznane za fakt prawotwórczy, a także tego, na ile inne fakty społeczne, niebędące stanowieniem prawa, będą uznane za prawotwórcze. Z kolei reguły egzegezy odnoszą się, zdaniem tego autora, do wiązania z owymi faktami prawotwórczymi określonych norm postępowania. Na tę grupę składają się: reguły interpretacji, reguły inferencyjne oraz reguły kolizyjne⁶⁵.

W świetle dotychczasowych rozważań należy przyznać rację Zdzisławowi Czeszejko-Sochackiemu, który pisze, iż

w doktrynie bezsporne jest zarówno to, że Trybunał Konstytucyjny, jak każdy sąd, posługuje się regułami wykładni ukształtowanymi w doktrynie i przez nią zaakceptowanymi, jak i to, że dokonywana przezeń wykładnia ze względu na przedmiot (zasadniczym przedmiotem wykładni jest konstytucja), specyfikę kognicji TK („sąd nad prawem”, a nie wymiar sprawiedliwości) oraz charakter decyzji interpretacyjnych (ostateczność orzeczeń) ma specyficzny charakter⁶⁶.

⁶⁰ Por. C. Kluckhohn, *The Mirror of Man. The Relation Anthropology to Modern Life*, New York 1949.

⁶¹ M. Zirk-Sadowski, *Prawo a kultura*, „Acta Universitatis Lodzianis. Nauki Humanistyczno-Społeczne” 1977, Ser. I, z. 19, s. 29–42.

⁶² M. Zirk-Sadowski, *Prawo a uczestniczenie w kulturze*, Łódź 1998, s. 5.

⁶³ Ibidem, s. 40–41.

⁶⁴ Por. W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, Wrocław 2000, s. 60.

⁶⁵ S. Wronkowska (red.), *Z teorii i filozofii prawa...*, s. 171–223; Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 244–311.

⁶⁶ Z. Czeszejko-Sochacki, *op. cit.*, s. 55.

W polskiej kulturze prawnej wiodący charakter mają dwie koncepcje wykładni prawa: klaryfikacyjna⁶⁷ i derywacyjna⁶⁸. Analizując orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, nie sposób jednoznacznie stwierdzić, którą z nich w swej praktyce on stosuje. TK bowiem posługuje się terminologią obu koncepcji. Czasami spotykamy mieszanie pojęć teorii derywacyjnej i klaryfikacyjnej w jednym orzeczeniu⁶⁹. Zdaniem T. Gizberta-Studnickiego „można zresztą podać w wątpliwość, czy Trybunał Konstytucyjny *de facto* stosuje jakąś w pełni spójną teorię wykładni”⁷⁰. Przychyłam się do jego stwierdzenia, iż

niezależnie od tego, czy Trybunał w praktyce swego orzecznictwa konsekwentnie stosuje terminologię związaną z derywacyjnym ujęciem wykładni, uważam, że opowiedzenie się za takim ujęciem jako pojęciową podstawą wykładni dokonywanej przez Trybunał jest trafne⁷¹.

Autor uzasadnił to tym, że wykładnia, jaką podejmuje TK, nie jest jakimś szczególnym przypadkiem wykładni operatywnej podejmowanej przez sądy. Wykładnia operatywna jest zawsze dokonywana w kontekście rozstrzygnięcia jakiejś konkretnej, indywidualnej sprawy, której stan faktyczny przesądza o rozstrzygnięciu interpretacyjnym. Wykładnia podejmowana przez TK, który jest sądem prawa, ma charakter abstrakcyjny, tym samym nie jest związana z konkretnym stanem faktycznym. Ujęcie derywacyjne jest więc bardziej adekwatne do wykładni abstrakcyjnej niż ujęcie klaryfikacyjne.

Przechodząc do wykładni prawa w zgodzie z konstytucją, należy mieć świadomość, iż porównując treść kontrolowanego aktu z jego konstytucyjnym wzorcem nie zawsze – ze względu na niejasność, wieloznaczność użytych w nich wyrażen – można jednoznacznie stwierdzić, czy kontrolowany akt jest zgodny/niezgodny z konstytucją⁷². Wkraczamy tu w problem mocy wiążącej tych orzeczeń, w których sąd konstytucyjny stwierdza konstytucyjność przepisu, ale tylko pod warunkiem jego określonego znaczenia (tzw. orzeczenia

⁶⁷ J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, Warszawa 1959; idem, *Rozumienie prawa...*

⁶⁸ M. Zieliński, *Interpretacja jako proces dekodowania tekstu prawnego*, Poznań 1969; idem, *Wykładnia prawa...*; Z. Ziemiński, M. Zieliński, *Dyrektywy i sposób ich wypowiedzania*, Warszawa 1992.

⁶⁹ M. Zirk-Sadowski, *Wykładnia prawa a wspólnoty sędziów*, [w:] A. Choduń, S. Czepita (red.), *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, Szczecin 2010, s. 74.

⁷⁰ T. Gizbert-Studnicki, *Teoria wykładni Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] M. Kocoł, W. Lang (red.), *Teoria prawa, filozofia prawa, współczesne prawo i prawoznawstwo*, Toruń 1998, s. 75.

⁷¹ Ibidem, s. 77.

⁷² Więcej na ten temat zob.: A. Bator, A. Kozak, *Wykładnia prawa w zgodzie z konstytucją*, [w:] S. Wronkowska (red.), *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, Kraków 2005, s. 43–66; P. Czarny, *Trybunał Konstytucyjny a wykładnia ustaw w zgodzie z konstytucją*, [w:] S. Wronkowska (red.), *Polska kultura prawna...*, s. 67–91; M. Tulej, *Orzecznictwo interpretacyjne Trybunału Konstytucyjnego a reguły wykładni prawa*, Warszawa 2012, *passim*.

interpretacyjne). Jak pisze Monika Florczak-Wątor, wyrok interpretacyjny ma miejsce, gdy sąd konstytucyjny w swej sentencji stwierdza zgodność/niezgodność z konstytucją przepisu prawnego w określonym jego rozumieniu⁷³. Jak słusznie zauważył Paweł Łabieniec: „Orzeczenie takie nie usuwa z systemu prawnego przepisu, który jest poddawany kontroli, lecz jedynie zabrania nadawania temu przepisowi określonego, uznanego przez sąd konstytucyjny za niekonstytucyjne, znaczenia”⁷⁴. Metody – a raczej w tej sytuacji – sposoby uzasadnienia owych decyzji interpretacyjnych, dzięki którym TK dochodzi do „właściwego” ustalenia jego znaczenia, pełnią tu szczególną rolę. W doktrynie niemieckiej taką wykładnię określa się nawet jako strategię czy też technikę służącą uniknięciu orzeczenia o niekonstytucyjności określonej normy⁷⁵. Klaus Stern stwierdził, iż koncepcja wykładni w zgodzie z konstytucją pozwala nie uznać nieważności określonej ustawy, jeśli może ona być zinterpretowana w zgodzie z konstytucją. Za takim podejściem przemawia według niego nie tylko domniemanie zgodności ustaw z konstytucją, lecz także wyrażona w tym domniemaniu zasada, nakazująca w razie wątpliwości przyjąć zgodną z konstytucją jej wykładnię, przy czym nie można pominąć jej celu⁷⁶.

Wszystkie konstrukcje wykładni odwołują się do jakichś koncepcji znaczenia⁷⁷. Przecież język – jak słusznie zauważyła Anna Wierzbicka – „jest narzędziem służącym do wyrażania znaczeń. Struktura tego narzędzia odzwierciedla jego funkcję i może być właściwie rozumiana jedynie w kategorii tejszej funkcji”⁷⁸. Gdyby badano język, pomijając jego aspekt semantyczny, przypominałoby to studiowanie znaków drogowych tylko z punktu widzenia ich właściwości fizycznych (np. analizę wagi czy materiałów użytych do ich wytworzenia).

Zgadzam się z Bartoszem Brożkiem, że „znaczenie” ma charakter niedookreślony. „Sytuację interpretacyjną kreuje niedookreślenie znaczenia. Interpretacja polega zatem na wyborze jednego ze znaczeń, które można *prima facie* (tj. bez wzięcia pod uwagę kontekstu) przypisać interpretowanemu tekstowi”⁷⁹. Ten zbiór znaczeń przypisywany tekstowi autor określa mianem „wiązki znaczeń”. Według niego każdy tekst interpretowany *in abstracto* (poza kontekstem) jest wieloznaczny. Każdemu wyrażeniu językowemu

⁷³ Zob. M. Florczak-Wątor, *Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego i ich skutki*, Poznań 2006 s. 93.

⁷⁴ P. Łabieniec, *Dyskrecjonalna władza sądu konstytucyjnego*, [w:] W. Staśkiewicz, T. Stawecki (red.), *Dyskrecjonalność w prawie. Materiały XVIII Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr Teorii i Filozofii Prawa*, Warszawa 2010, s. 346.

⁷⁵ Por. E. Benda, E. Klein, *Lehrbuch des Verfassungsprozeßrechts*, Heidelberg 1991, s. 498.

⁷⁶ K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. II, München 1980, s. 958 i n.

⁷⁷ Zob. K. Płeszka, T. Gizbert-Studnicki, *Dwa ujęcia wykładni prawa. Próba konfrontacji*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Nauk Politycznych” 1984, z. 20, s. 21 i n.

⁷⁸ A. Wierzbicka, *Semantyka. Jednostki elementarne i uniwersalne*, Lublin 2006, s. 19.

⁷⁹ B. Brożek, *Poza interpretacją. Odpowiedź Jerzemu Stelmachowi*, „Forum Prawnicze” 2011, nr 2 (4), s. 20.

można więc przypisać wiązkę znaczeń⁸⁰. Konteksty językowe, systemowe czy funkcjonalno-aksjologiczne, eliminując z tej „wiązki” niektóre ze znaczeń, pozwalają nam wybrać to „właściwe” znaczenie⁸¹. Sam proces interpretacji prowadzi do pewnej decyzji. Skoro uzasadnienie – jak twierdził Robert Alexy⁸² – jest jedynym sprawdzalnym i dostępnym racjonalnej kontroli elementem prawniczej decyzji (tutaj: interpretacyjnej), to uwzględniając ten kontekst uzasadnienia owych decyzji, należy się zgodzić ze stwierdzeniem Tomasza Spyrę⁸³, iż współcześnie można mówić o „przejściu” od modelu sensualistycznego do argumentacyjnego wykładni prawa, którą to tendencję można już zauważyć w praktyce orzeczniczej TK.

Reasumując powyższe rozważania, przychyliam się do stanowiska wskazującego na autonomiczność wykładni konstytucji ze względu na swoistość języka, w którym są wyrażone normy (w szczególności zasady konstytucyjne) i zawartą w nich aksjologię. To odróżnia ją od wykładni norm zwykłych, pomimo stosowania tych samych metod wykładni. Należy pamiętać, że podjęcie decyzji co do sposobu rozumienia przepisu ustawy zasadniczej z jednej strony wpływa na treść konfrontowanego z konstytucją prawa (na wykładnię konstytucyjną), z drugiej zaś – na przyszły charakter norm prawnych, które powinny być kształtowane zgodnie z kierunkiem określonym przez TK (w polskim przypadku). Przecież kontrola konstytucyjności prawa jest dokonywana przez sąd czy Trybunał Konstytucyjny przy uwzględnieniu trzech kryteriów: materialnego, kompetencyjnego i procesowego⁸⁴. Tylko pierwsze kryterium odwołuje się do porównania treści kontrolowanego przepisu z przyjętym wzorcem kontroli konstytucyjnej, gdzie obie normy mają charakter abstrakcyjny. Pozostałe – to porównanie konkretnych zachowań związanych z realizacją normy kompetencji prawodawczej oraz ze spełnieniem wymogów proceduralnych. Wzorcem kontroli konstytucyjności przepisów prawnych są nie tyle pojedyncze przepisy zawarte w ustawie zasadniczej, ile zespoły zasad i „wynikające” z nich konsekwencje – „pełny kontekst konstytucyjny rozstrzyganych problemów” (*acquis constitutionnel*)⁸⁵. To, że metody (językowe, systemowe czy funkcjonalne) stosuje się przy każdej interpretacji tekstu prawnego, nie przesądza jeszcze o jednakowym charakterze tych wykładni i identycznych wynikach.

⁸⁰ B. Brożek, *Pewność prawa jako stabilność strukturalna*, „Forum Prawnicze” 2011, nr 6 (8), s. 28.

⁸¹ B. Brożek, *Poza interpretacją...*, s. 21.

⁸² R. Alexy, *Juristische Interpretation*, [w:] idem, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main 1995, s. 78.

⁸³ T. Spyrę, *Granice wykładni prawa. Znaczenie językowe tekstu prawnego jako granica wykładni*, Warszawa 2006, s. 25.

⁸⁴ Zob. art. 42 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym, Dz. U. 1997, nr 102, poz. 643.

⁸⁵ Zob. D. Minich, *Światopogląd konstytucyjny...*, s. 121–141.

Argument pragmatyczny w wykładni prawa administracyjnego

1. Wprowadzenie

Wykładnia obowiązujących przepisów prawa stanowi odwieczny i wciąż aktualny przedmiot dogmatyki prawa administracyjnego. Jedną spośród istotnych funkcji, jakie ona spełnia w dziedzinie wykładni prawa administracyjnego, jest ustalanie dyrektyw interpretacyjnych, które nadają się do stosowania podczas analizy obowiązujących przepisów prawnych oraz ich „opracowanie”, tzn. uzasadnienie, przedstawienie sposobu robienia z nich użytku i wskazanie sytuacji lub kryteriów zastosowania¹. Przedsięwzięcia realizowane na tym polu można podzielić na dwie grupy ze względu na ich relację do praktyki prawniczej: w pierwszej znajdują się te, które postrzega się jako cele „same w sobie”, abstrahujące od praktyki i zainteresowane wyłącznie prawem obowiązującym, natomiast w skład drugiej wchodzi przedsięwzięcia uwzględniające praktykę na różne sposoby². W tym ostatnim przypadku dogmatyka prawa administracyjnego koncentruje się w głównej mierze na analizowaniu i ocenianiu wykładni operatywnej organów administracji publicznej i sądów administracyjnych oraz na wysuwaniu przekonujących rozwiązań problemów interpretacyjnych, jakie wyłaniają się w sprawach rozstrzyganych przez te podmioty³. Przedmiotem niniejszego opracowania jest przedsięwzięcie zorientowane na praktykę.

Działalność dogmatyki prawa administracyjnego w obu wyróżnionych nurtach opiera się na przyjmowanych *explicite* lub *implicite* twierdzeniach, założeniach czy intuicjach dotyczących wykładni prawa, a zwłaszcza jej przedmiotu, metodologii,

¹ B. Brzeziński, *Podstawy wykładni prawa podatkowego*, Gdańsk 2008, s. 5–6; T. Rabska, *Swoistość prawa administracyjnego a reguły wykładni prawa – kilka uwag dyskusyjnych*, [w:] J. Zimmermann (red.), *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, Warszawa 2007, s. 676–681.

² Wskazany podział odpowiada klasycznej i współczesnej wersji dogmatyki prawa – zob. J. Wróblewski, *Wybrane zagadnienia metodologiczne dogmatyki prawa*, [w:] idem (red.), *Zagadnienia metodologiczne prawoznawstwa. Materiały z sesji naukowej. Łódź, 27–28 marca 1980 r.*, Wrocław 1982, s. 121–122.

³ E. Łętowska, *Kilka uwag o praktyce wykładni*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2002, z. 1, s. 34.

celów i granic. Jeżeli w konkretnym przypadku dogmatyka prawa administracyjnego czerpie w tym zakresie z dorobku teorii prawa, to mamy do czynienia z przejawem integracji wewnętrznej prawoznawstwa w wersji jednopoziomowej bądź wielopoziomowej. Istota zjawiska integracji wewnętrznej prawoznawstwa polega na

zbliżeniu do siebie pod względem teoretycznym i metodologicznym różnych, choć w jej przypadku pozostających w ścisłym przedmiotowym pokrewieństwie dyscyplin, na koordynacji ich badań i doprowadzeniu do współpracy między tymi dyscyplinami⁴.

Podczas gdy ujęcie jednopoziomowe zakłada, że przenosi się konkretną konstrukcję pojęciową lub metodologiczną z jednej dyscypliny prawoznawstwa do innej, to perspektywa wielopoziomowa jest bardziej zaawansowana i oznacza, że integracja obejmuje wielokierunkową działalność w obszarze kilku dyscyplin⁵.

Na procesy integracyjne w sferze wykładni prawa, zachodzące jednokierunkowo od teorii ku dogmatyce, do których ogranicza się niniejsze opracowanie, wpływają zarówno pod względem ich przebiegu, jak i wyników rozmaite czynniki, spośród których główną rolę odgrywają: teoria prawa, paradygmat dogmatyki oraz kultura interpretacyjna praktyki. Na pierwszy plan wysuwa się teoria prawa, bowiem przedsięwzięcia integracji wewnętrznej opierają się na określonych koncepcjach teoretyczno-metodologicznych i aparaturze pojęciowej, wypracowanej w teorii prawa⁶. Pogląd ten okazuje się słuszny także w przypadku szczegółowych nauk z zakresu prawa publicznego, intensywnie korzystających z osiągnięć prawoznawstwa dotyczących wykładni prawa, w tym pojęć i koncepcji wykładni⁷.

Nadrzędna pozycja teorii nie jest bynajmniej równoznaczna ze zdeprecjonowaniem znaczenia paradygmatu dogmatyki prawa administracyjnego i praktyki orzeczniczej, ponieważ to ze względu na potrzeby istniejące w tych dziedzinach realizuje się przedsięwzięcia integracyjne. Poza tym reprezentują one zespół poglądów na temat wykładni prawa administracyjnego na tyle mocno ugruntowanych, że wyklucza to automatyczne ich odrzucenie, jeżeli zbliżenie teorii i dogmatyki ma się powieść, a nie przerodzić w zawłaszczanie problematyki wykładni prawa administracyjnego przez tę pierwszą dyscyplinę.

Siła oddziaływania na proces integracyjny paradygmatu dogmatyki prawa administracyjnego oraz kultury interpretacyjnej praktyki orzeczniczej zmienia się w zależności od ujęcia go jako projektu czysto badawczego,

⁴ K. Opalek, [w:] K. Opalek, J. Wróblewski, *Prawo, metodologia, filozofia, teoria prawa*, Warszawa 1991, s. 142.

⁵ A. Kozak, [w:] A. Bator (red.), *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, Warszawa 2008, s. 39; K. Opalek, *op. cit.*, s. 143.

⁶ K. Opalek, *op. cit.*, s. 144–145.

⁷ A. Bator, *Uniwersalny charakter teorii wykładni prawa w związku z podziałem na prawo publiczne i prywatne*, [w:] P. Kaczmarek (red.), *Lokalny a uniwersalny charakter interpretacji prawniczej. Z zagadnień teorii i filozofii prawa*, Wrocław 2009, s. 65.

zmierzającego np. do opracowania nowej koncepcji naukowej, bądź jako projektu kulturowego, mającego na celu realne uwzględnienie i odzwierciedlenie lub przekształcanie stanowisk lub zachowań w istniejącej kulturze prawnej. W pierwszym przypadku oddziaływanie wydaje się słabsze, bowiem obowiązujące w dogmatyce i praktyce poglądy o wykładni prawa mają status założeń, którymi badacz swobodnie dysponuje w granicach reguł metodologicznych, a więc może je akceptować, modyfikować bądź odrzucać jednorazowymi decyzjami w ramach projektu badawczego⁸. Natomiast inaczej rzecz się ma w drugim przypadku, gdzie podstawę silniejszego oddziaływania tworzy uznanie poglądów o wykładni prawa administracyjnego za obiektywnie istniejące fakty instytucjonalne, składające się na określoną, historycznie ukształtowaną kulturę prawną; sprawia to, że badacz nie operuje nimi w sposób arbitralny, lecz zmuszony jest je respektować, chociaż może proponować ich zmiany (lub uchylene), z tym, że ich ewentualne urzeczywistnienie przebiega w sposób skomplikowany i długotrwały⁹.

Pomimo faktu, iż teoria prawa reprezentuje wobec pewnych zagadnień ze sfery wykładni prawa jednolite poglądy, natomiast w przypadku innych odmienne, byłoby niesłuszne, a nawet szkodliwe, gdyby przedsięwzięcia integracyjne ograniczyć tylko do zagadnień, co do których panuje całkowita zgoda na gruncie teorii. W następstwie przyjęcia założenia stanowiącego, że przedsięwzięcia integracyjne służą głównie pozyskiwaniu przez dogmatykę prawa administracyjnego koncepcji, twierdzeń i pojęć wypracowanych w teorii, aby rozwiązywać za ich pomocą problemy związane z wykładnią prawa administracyjnego, należy przychylić się do wniosku, że dopuszczalne i pożądane są również przedsięwzięcia fragmentaryczne. Obejmują one niektóre koncepcje, twierdzenia i pojęcia z grupy poglądów konkurujących ze sobą w określonej sprawie, np. dynamicznych teorii wykładni, ujęć i roli zasad prawa, czy też rozumienia wykładni *contra legem*. Istnienie odmiennych stanowisk nie wyklucza tego, iż jedno (kilka) z nich okaże się użyteczne w dogmatyce, co dostatecznie uzasadnia realizację nawet fragmentarycznego przedsięwzięcia integracyjnego.

Mając powyższe na uwadze, celem niniejszego opracowania jest próba zbliżenia teorii prawa i dogmatyki prawa administracyjnego w przedmiocie argumentu pragmatycznego, będącego dość złożonym narzędziem służącym do wykładni przepisów prawa. Poszukuję odpowiedzi na pytania o dopuszczalność i przydatność stosowania argumentu pragmatycznego przez dogmatykę prawa administracyjnego, co stanowi formę jego weryfikacji na gruncie tej dogmatyki¹⁰. Do głów-

⁸ L. Morawski, *Kilka uwag na temat wykładni*, [w:] S. Wronkowska (red.), *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, Kraków 2005, s. 32.

⁹ *Ibidem*, s. 32–35.

¹⁰ J. P. Tarno, *Naczelny Sąd Administracyjny a wykładnia prawa administracyjnego*, Łódź 1997, s. 25.

nych zagadnień, jakie w tym kontekście zostały podjęte należą: teoretyczna koncepcja argumentu pragmatycznego oraz przypadki jego zastosowania na tle wybranych zjawisk (cech) charakterystycznych dla prawa administracyjnego.

2. Koncepcja argumentu pragmatycznego

Argument pragmatyczny oznacza, w szerokim sensie, sposób rozumowania lub uzasadniania oparty na uwzględnianiu pozytywnych bądź negatywnych konsekwencji, jakie wynikają (mogą wynikać) z poszczególnych rozwiązań danego problemu, stanowisk lub twierdzeń w jakiejś kwestii¹¹. W dziedzinie wykładni prawa spełnia on przede wszystkim trzy główne funkcje. Po pierwsze, służy do opracowania decyzji interpretacyjnej o takiej treści, która zapewni osiągnięcie określonych konsekwencji¹². Po drugie, przy jego pomocy buduje się uzasadnienie decyzji interpretacyjnej, które ma wykazać jej prawidłowość lub słuszność z tego powodu, że prowadzi ona do powstania aprobowanych konsekwencji¹³. Z kolei trzecia funkcja przewiduje, że działa on jako kryterium oceny różnych hipotez interpretacyjnych i wyboru jednej z nich¹⁴. Wymienione funkcje są rozłączne w tym sensie, że realizacja jednej nie implikuje zaangażowania pozostałych, a zatem w konkretnym przypadku można zastosować jedną, dwie albo wszystkie z nich – zależnie od potrzeb i okoliczności. Ponieważ pierwsza funkcja najściślej koresponduje z celem opracowania, dlatego jej będą dotyczyć dalsze rozważania.

Dla dogmatyki prawa administracyjnego argument pragmatyczny nie może być (i *de facto* nie jest) wyłącznym czynnikiem całkowicie determinującym treść decyzji interpretacyjnej. W przeciwnym wypadku istniejącej kulturze prawnej – w tym dogmatyce – groziłaby dyktatura radykalnej wersji konsekwencjalizmu, nakazującej podporządkowanie wszystkiego, co wiąże się z wykładnią prawa, standardowi konsekwencji. Jednakże takiemu stanowi rzeczy sprzeciwiają się doniosłe fakty instytucjonalne obecne w tej kulturze, które wpływają na kształtowanie decyzji interpretacyjnej¹⁵, jak chociażby aksjologia konstytucyjna, pierwszeństwo wykładni językowej, poszanowanie autorytetu i władzy prawodawcy, czy też zasada zaufania do państwa i stanowionego

¹¹ Ch. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *The New Rhetoric. A Treatise on Argumentation*, Notre Dame IN 2000, s. 266; D. Walton, *Historical origins of argumentum ad consequentiam*, „Argumentation” 1999, no. 13, s. 252.

¹² K. Pleszka, *Następstwa decyzji w sądowym stosowaniu prawa*, „Państwo i Prawo” 1988, z. 12, s. 77; L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 148–150.

¹³ Szczegółowo na ten temat zob.: K. Pleszka, *Uzasadnienie decyzji interpretacyjnych przez ich konsekwencje*, Kraków 1996, s. 51–113; R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Oxford 2010, s. 240–244.

¹⁴ K. Pleszka, *Następstwa decyzji...*, s. 77.

¹⁵ A. Kozak, *Kulturowy fundament decyzji interpretacyjnej*, [w:] A. Sulikowski (red.), *W poszukiwaniu podstaw prawa. Z zagadnień teorii i filozofii prawa*, Wrocław 2006, s. 41–43.

przezeń prawa, których nie daje się mechanicznie wykorzenić i zastąpić argumentem pragmatycznym. Poza tym nie każdy problem interpretacyjny można prawidłowo i satysfakcjonująco rozwiązać przez odwołanie się do konsekwencji, ponieważ nie zawsze mają one dla niego znaczenie. Przedsięwzięcie integracyjne powinno zatem dążyć do zharmonizowania argumentu pragmatycznego z relewantnymi faktami instytucjonalnymi, w tym zwłaszcza z poglądami dogmatyki na temat wykładni prawa administracyjnego, a nie do ich usunięcia.

Trzeba w tym miejscu podkreślić, że ze względu na sposób wprowadzania do dogmatyki prawa administracyjnego argumentu pragmatycznego wraz z jego funkcjami w drodze przedsięwzięcia integracyjnego, można ujmować go jako część określonej filozofii lub teorii prawa, np. *socio-legal studies* czy pragmatyzmu prawnego, albo konkretnej teorii lub ideologii wykładni, bądź w znacznym stopniu autonomicznie, tj. w oderwaniu od teoretycznego kontekstu¹⁶. Pełna autonomia wydaje się raczej wykluczona, gdyż poszczególne założenia argumentu pragmatycznego są wypełniane treścią inspirowaną – świadomie lub nieświadomie – przez kontekst teoretyczny, bez którego mogłyby się okazać pozbawione treści i tym samym dysfunkcyjne. Ujawnia się to zwłaszcza w takich aspektach, jak moc i okoliczności skorzystania z argumentu pragmatycznego na tle innych środków interpretacyjnych oraz rozumienie, wartościowanie i uzyskiwanie wiedzy o konsekwencjach. Przedstawiona niżej koncepcja argumentu pragmatycznego opiera się na perspektywie względnie autonomicznej, czyli przyjmującej pewne niezbędne założenia teoretyczne i wpisuje się we fragmentaryczne przedsięwzięcie integracyjne.

Argument pragmatyczny stanowi narzędzie przeznaczone do realizacji ogólnego celu doprowadzenia do wywołania założonych konsekwencji przez decyzję interpretacyjną, dzięki czemu dochodzi jednocześnie do realizacji wartości przypisanych wybranym konsekwencjom. W rezultacie powoduje to przepływ wartości między konsekwencjami a decyzją interpretacyjną¹⁷. Jeżeli więc dodatnio ocenia się konsekwencje k_1 , to tak samo oceniona zostanie decyzja interpretacyjna d_1 , realizująca je. Klasyczny cel wykładni prawa, polegający na ustaleniu znaczenia przepisu prawnego¹⁸, w sposób trwały i naturalny wpisuje się w stosowanie argumentu pragmatycznego przez dogmatykę, ponieważ tylko wtedy można twierdzić, że decyzja interpretacyjna doprowadzi do powstania określonych konsekwencji, gdy wynika z niej zrozumiałe znaczenie przepisu, pozwalające na zbadanie relacji: decyzja interpretacyjna – jej konsekwencje. W procesie

¹⁶ Na negatywne skutki całkowicie autonomicznego ujmowania zasad, twierdzeń, reguł dotyczących wykładni prawa zwrócił uwagę Marek Zirk-Sadowski – zob. M. Zirk-Sadowski, *Wykładnia prawa a wspólnoty sędziów*, [w:] A. Choduń, S. Czepita (red.), *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, Szczecin 2010, s. 70–74.

¹⁷ Ch. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *op. cit.*, s. 266.

¹⁸ L. Morawski, *Zasady wykładni...*, s. 15–16; J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988, s. 112–115.

konstruowania decyzji interpretacyjnej należy zatem dążyć do uzyskania takiego rezultatu, który łącznie urzeczywistnia wybrane konsekwencje, a także przedstawia zrozumiałe znaczenie przepisu prawnego.

Mając na uwadze to, iż stosowanie argumentu pragmatycznego zmierza do kumulatywnego osiągnięcia dwóch wskazanych celów, można przyjąć, że w procesie wykładni prawa wchodzi on w grę wtedy, gdy rozwiązanie problemu interpretacyjnego znacząco wpłynie na zachowania i sytuacje faktyczne grup społecznych¹⁹, które z jakiegoś powodu uznaje się za wymagające uwzględnienia, nawet jeżeli wcześniej sformułowano (lub daje się sformułować) decyzję interpretacyjną określającą zrozumiałe znaczenie przepisu. Uściślając ten pogląd – nie twierdzę, że rezultat uzyskany za pomocą argumentu pragmatycznego automatycznie przeważa nad rezultatem wynikającym z posłużenia się innymi środkami interpretacyjnymi, ani też że argument pragmatyczny stanowi obligatoryjny element każdego procesu wykładni. Uważam natomiast, że gdy w danej sytuacji interpretacyjnej ustalono, iż z pewnymi konsekwencjami trzeba się liczyć lub dążyć do ich powstania²⁰, to wówczas dopuszczalne staje się skonstruowanie hipotezy interpretacyjnej na podstawie argumentu pragmatycznego, a następnie skonfrontowanie jej z innymi hipotezami i wyciągnięcie z tego odpowiednich wniosków, co wymaga, rzecz jasna, opowiedzenia się za określoną teorią prawa lub wykładni. Z powyższych uwag płynie również wniosek, że doktryny *clara non sunt interpretanda* i *interpretatio cessat in claris* nie pełnią roli kryteriów wyznaczających dopuszczalność zastosowania argumentu pragmatycznego w procesie wykładni²¹, bowiem zmierza on do innego celu niż te doktryny. Natomiast sytuacja jasnego znaczenia może wpłynąć na treść decyzji interpretacyjnej, wyznaczając granice wykładni²².

Warto zauważyć, że argument pragmatyczny nie wskazuje konkretnie, jakiego rodzaju konsekwencje i wartości należy przyjąć. Dlatego też z jednej strony można mu zarzucić brak „moralnego kompasu”, a z drugiej – docenić jego neutralność, za sprawą której *prima facie* nadaje się do zastosowania w każdej dziedzinie prawa. Wolną przestrzeń w zakresie deficytu aksjologicznego można spróbować wypełnić uznawanymi w dogmatyce wartościami prawa

¹⁹ W tym miejscu jedynie zasygnalizowano przyjęte w tekście znaczenie pojęcia konsekwencji, któremu więcej uwagi poświęcono w następujących uwagach.

²⁰ Kilka takich przypadków z zakresu prawa administracyjnego omówiono w kolejnym punkcie opracowania.

²¹ Jest to szczególny przypadek ogólnej tendencji zaobserwowanej w orzecznictwie sądowym, polegającej na odchodzeniu od sztywnego pojmowania paremii *clara non sunt interpretanda* zarówno w wersji antyinicjującej, jak i antykontynuacyjnej – zob. M. Zieliński, *Wybrane zagadnienia wykładni prawa*, „Państwo i Prawo” 2009, z. 6, s. 6.

²² Granice te nie mają wszakże charakteru bezwzględnych, bowiem można od nich odstąpić w szczególnych przypadkach z ważnych powodów – zob. L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2005, s. 278.

administracyjnego jako całej gałęzi prawa lub jego poszczególnych dziedzin. Tym sposobem można częściowo sprawdzić, czy argument pragmatyczny, łącząc konsekwencje z wartościami, jest przydatny dla dogmatyki prawa administracyjnego, czy też nie.

Trudno również jednoznacznie stwierdzić, czy konsekwencje są instrumentalnie podporządkowane wysuwającym się na pierwszy plan wartościom, czy też przeciwnie – nacisk jest położony na konsekwencje, a wartości zaledwie usprawiedliwiają je „przy okazji”. Istniejący w społeczeństwie konsensus co do wartości, jakimi należy się kierować i ich fundamentalnej roli w życiu sprawia, że argument pragmatyczny traktuje się jako środek do ich urzeczywistnienia za pośrednictwem osiągania właściwych konsekwencji. Natomiast spór w sprawie wartości (np. ich pojęcia, zbioru, hierarchii) wyklucza albo komplikuje uniwersalne zdefiniowanie relacji: konsekwencje – wartości, i relatywizuje ją do konkretnego przypadku.

Występowanie w teorii prawa niejednorodnych poglądów odnośnie do rozumienia pojęcia konsekwencji na tle wykładni prawa uzasadnia potrzebę określenia, jakie znaczenie zostanie mu nadane w koncepcji argumentu pragmatycznego. Różnice istniejące między poszczególnymi ujęciami są dość istotne i rzutują na rodzaj oraz zakres czynności dokonywanych w procesie wykładni, a także na treść decyzji interpretacyjnej, która zmienia się w zależności od tego, jakie konkretnie rozumienie konsekwencji zostanie uwzględnione. Analiza porównawcza odmiennych ujęć²³, chociaż interesująca, wykracza poza granice prowadzonych rozważań, dlatego poprzestaną na zaprezentowaniu wybranego stanowiska.

Przyjmuję – zazwyczaj reprezentowaną w teorii prawa – definicję pojęcia konsekwencji, zgodnie z którą są to empirycznie identyfikowalne stany rzeczy w wymiarze społecznym (ogólnym), a nie indywidualnym, należące do sfery faktów, a zatem będące odrębnymi od konsekwencji prawnych²⁴, tj. ogólnie rzecz biorąc, od powstawania praw i obowiązków na podstawie obowiązujących przepisów prawa. Na społeczny atrybut konsekwencji składają się istotne z punktu widzenia obowiązującego prawa i zawartych w nim wartości zachowania i sytuacje faktyczne, związane z pewną grupą społeczną (lub ich zbiorem) dającą się wyodrębnić według określonego kryterium. Odwołując się do metafory „złego człowieka” Olivera Wendella Holmesa Jr. i głównej tezy teorii predyktywnej, utożsamiającej prawo z przewidywaniami co do rozstrzygnięć, jakie mogą wydawać sądy w rzeczywistości²⁵, pojęcie konsekwencji można w pewnym stopniu doprecyzować następująco: są to możliwe przyszłe

²³ Szerzej na ten temat zob. N. MacCormick, *On legal decisions and their consequences – from Dewey to Dworkin*, „New York University Law Review” 1983, vol. 58, no. 2, s. 243–254.

²⁴ K. Pleszka, *Uzasadnienie decyzji...*, s. 103 i 108; K. Pleszka, *Następstwa decyzji...*, s. 69–70; L. Morawski, *Zasady wykładni...*, s. 148–149.

²⁵ B. Bix, *A Dictionary of Legal Theory*, Oxford 2009, s. 164; O. W. Holmes, *The path of the law*, „Harvard Law Review” 1897, vol. 10, no. 8, s. 458–461.

zachowania lub ich efekty, wynikające z oparcia się przez członków (grupy) społeczeństwa na przewidywaniach co do tego, jak prawo wpłynie na ich życie lub interesy ze względu na określoną decyzję interpretacyjną²⁶.

Argument pragmatyczny przez to, że zakłada uwzględnianie w trakcie formułowania decyzji interpretacyjnej takich treści, które są charakterystyczne dla wykładni funkcjonalnej, może zostać uznany za jedną z jej form²⁷. Pozwala to na wypełnienie pojęcia konsekwencji następującymi składnikami obszernego kontekstu funkcjonalnego: ustrojem ekonomicznym i społeczno-politycznym, ocenami i normami przyjmowanymi w społeczeństwie, zjawiskami cywilizacyjnymi i celami społeczno-politycznymi²⁸. Wydaje się, że należy co do zasady utrzymać pojęciowe rozróżnienie między konsekwencjami decyzji interpretacyjnej a celami (prawa, instytucji prawnej, przepisu)²⁹, chociaż mogą one posiadać pewne elementy wspólne, jak np. schemat interpretacji teleologicznej w zakresie uzasadnienia wewnętrznego decyzji interpretacyjnej³⁰, bądź to, iż cel może polegać na osiągnięciu konsekwencji w powyższym rozumieniu, lecz nie oznacza to, że każda konsekwencja będzie zarazem stanowić cel.

Ujęte w ten sposób konsekwencje jeszcze nie istnieją w czasie konstruowania decyzji interpretacyjnej, lecz mają (albo mogą) wystąpić dopiero po jej ogłoszeniu, a zatem są prospektywne³¹. Można wśród nich wyróżnić – ze względu na kryterium momentu ich powstania – konsekwencje doraźne i długofalowe, natomiast dzięki kryterium prawdopodobieństwa wystąpienia wyodrębnia się konsekwencje realne, które zaistnieją z pewnością oraz hipotetyczne, co do których nie można być pewnym, że wystąpią, ale w pewnym stopniu są prawdopodobne³². Posiłkując się klasyfikacją celów, jaką zaproponował Tomasz Gizbert-Studnicki³³, konsekwencje można jeszcze podzielić na: wyższego i niższego rzędu, a także ujęte opisowo i wartościująco.

Po przedstawionym zarysie rozumienia konsekwencji prowadzone rozważania wymagają uzupełnienia o jeszcze jedną kwestię, mianowicie problem relacji zachodzącej między decyzją interpretacyjną konstruowaną przez

²⁶ Podobnie zdaje się rozumieć pojęcie konsekwencji Neil MacCormick, który łączy je m.in. z prawdopodobnymi zachowaniami ludzi, dla których motywem było orzeczenie sądu – zob. N. MacCormick, *op. cit.*, s. 251–254.

²⁷ L. Morawski, *Zasady wykładni...*, s. 148.

²⁸ J. Wróblewski, *Sądowe...*, s. 140.

²⁹ Takie stanowisko zdaje się prezentować Marek Smolak – zob. M. Smolak, *Uzasadnienie decyzji interpretacyjnej jako praktyczne rozumowanie prawnicze*, [w:] A. Choduń, S. Czepiła (red.), *op. cit.*, s. 154–159. Również Jerzy Wróblewski rozgranicza funkcje rzeczywiste, które „dotyczą skutków, jakie przepis wywarł lub jakie [...] wywrze” od wykładni celowościowej – J. Wróblewski, *Sądowe...*, s. 144.

³⁰ K. Płeszka, *Uzasadnienie decyzji...*, s. 12 i 92; R. Alexy, *op. cit.*, s. 241–242.

³¹ K. Płeszka, *Uzasadnienie decyzji...*, s. 92–93.

³² Ch. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *op. cit.*, s. 267.

³³ T. Gizbert-Studnicki, *Wykładnia celowościowa*, „Studia Prawnicze” 1985, z. 3–4, s. 56–59.

dogmatykę a przypisywanymi jej konsekwencjami. Skuteczność argumentu pragmatycznego w rozumowaniach interpretacyjnych opiera się na twierdzeniu, że decyzja interpretacyjna o określonej treści pełni funkcję warunku koniecznego – chociaż niewystarczającego – dla powstania założonych konsekwencji³⁴. Ze względu na przyjęte wcześniej założenie o praktycznie zorientowanej działalności dogmatyki prawa administracyjnego w dziedzinie wykładni prawa, pozostawiam na marginesie kwestię tego, czy „dogmatyczna” decyzja interpretacyjna jest w stanie samodzielnie wywołać zamierzone konsekwencje w rzeczywistości. Można rozsądnie przypuszczać, że aby tak się stało, musi ona zostać wcielona do rozstrzygnięć instytucji publicznych, zwłaszcza sądów administracyjnych. Trafnie bowiem zauważył Neil MacCormick, że trzeba liczyć się z tym, iż ludzie postrzegają prawo w taki sposób, w jaki ukazują je sądy³⁵. Oznacza to, że społeczne stany rzeczy – nawiązując tu do podziału amerykańskich realistów – są wywoływane przez *law in action*, a nie przez *law in books*. Wskazaną relację rozpatruję zatem w granicach badań naukowych – zakładając możliwość jej późniejszego zapośredniczenia w orzecznictwie – gdzie można analizować ją z wielu różnych perspektyw³⁶, jednakże chciałbym skoncentrować się tylko na jednej z nich.

Dogmatyk, interpretując prawo przy użyciu argumentu pragmatycznego, w pewnym momencie musi ustalić, czy dana decyzja interpretacyjna jest zdolna wywołać pożądane konsekwencje. Zgodnie z obraną perspektywą rozwiązanie tego problemu opiera się na zastosowaniu rozumowania praktycznego. W teorii prawa występują różne definicje tego terminu³⁷. Często przyjmuje się, że oznacza on sposób myślenia o moralnych i etycznych problemach, skupiający się na powodach za albo przeciw pewnym działaniom lub wyborom³⁸. Szerszą i bardziej urozmaiconą definicję zaproponował Richard A. Posner, zdaniem którego obejmuje ona zbiór wielu metod, takich jak: anegdota, introspekcja, wyobraźnia, zdrowy rozsądek, empatia, analiza motywacji, metafora, analogia, precedens, zwyczaj, pamięć, doświadczenie, intuicja, indukcja, autorytet, interpretacja czy racjonalność instrumentalna (środek-cel)³⁹. Autor ten podkreśla, że są one odmienne od metod czysto rozumowych (racjonalistycznych), jak np. logika zmierzająca do ustalenia, czy zdanie jest prawdziwe, czy też fałszywe⁴⁰. Posługiwanie

³⁴ Ch. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *op. cit.*, s. 267–269; K. Pleszka, *Uzasadnienie decyzji...*, s. 91–92, 103.

³⁵ N. MacCormick, *op. cit.*, s. 255; K. Pleszka, *Uzasadnienie decyzji...*, s. 92–93.

³⁶ Ch. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *op. cit.*, s. 267; K. Pleszka, *Uzasadnienie decyzji...*, s. 86–93 i 103–113; N. MacCormick, *op. cit.*, s. 246–254.

³⁷ W sprawie przeglądu wybranych stanowisk zob. T. F. Cotter, *Legal pragmatism and the law and economics movement*, „The Georgetown Law Journal” 1996, vol. 84, no. 6, s. 2086–2089.

³⁸ B. Bix, *op. cit.*, s. 162.

³⁹ R. A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge MA–London 1990, s. 73, 103, 105.

⁴⁰ Ibidem, s. 71.

się w dziedzinie prawa rozumowaniem praktycznym, zdaniem Posnera, dobrze służy w większym stopniu do uzyskiwania rozwiązań dużych, jak i małych problemów, w mniejszym zaś do uzasadniania osiągniętych wniosków⁴¹.

Przyjmuję, że badanie tego, czy decyzja interpretacyjna wywoła określone konsekwencje, odbywa się przy zastosowaniu niektórych metod rozumowania praktycznego w wersji Posnera – chodzi o: wyobraźnię, zdrowy rozsądek, analizę motywacji, zwyczaj, pamięć, doświadczenie czy racjonalność instrumentalną. Stanowisko to nie wyklucza poddawania opracowanych przez dogmatykę decyzji interpretacyjnych – jako zdań teoretycznych – empirycznej weryfikacji umożliwiającej przekształcenie ich w zdania praktyczno-celowościowe⁴². Natomiast wynika z niego tylko, że dla stosowania argumentu pragmatycznego wystarczające jest odwołanie się do rozumowania praktycznego.

Ustalając w powyższy sposób relację: decyzja interpretacyjna – konsekwencje, można czerpać zarówno z wiedzy potocznej, jak i naukowej (specjalistycznej). O roli i stopniu wykorzystania zasobów każdej z nich wydaje się decydować głównie to, jakie stanowisko zajmie dogmatyk – bliższe naturalistycznej (zorientowanej na to, co empiryczne) czy antynaturalistycznej (skupionej na normach i wartościach społecznych) wizji nauk prawnych⁴³, chociaż względy natury czysto praktycznej również mogą znaleźć tu swój udział, jak np. istnienie lub dostępność wyników badań empirycznych dotyczących określonego problemu. Zupełne oderwanie argumentu pragmatycznego od faktów składających się na wiedzę potoczną bądź naukową upodabnia rozumowanie interpretacyjne do prawniczego wróżbiarstwa, czego ani dogmatyka, ani praktyka nie powinny traktować poważnie, a tym bardziej uprawiać w swojej działalności.

3. Perspektywa prawa administracyjnego

Istotny problem bezpośredniego wskazania przypadków, w których znajduje zastosowanie argument pragmatyczny, należy do zakresu poszczególnych teorii prawa i teorii wykładni prawa. Z uwagi na to, że argument pragmatyczny jest aksjologicznie neutralny i ściśle wiąże się z funkcjami prawa jako takiego, czyli ze skutkami społecznymi wywoływanymi przez fakt ustanowienia i stosowania prawa⁴⁴, może się on wydawać uniwersalnym narzędziem interpretacyjnym w tym sensie, iż nadaje się do rozwiązywania problemów interpretacyjnych niezależnie od tego, że powstają one na tle różnorodnych dyscyplin prawa

⁴¹ Ibidem, s. 73–74.

⁴² M. Borucka-Arctowa, *O społecznym działaniu prawa*, Warszawa 1967, s. 75.

⁴³ L. Morawski, *Główne problemy...*, s. 365–370.

⁴⁴ W. Gromski, [w:] A. Bator (red.), *Wprowadzenie...*, s. 200; Z. Ziemiński, [w:] S. Wrótkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, s. 233.

administracyjnego⁴⁵. Trudno jednakże uznawać to narzędzie za uniwersalne w tym znaczeniu, że wchodzi w grę w każdym procesie wykładni prawa i zawsze wpływa, w mniejszym lub większym stopniu, na kształt decyzji interpretacyjnej⁴⁶. Dlatego w tym punkcie zmierzam do zbadania użyteczności i dopuszczalności argumentu pragmatycznego tylko w kontekście wybranych zjawisk (cech), charakterystycznych dla prawa administracyjnego, do których zaliczono: ochronę interesu publicznego, rozbudowaną strukturę źródeł prawa, regulację dostępu do dóbr publicznych i powszechne występowanie zwrotów niedookreślonych w tekstach aktów prawnych.

Ochrona interesu publicznego zalicza się do fundamentalnych celów prawa administracyjnego⁴⁷. Pojęcie to nie posiada stabilnej, wyczerpującej i precyzyjnej definicji, co bierze się zwłaszcza stąd, że jego treść determinują rozmaite czynniki prawne, polityczne, społeczne i aksjologiczne, zmieniające się w czasie i przestrzeni⁴⁸. Zarysowując jego treść, można zwrócić uwagę na to, że wiąże się ono z dostarczaniem korzyści pewnemu ogółowi (państwu lub społeczeństwu)⁴⁹, zadaniami, celami i potrzebami różnych wspólnot publicznych (np. państwa lub jednostek samorządu terytorialnego) oraz respektowaniem wartości wspólnych dla całego społeczeństwa lub danej społeczności lokalnej, takich jak np. sprawiedliwość, bezpieczeństwo, zaufanie obywateli do organów władzy publicznej, sprawność działania aparatu państwowego oraz podstawowe prawa i wolności człowieka⁵⁰.

Jak łatwo zauważyć, kategorię interesu publicznego tworzą rozmaite stany rzeczy ujmowane w skali społecznej i odnoszone do mniejszych lub większych wspólnot. Przejawiają się one w sferze konsekwencji zarówno prawnych, jak i faktycznych. Wynika z tego, że cechą wspólną interesu publicznego i argumentu pragmatycznego jest dążenie do osiągnięcia faktycznych stanów rzeczy o charakterze społecznym, relewantnych z punktu widzenia obowiązującego prawa i jego kontekstu funkcjonalnego. W procesie wykładni przepisów prawnych rola interesu publicznego polega na wskazywaniu, bardziej lub mniej precyzyjnie, pożądaných konsekwencji, natomiast rola argumentu pragmatycznego – na ich „zorganizowaniu” (m.in. skonkretyzowaniu, przełożeniu na język prawny lub prawniczy czy uzupełnieniu o elementy regulacji prawnej), wprowadzeniu do treści

⁴⁵ A. Bator, *Uniwersalny charakter...*, s. 75.

⁴⁶ O czym już wspomniano na wstępie poprzedniego punktu.

⁴⁷ M. Jaśkowska, *Pojęcie interesu publicznego i jego funkcje w prawie administracyjnym*, [w:] J. Niczyporuk (red.), *Teoria instytucji prawa administracyjnego. Księga pamiątkowa Profesora Jerzego Stefana Langroda*, Paryż–Lublin 2011, s. 288; J. Łętowski, *Prawo administracyjne. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1990, s. 15.

⁴⁸ M. Stahl, *Cele publiczne i zadania publiczne*, [w:] J. Zimmermann (red.), *Koncepcja systemu...*, s. 95; J. Łętowski, *op. cit.*, s. 15.

⁴⁹ J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Kraków 2006, s. 26, 31.

⁵⁰ M. Jaśkowska, *op. cit.*, s. 287–289.

decyzji interpretacyjnej i ustaleniu, czy zapewnia ona ich osiągnięcie. Bardziej zaawansowane formy tego narzędzia interpretacyjnego mogą również określać sposoby oraz kryteria oceny, ważenia i wyboru konsekwencji, co okazuje się niezbędne, gdy w grę wchodzi różne, czasami niezgodne ze sobą interesy (zarówno publiczne, jak i indywidualne).

Według przedstawionego ujęcia argument pragmatyczny służy realizacji interesu publicznego w procesie wykładni prawa administracyjnego. Ma przekształcić to, co ogólne i pożądane w konkretną rzeczywistość, poprzez skonstruowanie decyzji interpretacyjnej o określonej treści, przy czym nie gwarantuje on automatycznie osiągnięcia sukcesu w każdym przypadku. Oddziaływanie rozmaitych faktów instytucjonalnych, w tym paradygmatu wykładni i samego tekstu prawnego, na przebieg interpretacji może komplikować, ograniczać, a nawet wyłączać rolę interesu publicznego. Przykładowo, posługiwanie się argumentem pragmatycznym musi uwzględniać to, że na gruncie stosowania prawa administracyjnego nie obowiązuje zasada nadrzędności interesu publicznego⁵¹, a więc sformułowanie decyzji interpretacyjnej z założenia ignorującej interesy i uprawnienia jednostek kolidujące z interesem publicznym, któremu przyznano pierwszeństwo, jest z zasady niedopuszczalne. Identyczny wniosek płynie ze stanowiska głoszącego, że wykładnia prawa administracyjnego ma chronić podmioty administrowane przed arbitralnością administracji⁵².

Za skorzystaniem z argumentu pragmatycznego w wykładni prawa administracyjnego przemawia struktura jego źródeł, która odznacza się ich wielością i różnorodnością, co prowadzi do sytuacji, w której dany problem reguluje jednocześnie kilka, a nawet kilkanaście aktów prawnych z różnych szczebli i/lub różnego rodzaju⁵³. Stosowanie tego narzędzia w zarysowanych warunkach służy do zapewnienia spójności – na poziomie wykładni prawa – pomiędzy regulacjami wywodzącymi się z rozmaitych aktów prawnych, a tym samym do prawidłowego i niezakłóconego urzeczywistniania funkcji prawa administracyjnego. Wymaga ono zarówno tego, aby konsekwencje decyzji interpretacyjnej opartej na przepisach aktu hierarchicznie wyższego nie zostały naruszone formalnie lub prakseologicznie przez decyzję interpretacyjną dotyczącą przepisów aktu hierarchicznie niższego, jak również osiągnięcia zgodności między konsekwencjami decyzji interpretacyjnych wywodzących się z przepisów aktów równorzędnych. Tytułem przykładu można wskazać, że wykładnia aktów prawa miejscowego stanowionych przez organy jednostek samorządu terytorialnego nie może prowadzić do konsekwencji sprzecznych z tymi, jakie

⁵¹ M. Jaśkowska, *op. cit.*, s. 290.

⁵² Z. Duniewska, *Wybrane aspekty wykładni prawa administracyjnego (racje i właściwości)*, [w:] J. Zimmermann (red.), *Koncepcja systemu...*, s. 666–667.

⁵³ D. Dąbek, *Prawo sędziowskie w polskim prawie administracyjnym*, Warszawa 2010, s. 276–277.

przypisano decyzji interpretacyjnej przepisów ustawy. Podobną regułą można odnieść również do relacji zachodzącej pomiędzy krajową ustawą a dyrektywą prawa Unii Europejskiej, którą ta pierwsza transponuje.

Przepisy prawa administracyjnego generalnie charakteryzują się tym, że regulują dostęp obywateli i ich organizacji do różnego rodzaju dóbr publicznych, jak np. środowiska naturalnego, wykonywania zawodu, ochrony zdrowia czy nauki, poprzez określenie w sposób bezwzględnie wiążący przesłanek ich uzyskiwania, odbierania i ograniczania. Wyznaczone prawem dobra publiczne w naturalny i instytucjonalny sposób istnieją oraz funkcjonują w społecznej rzeczywistości, a zatem wchodzi z nią w rozmaite relacje, zdeterminowane – z interesującej nas tu perspektywy – treścią obowiązujących przepisów prawa administracyjnego i wydawanych na ich podstawie rozstrzygnięć organów administracji publicznej i sądów administracyjnych.

Zastosowanie argumentu pragmatycznego w procesie wykładni przepisów dotyczących dóbr publicznych wydaje się nieuniknione, bowiem rozstrzygnięcia pochodzące od organów administracyjnych i sądowych oparte na tych przepisach kształtują społeczną rzeczywistość, bez względu na to, jakie środki interpretacyjne zostały wykorzystane oraz na to, czy w ogóle uświadomiono sobie taką zależność. Argument pragmatyczny poza tym, że odsłania i eksponuje konsekwencje określonej wykładni przepisów regulujących dostęp do dóbr publicznych, to również stawia interpretatora przed koniecznością ich oceny i wyboru, a tym samym działa jako środek pozwalający na wprowadzanie zmian w różnych sferach społecznych. Dzięki niemu można także badać relację pomiędzy decyzją interpretacyjną mającą za przedmiot takie przepisy a jej konsekwencjami, zwłaszcza to, w jakim stopniu ich wystąpienie jest prawdopodobne, jakie dodatkowe konsekwencje mogą wystąpić oraz czy wykładnia jest skutecznym sposobem na osiągnięcie pożądanego stanu rzeczy. Dogmatyka prawa administracyjnego, operując argumentem pragmatycznym podczas wykładni przepisów regulujących rozdział dóbr publicznych, przynosi cenną wiedzę dla praktyki orzeczniczej, która rozstrzyga problemy z tego zakresu i faktycznie kreuje rzeczywistość społeczną.

Powszechnie występujące w przepisach prawa administracyjnego zwroty niedookreślone⁵⁴, ze względu na swoją naturę – tj. brak wyczerpujących kryteriów ich stosowalności⁵⁵ – albo są bezpośrednio zorientowane na pewne konsekwencje, albo tylko niekiedy „stwarzają okazję” do ich uwzględnienia. Pierwszy rodzaj zwrotów charakteryzuje to, że wprost odsyłają do ogólnie sformułowanych, społecznych stanów rzeczy, jak np. „ograniczanie spożycia napojów alkoholowych”, „wspieranie wysokiego poziomu zbierania zużytych baterii”, „poprawa stanu zdrowia określonej grupy świadczeniobiorców” czy

⁵⁴ W. Jakimowicz, *Determinanty wykładni w prawie administracyjnym w aspekcie problematyki prawa miejscowego*, [w:] P. Kaczmarek (red.), *op. cit.*, s. 53.

⁵⁵ L. Morawski, *Precedens a wykładnia*, „Państwo i Prawo” 1996, z. 10, s. 7.

„trwały i zrównoważony rozwój kraju”. Skorzystanie z argumentu pragmatycznego wydaje się w podanych przypadkach nieodzowne, skoro ustalenie znaczenia tych pojęć wymaga ich skonkretyzowania poprzez wskazanie, jakie dokładnie stany rzeczy obejmują w określonej sytuacji. W tych przypadkach cel wykładni prawa oraz cel argumentu pragmatycznego zbiegają się w jednym punkcie – wskazaniu i urzeczywistnieniu konsekwencji. Natomiast w drugim rodzaju zwrotów niedookreślonych nie występuje podobne odesłanie, a więc dla ustalenia ich znaczenia nie potrzeba z założenia skonkretyzowania konsekwencji, jakie się z nimi wiążą. Przykładowo, można wskazać na następujące zwroty: „artykuły świąteczne”, „znaczna część”, „informacja publiczna” czy „ubóstwo”. Posłużenie się argumentem pragmatycznym w celu wykładni takiego zwrotu będzie uzasadnione, gdy wpływa ona np. na realizację interesu publicznego, dostosowanie treści obowiązującego prawa do aktualnej rzeczywistości społecznej lub rozdział dóbr publicznych.

Za pomocą zwrotów niedookreślonych prawo jest zdolne do adekwatnego reagowania na zmieniające się warunki społeczne, gospodarcze i polityczne, w których na co dzień funkcjonuje⁵⁶. Pożyteczne działanie argumentu pragmatycznego dla wypełniania tej roli polega na bezpośrednim zaleceniu, aby znaczenie przepisu prawa ustalano ze względu na wpływ decyzji interpretacyjnej na aktualną rzeczywistość społeczną. Korzystanie z wiedzy potocznej i specjalistycznej o zjawiskach społecznych, ich relacjach z prawem oraz z metod praktycznego rozumowania w procesie wykładni zwrotów niedookreślonych prowadzi do skonstruowania decyzji interpretacyjnej, która może wpłynąć na zmiany społeczne, utrwalając je, pogłębiając, powstrzymując albo odwracając. Dla ustalenia znaczenia zwrotu niedookreślonego (głównie pierwszego rodzaju) i realizacji zawartego w nim opisu stanu rzeczy potrzeba zbioru odpowiednich narzędzi, które zapewnią argument pragmatyczny.

4. Podsumowanie

Powyższe rozważania uzasadniają dopuszczalność, użyteczność, a niekiedy konieczność stosowania argumentu pragmatycznego w wykładni przepisów prawa administracyjnego, które wiążą się z interesem publicznym, dostępem do dóbr publicznych lub zawierają zwroty niedookreślone. Dla problemów wynikających ze złożonej struktury źródeł prawa administracyjnego pełni on rolę pomocniczą względem klasycznych reguł kolizyjnych i dyrektyw wykładni systemowej.

Konsekwencje stanowią integralny element pierwszych trzech wyróżnionych zjawisk prawa administracyjnego i dlatego włączenie argumentu pragmatycznego do procesu wykładni przepisów z nimi związanych należy uznać za naturalne

⁵⁶ J. Łętowski, *op. cit.*, s. 47

i rozsądne działanie, szanujące właściwości przedmiotu, z którym ma do czynienia. W ten sposób realizuje się założenie o korzystaniu przez dogmatykę z metod badawczych dostosowanych do charakteru podejmowanych zagadnień⁵⁷. Warto zatem podejmować badania w kierunku ustalenia, jakie inne zjawiska prawa administracyjnego obejmują zagadnienie konsekwencji, a także jakie rezultaty daje stosowanie argumentu pragmatycznego w dogmatyce i praktyce orzeczniczej.

Teza o stosowaniu argumentu pragmatycznego we wskazanych przypadkach nie oznacza jeszcze, że sformułowana przy jego pomocy decyzja interpretacyjna jest ostateczna i ma pierwszeństwo przed innymi. Gdyby tak było, to korzystanie z innych środków interpretacyjnych zupełnie straciłoby sens, bowiem zawsze w końcowym rozrachunku zostałyby odrzucone ich efekty. W sensie pozytywnym wysunięta teza skłania do wzięcia pod uwagę konsekwencji płynących z różnych decyzji interpretacyjnych i dążenia do osiągnięcia pożądaných konsekwencji na tyle, na ile uda się to pogodzić z istotnymi faktami instytucjonalnymi aktualnej kultury prawnej. Natomiast w sensie negatywnym sprzeciwia się zupełnemu ignorowaniu konsekwencji w procesie wykładni i opieraniu się wyłącznie na regułach bezpośredniego rozumienia lub wykładni językowej, aby zaspokoić potrzebę uzyskania jasnego znaczenia przepisu. Takie postępowanie nie liczy się z charakterem omówionych zjawisk prawa administracyjnego, więc trudno je zaakceptować.

Dotychczasowe uwagi przekonują o konieczności prowadzenia intensywnych procesów integracyjnych dotyczących zastosowania argumentu pragmatycznego na gruncie prawa administracyjnego. Ponieważ w obszar zagadnień wchodzi, poza kwestiami teoretycznymi i dogmatycznymi ze sfery prawa, również kwestie obejmujące w szczególności wpływ prawa na społeczeństwo, uznawane w społeczeństwie wartości i zmiany zachodzące w rzeczywistości społecznej, integracja powinna odbywać się zarówno w wymiarze wewnętrznym, jak i zewnętrznym, skoncentrowanym m.in. na powiązaniach między prawoznawstwem a naukami społecznymi⁵⁸.

⁵⁷ A. Bator, W. Gromski, J. Kaczor, S. Kaźmierczyk, A. Kozak, *Relacje między teorią a dogmatyką prawa*, [w:] Z. Tobor, I. Bogucka, *Prawoznawstwo a praktyka stosowania prawa*, Katowice 2002, s. 17.

⁵⁸ K. Opalek, *op. cit.*, s. 141.

Maurycy Zajęcki

„Dobro wspólne” polskich koncepcji wykładni prawa Próba parafrazy przy użyciu modelu interdyscyplinarnego rozwoju nauki Henka Zandvoorta

1. Wprowadzenie

W artykule Marka Zirk-Sadowskiego i Macieja Zielińskiego – dwóch autorów reprezentujących odmienne perspektywy filozoficzne w patrzeniu na problem wykładni prawa – pada znamienne pytanie¹: czy do zintegrowania stanowisk dotyczących wykładni prawa wystarczą tylko środki, którymi dysponuje teoria prawa? Przed udzieleniem własnej odpowiedzi na to pytanie chcę pokrótce przypomnieć poglądy teoretyków prawa na status dyscypliny, którą uprawiają.

Ogólna teoria zjawisk prawnych jest wciąż słabo rozwinięta². Prawoznawstwo posługuje się językiem metaforycznym, mówiąc o „aspektach” czy „płaszczyznach” badań zjawisk prawnych. Kontrowersyjny jest nawet katalog podstawowych dla tej dyscypliny aspektów/płaszczyzn. Najczęściej przywoływaną w piśmiennictwie jest koncepcja Jerzego Wróblewskiego, który wyróżnił płaszczyzny: logiczno-językową, psychologiczną, socjologiczną i aksjologiczną³. Dla każdego z tak wyodrębnionych pól dociekań można wyróżnić komponentę metodologiczną (dyrektywy badawcze). Klasyczne ujęcie Wróblewskiego poddawane było rozmaitym krytykom i modyfikacjom⁴. Dla celów rozważań ogólnych ilustratywny jest pogląd zaprezentowany przez Hannę Jakubiec i Jana Woleńskiego, iż dla problemu tzw. „jedności teorii

¹ M. Zirk-Sadowski, M. Zieliński, *Klaryfikacyjność i derywacyjność w integrowaniu polskich teorii wykładni prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2011, z. 2, s. 109.

² Por. S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, s. 11.

³ Zob. J. Wróblewski, *Postawa filozoficzna i postawa afilozoficzna we współczesnej teorii prawa*, „Studia Prawnicze” 1966, z. 13, s. 61.

⁴ Szczególne kontrowersje wzbudzało wyodrębnianie płaszczyzny aksjologicznej. Wskazywano również, że rozróżnianie płaszczyzn psychologicznej i socjologicznej nie ma uzasadnienia fundamentalnego i jest czynione raczej *ad usum* teorii prawa.

prawa” podstawowe znaczenie ma dystynkcja na aspekty (płaszczyzny): logiczno-językowy i fenomenalistyczny⁵. W dalszych analizach ograniczę się do problemów metodologicznych związanych z wykładnią prawa, a samą wykładnię będę pojmować jako czynności na płaszczyźnie logiczno-językowej. Zagadnienia te tradycyjnie zalicza się do problematyki teoretycznej, aczkolwiek nierzadko poruszana też bywała w kontekście badań nad poszczególnymi dogmatykami.

Powstaje pytanie o relację teorii prawa do filozofii prawa. Pytanie to musi być zadane osobno dla teorii prawa jako całości („federacji” niejednorodnych problematyk i narzędzi badawczych) oraz dla każdej z osobna subdziedziny teorii prawa. Na pierwsze pytanie, sformułowane na wysokim stopniu abstrakcji, odpowiedzi udzielił Jerzy Wróblewski. Wskazał na wielce instruktywne typy idealne postaw badawczych: „postawę filozoficzną” i „postawę afilozoficzną”. Zasadą wyróżniania tych skrajnych typów w spektrum postaw badawczych jest stosunek teoretyków prawa do dziedzictwa i inspiracji płynących z filozofii *tout court*. Zdaniem Wróblewskiego żadne twierdzenie teorii prawa nie może być wyabstrahowane od problematyki filozoficznej w ogóle⁶. W terminologii Wróblewskiego można powiedzieć, że zawsze istnieje jakaś „relacja przyporządkowania” danej koncepcji teoretycznoprawnej do (jakiejs) koncepcji filozoficznej. Systematyczne rekonstruowanie takich filiacji jest ciekawym, ale i trudnym zadaniem historii oraz filozofii nauki. Praktyczną doniosłość (walor heurystyczny) ma sytuacja, gdy autor – od początku lub na jakimś etapie konstrukcji koncepcji teoretycznoprawnej – *explicite* wskazuje na jej filiacje filozoficzne. Takie eksplicytne „ufilozoficznienie” Wróblewski określa mianem „relacji powołania”. Filiacje filozoficzne

⁵ H. Jakubiec, J. Woleński, *Wielopłaszczyznowość a jedność teorii prawa*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Nauk Politycznych” 1984 z. 20, s. 31. Przywołani autorzy argumentują, iż „teoria prawa (w jej aktualnym stanie) jest «federacją» heterogenicznych problemów i odpowiedzi [...] [więc] należy wręcz postulować utrzymanie heterogeniczności pojęciowej” (ibidem, s. 35). Tę ogólną konstatację potwierdza, inaczej stawiając akcenty, Zygmunt Ziemiński, który pisze, iż teoria prawa „jest dyscypliną w znacznym stopniu niejednorodną ze względu na przedmiot badań (prawo rozpatrywane w różnych aspektach), jak też ze względu na rodzaj podejmowanej problematyki” (S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *op. cit.*, s. 16–17). Poznający teoretycy wskazują następnie na pola badawcze obejmowane przez dyscypliny prawnicze: problematykę dogmatyczną, problematykę socjologiczną i problematykę teoretyczną. Nadbudowana na nich jest problematyka metodologiczna. Problematyka wykładni prawa przenika przez wszystkie wskazane subdziedziny dyscypliny zwanej zbiorczo „teorią prawa”.

⁶ Innymi słowy, odżegnanie się teoretyka prawa od „filozofii” jest zawsze gołosłowne i na ogół służy zamanifestowaniu swoistej metafizologii. Metafilozofii, którą Wróblewski lapidarnie określił: „Odcięcie się od spekulacji, a trzymanie się «faktów» i rozstrzyganie spornych zagadnień przez «same fakty», położenie nacisku na konkretne badania empiryczne [...] połączone z odsądzeniem od czci i wiary problemów, które w ten sposób rozstrzygnąć się nie dają” (J. Wróblewski, *Postawa filozoficzna...*, s. 85). Zob. też J. Woleński, *Z zagadnień analitycznej filozofii prawa*, Kraków 1980, s. 26 i n., gdzie autor analizuje metafizologię pozytywizmu filozoficznego i pozytywizmu prawniczego.

mogą przybrać (modelowo) postać powołania się na określony system filozoficzny lub powołania się na pewne zespoły twierdzeń filozoficznych niebędące jako całość systemem. Postawa filozoficzna to dla Wróblewskiego sytuacja, w której autor koncepcji teoretycznoprawnej powołuje się na filiacje filozoficzne na jeden z dwóch wskazanych wyżej sposobów. Odpowiednio, postawa afilozoficzna ma miejsce, gdy autor nie powołuje się na filiacje filozoficzne lub gdy *explicite* odcina się od nich⁷. Jan Woleński zauważył, że pierwotniejsza w rekonstrukcjach systemów teoretycznoprawnych jest relacja przyporządkowania, gdyż opisuje ona „fakty merytoryczne”, podczas gdy postawa filozoficzna odwołuje się do faktów „w zasadzie werbalnych”⁸.

Celem dalszych uwag jest zrekonstruowanie założeń z płaszczyzny metodologicznej projektu teoretyków szczecińskich integracji polskich koncepcji wykładni prawa. Trzeba tu silnie podkreślić, że przedmiotem uwag nie będzie analiza treści tej koncepcji, w szczególności dyskusja z argumentami filozoficznymi wspierającymi (bądź osłabiającymi) założenia poznańsko-szczecińskiej szkoły teorii prawa. Chcę natomiast zaproponować odmienny od źródłowego model metodologiczny, który wyrażony i stosowany *explicite* („postawa filozoficzna” w terminologii Wróblewskiego) może, moim zdaniem, wzbogacić projekt integracyjny bazujący na „dobru wspólnym”. Prowadzone analizy nie są (nie mogą być) potwierdzeniem bądź refutacją koncepcji teoretyków szczecińskich. Zakładam silną filozoficznie metodologię: falsyfikacjonizm opierający się na Lakatosowskich programach naukowych i dodatkowo uzupełniony o idee metodologiczne Henka Zandvoorta. W efekcie przedstawioną analizę tylko częściowo nazwać można rekonstrukcyjną; w głównych punktach jest to parafraza. Centralne pojęcie w koncepcji źródłowej – pojęcie „dobra wspólnego” – eksplikuję przy użyciu pojęcia programu zamkniętego.

2. Idea „dobra wspólnego” jako próba integracji polskich koncepcji wykładni prawa

W artykule programowym teoretyków szczecińskich zarysowany jest program integracji polskich koncepcji wykładni prawa. Autorzy przyjęli jako podstawę wywodu kategorię „dobra wspólnego” koncepcji wykładni w polskiej kulturze prawnej:

⁷ Ibidem, s. 71; zob. też J. Wróblewski, *Filozoficzne problemy teorii prawa. Rozważania metodologiczne*, „Państwo i Prawo” 1974, z. 11, s. 6.

⁸ „Myślę, że każdy kierunek teoretycznoprawny jest podobny pod względem zawartości filozoficznej do pozytywizmu prawniczego, przy czym, rzecz jasna, nie idzie tutaj o podobieństwo merytoryczne, ale o status metodologiczny owej «części filozoficznej». Czasem ta zawartość jest wyraźna, gdyż jest *explicite* powołana [...], czasem musi być zrekonstruowana” (J. Woleński, *op. cit.*, s. 15, 29).

Na dobro wspólne składać się będą: (1) uniwersalne podstawy wszystkich koncepcji wykładni bądź (2) nie tylko te fragmenty koncepcji, które są takie same, ale ponadto te wszystkie, które mając swe źródło w którejś z poszczególnych koncepcji, współcześnie zyskały aprobatę w polskiej kulturze prawnej. [...] [P]ominięte zostaną takie stanowiska, które (1) mimo poddania ich radykalnej krytyce płynącej z różnych źródeł, nadal są podnoszone, choć bez wsparcia kontrargumentami [...], (2) ze względu na radykalnie odmienne założenia filozoficzne i metodologiczne stanowią rozwiązania niekorespondujące z głównym nurtem koncepcji wykładni⁹.

Najważniejszymi elementami „dobra wspólnego” w rozumieniu teoretyków szczecińskich są:

1. Ogólnometodologiczna zasada, iż wskazywanie reguł wykładni musi się opierać, we właściwych proporcjach, na uwzględnianiu zarówno własności tekstów prawnych, jak i zachowań się organów stosujących prawo¹⁰.

2. Przedmiotem wykładni jest tekst prawny¹¹.

3. Wykładnia polega na rozumieniu tekstu prawnego¹².

4. Wykładnią rządzi paremia *omnia sunt interpretanda*¹³.

5. Stosuje się trzy typy dyrektyw wykładni: językowe, systemowe i funkcjonalne¹⁴.

6. Wśród reguł językowych jako pierwsze powinny być zastosowane reguły języka prawnego¹⁵.

7. Wykładnia systemowa dokonywana jest chronologicznie po wykładni językowej i służy nie tylko jej wspomoczeniu, lecz także (potencjalnie) weryfikacji¹⁶.

8. W wykładni funkcjonalnej decydujące znaczenie mają wiedza i wartości przypisywane prawodawcy (a nie wiedza/wartości interpretatora)¹⁷.

9. Źródłem zobiektywizowanych wartości prawodawcy są: (1) kultura (ogólna lub prawna), (2) deklaracje ustrojodawcy, (3) deklaracje prawodawcy zawarte w preambułach¹⁸.

10. Teksty prawne mają charakter normatywny¹⁹.

11. Czynności interpretacyjne mogą dotyczyć wyłącznie tekstu aktualnego (obowiązującego) w wybranym przez interpretatora momencie interpretacyjnym²⁰.

⁹ M. Zieliński, O. Bogucki, A. Choduń, S. Czepita, B. Kanarek, A. Munczewski, *Zintegrowanie polskich koncepcji wykładni prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2009, z. 4, s. 24.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibidem, s. 25.

¹² Ibidem.

¹³ Ibidem, s. 25–26.

¹⁴ Ibidem, s. 27.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Ibidem, s. 29.

¹⁷ Ibidem, s. 32.

¹⁸ Ibidem, s. 33.

¹⁹ Ibidem, s. 34.

²⁰ Ibidem, s. 35.

12. Istotne dla ustalenia aktualności tekstu prawnego są: (1) moment, w którym tekst staje się elementem systemu prawnego, (2) moment, w którym aktualizuje się obowiązek realizacji albo stosowania norm oraz (3) moment, w którym tekst przestał być elementem systemu prawnego²¹.

13. Konieczne jest uzasadnianie decyzji interpretacyjnych (częstkowych i finalnej)²².

Widać, że autorzy przyjęli programowo postawę afilozoficzną, rezygnując z próby ugruntowania omawianych koncepcji w szerszych ramach teoretycznych (czy nawet filozoficznych) i przyjmując kryterium zbieżności bądź rozbieżności tez głoszonych przez teoretyków prawa jako kryterium przynależenia do puli „dobra wspólnego”. Decydujące znaczenie ma aprobata w kulturze prawnej. W efekcie otrzymujemy katalog zbieżności i rozbieżności, brakuje natomiast teoretycznych kryteriów rozstrzygnięcia o poprawności danego poglądu. Autorzy wskazali na jedno kryterium, zwane przez nich „papierkiem lakmusowym” koncepcji wykładni – orzecznictwo, czyli praktykę organów stosujących prawo. Jest to indukcyjna wizja rozwoju nauki: wizja zbierania jednostkowych faktów, uogólniania ich, budowania teorii i empirycznego weryfikowania teorii. W jednym z tekstów M. Zieliński wprost pisał o sumowaniu reguł wykładni wypracowanych w rozmaitych koncepcjach²³.

Rozwój indukcyjny jest objawem „przedteoretyczności” na gruncie danej nauki²⁴. Oczywiście teoria wykładni prawa jest wciąż dyscypliną bardziej postulowaną niż istniejącą, czego wyrazem jest częste posługiwanie się terminem „koncepcja”, a nie „teoria”. Tym niemniej argumentować będę za tezą, iż dyskusje nad wykładnią prawa weszły już – co najmniej – w fazę paradygmatyczną, a więc w każdym razie teoretyczną. Samoświadomość metodologiczna polskiego prawoznawstwa jest wysoka i nastroja optymistycznie do podjęcia próby stworzenia zakorzenionego filozoficznie modelu integracyjnego. Warto zacytować Ryszarda Sarkowicza, który konstatując wielość programów badawczych w polskiej refleksji nad interpretacją tekstu prawnego, napisał:

²¹ Ibidem, s. 35–36. Ten element dobra wspólnego jest rozpisany na szereg szczegółowych składowych, wspólnych – zdaniem teoretyków szczecińskich – polskim koncepcjom wykładni prawa. Dotyczy to takich elementów jak: ogłoszenie tekstu prawnego, rola przepisu o wejściu w życie, rola przepisów nowelizujących, znaczenie przepisów intertemporalnych, rola tekstu jednolitego.

²² Ibidem, s. 37.

²³ Z. Radwański, M. Zieliński, *Stosowanie i wykładnia prawa cywilnego*, [w:] Z. Radwański (red.), *System prawa prywatnego*, t. 1: *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa 2007, s. 425–426.

²⁴ I. Nowakowa, L. Nowak, *Idealization X: The Richness of Idealization*, „Poznań Studies in the Philosophy of the Sciences and the Humanities” 2000, vol. 69, Part I: *Three Methodological Revolutions*.

[C]hoć opisanie [...] programów badawczych wymagałoby starannej, bardzo pracochłonnej analizy wszystkich dotychczas prezentowanych poglądów na interpretacje tekstu – jest to zadanie możliwe do wykonania. Wymagałoby ono przede wszystkim odtworzenia przyjmowanych założeń dotyczących interpretacji. [...] [N]ależałoby dokonać przede wszystkim rekonstrukcji trzonu badawczego każdego programu²⁵.

Ta konstatacja nie usuwa kontrowersji, przesuwając ją jednak – moim zdaniem prawidłowo – na płaszczyznę metodologiczną, gdzie podstawową jednostką poznawczą nie są poszczególne twierdzenia czy spostrzeżenia teoretyczne, lecz kompleksowe programy (teorie). Problemem jest należyte wyeksplikowanie owych „trzonów badawczych”, a także wypracowanie kryteriów ich porównywania. Za najbardziej adekwatne i płodne poznawczo uznaję Lakatosowską ideę programów naukowych i Zandvoorta model badań interdyscyplinarnych.

3. Henka Zandvoorta modele interdyscyplinarnego rozwoju nauki²⁶

W klasycznym Popperowskim ujęciu nauki koncepcje sfalsyfikowane trafiają na „śmietnik historii nauki”. Już jednak w Lakatosowskim ujęciu nauki każdy program naukowy otoczony jest heurystycznym „pasem bezpieczeństwa”²⁷. Przy takim ujęciu zwolennicy programów „przebranych”, tj. na aktualnym etapie rozwoju borykających się z wieloma anomaliami, zawsze mogą żywić nadzieję na „odrodzenie”. W dziedzinie badań nad interpretacją tekstu to ujęcie zostało uznane przez Ryszarda Sarkowicza za najbardziej przydatne²⁸. Z historii nauki wiemy, że w praktyce wiele programów zostaje zarzuconych ostatecznie. Z drugiej strony, programy (teorie, koncepcje) sfalsyfikowane (w przedstawionym wyżej Lakatosowskim sensie) znajdują często kolejne zastosowania – oczywiście w pewnych granicach stosowalności. Ta konstatacja doprowadziła Henka Zandvoorta do zaproponowania koncepcji badań interdyscyplinarnych. Według Zandvoorta, program badawczy składa się z:

– twardego rdzenia (w sensie Lakatosowskim, tj. niepodlegającego zmianom w toku rozwoju programu),

²⁵ R. Sarkowicz, *Poziomowa interpretacja tekstu prawnego*, Kraków 1995, s. 16–17.

²⁶ Przy prezentacji koncepcji Henka Zandvoorta opieram się na moim tekście: *Zandvoorta model interdyscyplinarnego rozwoju programów naukowych: próba aplikacji w humanistyce*, ogłoszonym na konferencji: *Teoria i praktyka badań interdyscyplinarnych*, Gniezno, 12 września 2011 r. (oddanym do druku w „Themis Polska Nova” 2013). Dla potrzeb niniejszej analizy ograniczam rozważania ogólnometodologiczne, a poszerzam wątki *stricto* teoretycznoprawne.

²⁷ I. Lakatos, *Pisma z filozofii nauk empirycznych*, Warszawa 1995, s. 76.

²⁸ R. Sarkowicz, *op. cit.*, s. 15 i n. Jako przykład autor ten podał trzy modele argumentacji prawniczej opisane przez Lecha Morawskiego i wskazał, że każdy z nich ma cechy programu badawczego (w sensie Lakatosowskim).

- strategii rozwijania twardego rdzenia za pomocą hipotez pomocniczych, które wyjaśniają lub przewidują konkretne zjawiska oraz
- dziedziny zjawisk, którą program ma wyjaśniać lub przewidywać²⁹.

W modelu hierarchicznym (*hierarchical model*) interdyscyplinarności Zandvoorta jeden z programów jest programem wiodącym (*guide programme*), a pozostałe są programami dostawczymi (*supply programmes*). Program wiodący „generuje” (formuluje) problemy naukowe, do których rozwiązania czasami nie dysponuje odpowiednimi (efektywnymi) narzędziami teoretycznymi lub eksperymentalnymi. Takimi narzędziami mogą natomiast dysponować programy dostawcze. Ich zadaniem jest wyjaśnianie pewnych fragmentów programu wiodącego w swym aparacie pojęciowym (teoretyczne programy dostawcze) lub dostarczenie narzędzi empirycznej weryfikacji (eksperymentalne programy dostawcze)³⁰.

Zdaniem Zandvoorta, na programy dostawcze najlepiej nadają się (i w praktyce najczęściej i z najlepszym skutkiem są wykorzystywane) „programy zamknięte”. Idea programów zamkniętych była rozwijana przez grupę niemieckich filozofów nauki (metodologów) ze Starnbergu. Program staje się zamknięty w sytuacji, gdy jego twarde rdzeń jest przedmiotem powszechnego konsensusu bazującego na teorii bardziej zaawansowanej, która, w sensie Lakatosowskim, „wygrała” z teorią zamkniętą. W efekcie zwycięstwa nowej teorii stara teoria może zostać zakwalifikowana jako adekwatnie opisująca pewien wycinek dziedziny badanych zjawisk³¹. Metodologowie ze Starnbergu wskazują, że sformułowanie programu zamkniętego oznacza „finalizację” pewnej dziedziny badań naukowych.

Zandvoort modyfikuje ujęcie metodologów ze Starnbergu. Ujęcie wyjściowe opisuje, ujmując rzecz metaforycznie, proces „wyczerpywania się” płodności eksplanacyjnej programów naukowych, które w pewnym momencie (w fazie postparadygmatycznej) przekształcają się w pole poszukiwań praktycznych zastosowań wypracowanych („sfinalizowanych”) twierdzeń. Zandvoort stawia problem inaczej – zamiast mówić o wyczerpaniu się mocy eksplanacyjnej programu w ogóle, wskazuje na możliwość dalszego twórczego rozwijania programu pod warunkiem, że zostaną mu dostarczone z innych programów nowe problemy do rozwiązania.

²⁹ H. Zandvoort, *Concepts of interdisciplinarity and environmental science*, [w:] T. A. F. Kuipers, A. R. Mackor (eds), *Cognitive Patterns in Science and Common Sense. Groningen Studies in Philosophy of Science, Logic and Epistemology*, „Poznań Studies in the Philosophy of the Sciences and the Humanities” 1995, vol. 45, s. 50; por. R. Egiert, *Parafrazy idealizacyjne. Analiza metodologiczna szkoły w Groningen*, Poznań 2000, s. 108 i n.

³⁰ Pojęcia programu wiodącego i programu dostawczego mają charakter relacyjny – można mówić o byciu programem dostawczym tylko w relacji do danego programu wiodącego. Jest możliwe, że program dostawczy sam wygeneruje jakiś podproblem, do rozwiązania którego użyty zostanie inny program dostawczy. Zandvoort przyjmuje, że relacja bycia programem dostawczym dla programu wiodącego jest w tym modelu przechodnia (H. Zandvoort, *op. cit.*, s. 53 i n., 57 i n.).

³¹ G. Böhme, W. van den Daele, W. Krohn, *Finalizacja nauki*, „Studia Filozoficzne” 1984, nr 1, s. 95–96; R. Egiert, *op. cit.*, s. 109–110.

W modelu interaktywnym (*interactive model*) uwzględnia się fakt, iż relacja dostarczania programów nie porządkuje hierarchicznie dyscyplin naukowych. Praktykę naukową lepiej opisuje metafora współzawodnictwa. Dla danego problemu stawianego przez program wiodący może istnieć wiele alternatywnych programów dostawczych, formułowanych na gruncie różnych dyscyplin naukowych. Odpowiednio, dla danego narzędzia oferowanego przez program dostawczy może istnieć kilka potencjalnych programów wiodących, reprezentujących różne dyscypliny naukowe³².

Komentując model Zandvoorta, Robert Egiert zauważył, że – literalnie odczytany – program ten nie musi być interpretowany jako interdyscyplinarny; można próbować go wykorzystać również jako model integracji wewnątrzdyscyplinarnej³³. Zastanówmy się, jak można zaaplikować model Zandvoorta do dziedziny teorii wykładni prawa – przy czym rozpatrzę możliwość interpretowania modelu zarówno jako działającego wewnątrz tej dziedziny, jak i opisującego interdyscyplinarne podejście do prawoznawstwa. Konieczne będzie jednak pewne przeformułowanie idei Zandvoorta.

4. Modele Zandvoorta a humanistyka

W oddanym do druku tekście³⁴ szkicuję pewną propozycję rozwinięcia modelu Zandvoorta tak, by adekwatniej opisywał zjawiska współpracy interdyscyplinarnej na terenie humanistyki i mniej zaawansowanych nauk społecznych. Główne punkty wywodu są następujące:

1. Faza postparadygmatyczna – polega na sytuacji, gdy jeden z programów badawczych (danej dyscypliny humanistycznej lub mniej zaawansowanej nauki społecznej) osiąga wyraźną przewagę w mocy eksplanacyjnej nad wszystkimi konkurencyjnymi programami. Program ten nazywam „programem zaawansowanym”.

2. Przez przegrane programy rozumiem te, które w fazie postparadygmatycznej mają mniejszą moc eksplanacyjną niż program zaawansowany, ale nie zostały przez ten program globalnie zredukowane (sfalsyfikowane). Innymi słowy, choć moc eksplanacyjna programów przegranych jest mniejsza, każdy z nich opisuje (wyjaśnia) jakąś dziedzinę zjawisk z uniwersum badanego w danej dyscyplinie lepiej niż program zaawansowany. Programy te nazywam „programami zapóźnionymi”.

3. W sytuacji, gdy w danej dziedzinie istnieje kilka porównywalnych w mocy eksplanacyjnej programów, mamy do czynienia z klasyczną fazą paradygmatyczną – w rozumieniu Kuhnowskim.

³² H. Zandvoort, *op. cit.*, s. 63 i n.

³³ R. Egiert, *op. cit.*, s. 113.

³⁴ Patrz przyp. 26.

4. Program zamknięty wyłaniany jest w drodze kompromisu zwolenników wszystkich programów badawczych. Kompromis polega na wyborze fragmentu zaawansowanego programu badawczego, który jest uznawany za akceptowalny dla konkurencyjnych programów. Przez akceptowalność rozumiem tu fakt, iż większość tez programu zamkniętego jest prawdziwa na gruncie każdego z programów zapóźnionych³⁵.

5. Język (siatka pojęciowa), w którym formułowany jest program zamknięty, wyłaniany jest także w drodze kompromisu. Za kryterium kompromisu przyjmuję to, że pozwala on na skonstruowanie języka, którego terminy poddają się eksplikacji w językach wszystkich programów (zaawansowanego i zapóźnionych) danej dyscypliny. Duży wpływ na przebieg tego procesu ma specyfika danej dyscypliny, doświadczenia pokoleń badaczy w konstruowaniu siatek pojęciowych, przyzwyczajenia, a zapewne również mody intelektualne.

6. Program zamknięty musi być na tyle obszerny, by wyjaśniał z pewnym przybliżeniem kluczowe problemy danej dyscypliny³⁶.

Przydatność danego programu zamkniętego określana jest przez pryzmat programu zaawansowanego. Oznacza to, że stopień adekwatności wyjaśniania przez program zamknięty zjawisk badanych w danej dyscyplinie uznaje się, na gruncie programu zaawansowanego danej dyscypliny, za satysfakcjonujący dla potrzeb integracji wewnątrzdzyscyplinarnej i interdyscyplinarnej.

5. Czy polska teoria wykładni prawa osiągnęła fazę postparadygmatyczną?

Czy na obecnym etapie rozwoju polskich koncepcji wykładni prawa można mówić o wyłonieniu się programu zaawansowanego? Jeśli odpowiedź jest twierdząca, to drugie pytanie brzmi: czy taki program formułowany jest *explicite*, czy tylko zakładany lub postulowany? Punktem wyjścia musi tu być refleksja nad stanem zaawansowania polskich badań nad wykładnią prawa. Możliwe są tu, w terminologii Kuhna, trzy możliwości. Polska refleksja nad wykładnią prawa jest:

- 1) w fazie przedparadygmatycznej albo
- 2) w fazie paradygmatycznej albo
- 3) w fazie postparadygmatycznej.

Pierwszą możliwość odrzucam. *Prima facie* całkiem przekonującym argumentem jest mnogość i zaawansowanie (także w skali światowej) rozmaitych, czasami bardzo się różniących, polskich koncepcji wykładni. Pozwala

³⁵ Ściśle rzecz ujmując, przez akceptowalność rozumieć także należy sytuację, gdy dana teza programu zamkniętego pozostaje poza zakresem wyjaśniania danego programu zapóźnionego.

³⁶ Przy innych założeniach analogiczny problem zauważył Jerzy Wróblewski, gdy starając się zdefiniować pojęcie systemu danej nauki postulował, by obejmował on „w dostatecznym stopniu odpowiedzi na kluczowe pytania historycznie ukształtowanej problematyki w danej dziedzinie” (J. Wróblewski, *Postawa filozoficzna...*, s. 65, 78).

to postawić jako roboczą hipotezę, iż polska refleksja nad wykładnią prawa doprowadziła do wypracowania co najmniej kilku programów w ścisłym, Lakatosowskim sensie (paradygmatów w terminologii Kuhna). Powstaje problem zidentyfikowania na gruncie prawoznawstwa analogonu Lakatosowskich programów. Programami nie są poszczególne twierdzenia czy nawet koncepcje, ale ciągi koncepcji rozwijające idee oparte na twardym rdzeniu – zgodnie z porządkiem dyktowanym heurystyką pozytywną. Wypada chwilę zastanowić się nad problemem, na jakim poziomie uabstrakcyjnienia lokować „twarde rdzenie” koncepcji wykładni prawa. Nie jest to pytanie łatwe. Lakatos zauważył: „Twarde rdzeń programu nie wyłania się faktycznie w pełni uzbrojony, niczym Atena z głowy Zeusa. Rozwija się powoli, w trakcie długiego, przygotowawczego procesu prób i błędów”³⁷. W tym sensie rdzeniami programów byłyby kompleksy – w praktyce o trudnych do precyzyjnego wyznaczenia granicach – tez ogólnych koncepcji teoretycznoprawnych, z czasem konkretyzowane i generujące, początkowo mniej rozbudowane, z czasem coraz bardziej normatywne koncepcje wykładni prawa. Przyjmując, cokolwiek arbitralnie, iż „twardymi rdzeniami” mogą być opisowe koncepcje wykładni, niekoniecznie zupełne, zawierające (przynajmniej *implicite*) przekonujący wykład heurystyki negatywnej – czyli wskazanie na twierdzenia uznawane za „istotę” rozumienia procesu wykładni – byłyby to na polskim gruncie koncepcje (wskazywane, bardziej hasłowo niż dla akuratności historycznej, nazwiskami czołowych propagatorów):

- Jerzego Wróblewskiego i Wiesława Langa,
- Zygmunta Ziemińskiego i Macieja Zielińskiego,
- Kazimierza Opałka i Jana Woleńskiego,
- Józefa Nowackiego,
- Franciszka Studnickiego,
- Marka Zirk-Sadowskiego,
- Jerzego Stelmacha i Bartosza Brożka,
- Lecha Morawskiego,
- Wojciecha Patryasa,
- Marcina Matczaka.

Łatwo zauważyć, że istnieją olbrzymie dysproporcje w zaawansowaniu i uszczegółowieniu badań w poszczególnych programach. Najbardziej rozwinięte są programy bazujące na koncepcjach teoretycznych wskazanych w dwóch pierwszych punktach. Można zaryzykować twierdzenie, że poza pierwszymi dwoma pozostałe „rdzenie” teoretyczne nie doprowadziły, jak na razie, do ufundowania rozwiniętych programów, kulminujących w sformułowaniu pełnych, opisowo-normatywnych, zoperacjonalizowanych koncepcji wykładni. To, co w języku Lakatosy zwie się „programem badawczym”, jest łańcuchem koncepcji wyrastających z jednego rdzenia teoretycznego, połączonych relacjami konkretyzacji

³⁷ I. Lakatos, *op. cit.*, s. 74, przyp. 163.

i redukcji³⁸. Spójrzmy pod tym kątem na koncepcję derywacyjną. Koncepcja derywacyjna nie może być uznana za jednorodny program, jako że w toku rozwoju obrosła już w koncepcje cząstkowo rozwijające i modyfikujące twardy rdzeń teoretyczny. Przykładowo, wymienić tu można pracę Roberta Piszki, Olgierda Boguckiego, a także Leszka Leszczyńskiego, którego walidacyjno-derywacyjna koncepcja wykładni może być zinterpretowana jako, w pewnym zakresie, cząstkowa konkretyzacja koncepcji derywacyjnej, a w pewnym zakresie – jako jej poszerzenie. Po zrekonstruowaniu twardego rdzenia koncepcji derywacyjnej oraz zbioru tez pomocniczych („pasa ochronnego”) należałoby zbadać, czy ewidencja empiryczna „przebija” się przez pas ochronny i prowadzi do potwierdzenia, względnie do falsyfikacji koncepcji derywacyjnej.

W dalszych uwagach będę abstrahować od rzeczowych problemów łączących się z taką rekonstrukcją i skupię się na problemach metodologicznych. W płaszczyźnie metodologicznej istotne znaczenie ma odpowiedź na pytanie, czy mamy już do czynienia z fazą postparadygmatyczną. Jej wyróżnikiem jest „finalizacja” (w terminologii metodologów ze Starnbergu), czyli wyczerpanie wszystkich istotnych pól eksplanacji i przeorientowanie się na dostarczanie odpowiedzi na praktyczne problemy życia społecznego (politycznego). Prowadzone w ośrodku szczecińskim badania nad praktykami interpretacyjnymi organów stosujących prawo wydają się pokazywać, że siła eksplanacyjna koncepcji derywacyjnej jest duża. Nie oznacza to jednak, że program bazujący na koncepcji derywacyjnej okazał się już „zwycięski” (w Lakatosowskim sensie). Koncepcja derywacyjna w aktualnym kształcie może być zinterpretowana jako koncepcja idealizacyjna o licznych, częściowo tylko sformułowanych założeniach idealizujących. Pełna weryfikacja empiryczna jest możliwa tylko po sformułowaniu precyzyjnych i niekontrowersyjnych kryteriów aproksymacji koncepcji³⁹. Przy wszystkich wskazanych zastrzeżeniach nie budzi, jak sądzę, wątpliwości stwierdzenie, że pozycja koncepcji derywacyjnej jest mocna – jest to obecnie twardy rdzeń programu zaawansowanego w polskiej refleksji teoretycznej nad wykładnią prawa.

Istnienie programu zaawansowanego w danej dyscyplinie zachodzi, gdy spełniony jest wymóg istnienia programu, który osiągnął „wyróżną przewagę w mocy eksplanacyjnej” (patrz wyżej). Jest to kryterium ocenne, argumentowałem jednak, że tak na gruncie humanistyki można zoperacjonalizować pojęcie

³⁸ Rekonstrukcja związków międzyteoretycznych, jakie łączą wskazane wyżej „twarde rdzenie” polskich programów badawczych w teorii wykładni prawa, a także sposobów rozwijania programów przez tworzenie normatywnych koncepcji wykładni – to temat na osobne monograficzne opracowanie. Przygotowuję pracę poświęconą próbie systematycznej rekonstrukcji związków międzyteoretycznych w nurcie polskich analitycznych koncepcji wykładni prawa.

³⁹ Koncepcja derywacyjna jest w obecnym sformułowaniu chroniona „pasem ochronnym” założeń *quasi*-aproksymujących. Założenie *quasi*-aproksymujące jest nowym pojęciem, zaproponowanym przeze mnie dla adekwatniejszego opisu ogólnego schematu metodologicznego współczesnych analitycznych koncepcji wykładni. Ideę tę planuję omówić w osobnym tekście.

fazy postparadygmatycznej⁴⁰. Problemem jest to, iż zmiana kryteriów ocennych może (choć oczywiście nie musi) wskazać inny program jako zaawansowany. Założmy, że w danej dyscyplinie zachodzi kontrowersja co do katalogu ocen wyznaczających moc eksplanacyjną, co powoduje, iż co najmniej dwa programy konkurują o miano programu zaawansowanego. Tytułem przykładu rozważmy problem zgodności reguł wykładni z rzeczywistymi praktykami interpretacyjnymi organów stosujących prawo. To, na pozór ściśle empiryczne, kryterium w rzeczywistości bazuje na ocenie preferencyjnej: konieczne jest dookreślenie, czy preferujemy w wyznaczaniu mocy eksplanacyjnej koncepcji egzemplifikacje zebrane z praktyki organów niższych instancji, czy z praktyki organów wyższej instancji. Przy zakładanej przeze mnie metafizologii stan ten należy uznawać za tymczasowy – mamy po prostu do czynienia z Kuhnowską fazą paradygmatyczną⁴¹. Można argumentować, że w polskim prawoznawstwie sytuacja ta zachodzi. Na poparcie tej tezy jej zwolennik może wysuwać argumenty trojakiemu rodzajowi:

1. Można przesunąć ciężar dyskusji na wyższy poziom uogólnienia i twierdzić, że koncepcja derywacyjna jest programem zaawansowanym w nurcie koncepcji analitycznych, natomiast koncepcje nurtów hermeneutycznego i argumentacyjnego – w obecnym ich kształcie – posiadają zalety stawiające je wyżej niż koncepcje nurtu analitycznego.

2. Można argumentować, że problemy związane z operacjonalizacją koncepcji derywacyjnej są nieusuniętą jej wadą i, przynajmniej w odniesieniu do praktyk organów niższych instancji, najbardziej adekwatna pozostaje koncepcja klaryfikacyjna⁴².

3. Można wreszcie twierdzić, iż walidacyjno-derywacyjna koncepcja wykładni nie jest rozwinięciem koncepcji derywacyjnej; w takim przypadku koncepcja Leszka Leszczyńskiego byłaby rdzeniem nowego programu i mogłaby konkurować o miano programu zaawansowanego.

Każdy ze wskazanych kontrargumentów wymaga osobnego i szczegółowego omówienia, na co nie pozwalają ramy niniejszego tekstu. Dotychczasowe uwagi prowadzą do dość oczywistej konkluzji, iż wskazanie programu zaawansowanego spośród polskich współczesnych koncepcji wykładni prawa nie

⁴⁰ Nie twierdzą, że jest to jedyna możliwa operacjonalizacja. Przyjęcie innych założeń metafizycznych (przykładowo – anarchizmu metodologicznego Ayera) prowadziłyby do innych konkluzji.

⁴¹ Łatwo zauważyć, że w tradycji myślenia postmodernistycznego znajdujemy ideę przeciwną: wskazywanie programów zaawansowanych jest niecelowe (w silniejszej wersji: niemożliwe). Humanistyka (silniej: nauki społeczne) nie spełnia (silniej: nigdy nie spełnią) kryteriów nakładanych na programy naukowe w naukach przyrodniczych. Ta kontrowersja jest nowym wcieleniem wciąż powracającego sporu naturalizmu z antynaturalizmem. W niniejszej pracy opowiedziałem się za naturalizmem metodologicznym, co zwalnia mnie w tym miejscu od obowiązku kontynuowania polemiki z postmodernistami.

⁴² Tak w: K. Pleszka, *Wykładnia rozszerzająca*, Warszawa 2010.

jest ani niekontrowersyjne, ani nieodwołalne. W konsekwencji także wylanianie programu zamkniętego napotyka na analogiczne trudności. Jednym z kryteriów adekwatności jest dla programu zamkniętego zgodność z tezami programu zaawansowanego. Można więc, odwracając perspektywę, powiedzieć, że każdy program zaawansowany ma potencjał do inicjowania prac nad stworzeniem programu zamkniętego. Jeszcze inaczej rzecz ujmując – programy w danej dyscyplinie zostają zamknięte względem danego programu zaawansowanego.

Nawet gdy przyjmimy, że polska teoria wykładni prawa znajduje się w fazie paradygmatycznej i nie ma jednego, niekwestionowanego programu zaawansowanego, to przy takim stanie dyscypliny model Zandvoorta wskazuje na zalety tego stanu rzeczy. Cechą programów zamkniętych jest bowiem to, iż – metaforycznie – „konkurują” one między sobą o szansę bycia programem dostawczym⁴³. Z drugiej strony, badacz pracujący w programie przewodnim „szuka” programów dostawczych najbardziej mu odpowiadających. Z tego punktu widzenia wielość programów zaawansowanych w danej dyscyplinie, a w konsekwencji wielość różniących się nieraz znacznie programów zamkniętych, może – paradoksalnie – sprzyjać rozwojowi badań interdyscyplinarnych. Przykładu nie trzeba szukać daleko. Twórca koncepcji poziomowej, Ryszard Sarkowicz, w kluczowym punkcie konstrukcji – rozumieniu statusu semiotycznego norm – nie przesadza o wyższości ujęcia lingwistycznego czy nielingwistycznego. W tym zakresie więc koncepcje derywacyjna i semantyczna ekstensjonalna stają się konkurującymi programami dostawczymi dla wyjaśnienia problemów pojawiających się na poziomie dyrektywnym.

Wydaje się, że elementy zakwalifikowane przez szczecińskich teoretyków jako „dobro wspólne” polskich koncepcji wykładni mogłyby aspirować do miana programu zamkniętego. Byłby to program zamknięty względem derywacyjnej koncepcji wykładni prawa. Zastanówmy się, na ile droga obrana przez teoretyków szczecińskich odpowiada naszkiemowanemu wyżej modelowi tworzenia programu zamkniętego.

Pierwszy warunek pozytywny sformułowany w artykule programowym teoretyków szczecińskich gwarantuje, że tak uwzględnione tezy będą prawdziwe we wszystkich koncepcjach kontrybuujących w budowaniu programu zamkniętego. Drugi warunek pozytywny nie daje takiej gwarancji, gdyż „akceptacja” jest czymś słabszym niż prawdziwość. Jednak, przez odwołanie się do kryterium aprobaty w polskiej kulturze prawnej, można mieć nadzieję, iż spełniony jest warunek, by co najmniej większość tez programu zamkniętego („dobra wspólnego”) była prawdziwa na gruncie wszystkich koncepcji.

Pierwszy argument negatywny parafrazuję jako przypadek refutacji danej koncepcji. Jak już argumentowałem, na gruncie humanistyki trudno spodziewać się, żeby koncepcja została wprost refutowana empirycznie. Na tym

⁴³ H. Zandvoort, *op. cit.*, s. 64 i n.; por. R. Egiert, *op. cit.*, s. 111.

samym stanowisku stoją, jak sędzę, teoretycy szczecińscy, gdy piszą o „krytyce płynącej z różnych źródeł”. W takim przypadku owe krytykowane koncepcje „nie przeczą wytworzeniu się dobra wspólnego w odpowiednim zakresie”, czyli – ujmując rzecz w stosowanej przeze mnie siatce pojęciowej – nie są dopuszczane do wypracowywania kompromisu.

Drugi argument negatywny jest najbardziej kontrowersyjny. Widzę dwie diametralnie odmienne możliwości sparafrazowania go w założonej siatce pojęciowej. Po pierwsze, można uznać, że pod pojęciem „głównego nurtu” rozumie się swoistą ortodoksję naukową, podczas gdy pozostałe, heterodoksyjne koncepcje skazane są na marginalizację i trwałe wyłączenie z możliwości uczestniczenia we współtworzeniu programu zamkniętego. Przy takim ujęciu nie ma możliwości włączenia heterodoksyjnych koncepcji do głównego nurtu, a jedyną ich szansą jest, po prostu, zwycięstwo z paradygmatem głównego nurtu i zajęcie jego miejsca. W drugiej interpretacji wykluczenie radykalnie odmiennych koncepcji z kompromisu wynika z niemożności zrekonstruowania (wyeksplikowania) też budowanego programu zamkniętego w językach zbudowanych na radykalnie odmiennych założeniach filozoficznych i metodologicznych. W tym przypadku kryterium wykluczenia z budowania kompromisu nie jest trwałe i wraz z postępem w budowaniu (meta)języków, pozwalających na eksplikowanie też dotychczas nieprzenikliwych koncepcji, takie koncepcje zaczną kiedyś partycypować w budowie programu zamkniętego (o ile, rzecz jasna, nie zostaną z niego wykluczone na mocy pierwszego kryterium negatywnego).

Trudno, co prawda, rzecz przesądzać, niemniej dla potrzeb dalszej analizy przyjmę drugą interpretację⁴⁴. W ten sposób nie wyklucza się, przykładowo, koncepcji argumentacyjnych propagowanych przez Lecha Morawskiego, który często neguje tezy wypracowywane w głównym nurcie polskich analiz teoretycznoprawnych, stara się jednak precyzyjnie eksplikować negowane tezy we własnej aparaturze pojęciowej. O ile uzna się więc, że koncepcje argumentacyjne posiadają, przynajmniej w pewnych zakresach, przewagę eksplanacyjną nad koncepcjami głównego nurtu (zgodnie z definicją programów zapóźnionych), nie widzę powodu, by miały być wykluczane *a limine* z partycypacji w wyłanianiu programu zamkniętego. W pełni analogicznie można argumentować za uwzględnieniem (bądź odrzuceniem) dorobku koncepcji hermeneutycznych.

⁴⁴ Por. uwagę teoretyków szczecińskich dotyczącą nurtu argumentacyjnego w koncepcjach wykładni: o ile koncepcje głównego nurtu są oparte na rozwiązaniach spójnych i zupełnych, o tyle koncepcje argumentacyjne odwołują się do argumentów funkcjonujących *ad hoc* (M. Zieliński *et al.*, *Zintegrowanie polskich koncepcji...*, s. 38). Problemem są więc nie same różnice w głoszonych tezach obu nurtów, lecz fakt, iż nurt argumentacyjny jest niezupełny, czyli – w mojej parafrazie – nie posiada, póki co, dość bogatego aparatu konceptualnego, by sparafrazować wszystkie tezy programu zaawansowanego. To samo odnosi się *a fortiori* do tych koncepcji, które są jeszcze słabiej rozwinięte (koncepcja komputacyjna Studnickiego, koncepcja wyjaśniania strukturalnego Patryasa).

6. O pewnej (nieco zapomnianej) idei Jerzego Wróblewskiego

Powyższy wywód był parafrazą, a nie rekonstrukcją poglądów teoretyków szczecińskich. Jeśli teoretycy szczecińscy opowiedzą się wprost za pierwszą z interpretacji, wtedy parafraza da wynik negatywny – a „dobro wspólne” okaże się ideą nie dość pojemną, by uznać ją za próbę stworzenia programu zamkniętego polskiej teorii wykładni prawa.

W takim przypadku istnieje możliwość odwołania się do idei wysuniętej przez Jerzego Wróblewskiego, który tworząc podwaliny współczesnej polskiej teorii wykładni prawa w *Zagadnieniach teorii wykładni prawa ludowego* (1959), zadał pytanie:

[C]zy nie można by jakoś wydzielić znaczenia normy ustalanej na podstawie dyrektyw interpretacyjnych wspólnych wszystkim normatywnym teoriom wykładni [...]? Wyodrębnienie takiej grupy dyrektyw interpretacyjnych mogłoby pozwolić na ustalenie grupy znaczeń, której by nie kwestionowała żadna normatywna teoria wykładni⁴⁵.

Dyrektywy wspólne wszystkim koncepcjom normatywnym Wróblewski nazwał „W-dyrektywami”. W dalszej analizie zwrócił uwagę na to, że zbiór W-dyrektyw, nawet przy zastosowaniu najbardziej liberalnego pojęcia „wspólności”, jest niewystarczający w obrocie prawnym i wskazał, że materializm dialektyczny i historyczny nie jest jedyną możliwą podstawą filozoficzną do wyznaczania owego zbioru. Wydaje się, iż pojawiające się w cytowanej pracy przykłady dyrektyw były, w zamyśle autora, takimi W-dyrektywami polskiej (ówczesnej) teorii wykładni prawa.

Jest paradoksem historii, że osobą, która – metaforycznie – pogrzebała możliwość wykorzystania idei W-dyrektyw jest sam Wróblewski. W późniejszych dziełach, pisanych już w dużym stopniu w ogniu polemik z tezami koncepcji derywacyjnej, zaczął formułować uszczegółowione dyrektywy koncepcji klaryfikacyjnej, rezygnując tym samym z czysto opisowego poziomu analizy, na jakim rozpoczynał dociekania naukowe⁴⁶. W efekcie idea W-dyrektyw nie stała się programem zamkniętym (integrującym) polskiej teorii wykładni prawa. Stała się natomiast rdzeniem koncepcji klaryfikacyjnej, która przez wiele lat była programem zaawansowanym polskiej teorii wykładni prawa.

7. Program zamknięty a postawa filozoficzna

Zastanówmy się, jak należy wyeksplikować w naszkicowanej koncepcji problem relacji teorii prawa do filozofii prawa. Argumentowałem wyżej, że idea związków międzyteoretycznych już sama zakłada postawę filozoficzną. Rodzi się pytanie: czy postawa filozoficzna jest „dziedziczona” przez powstający program zamknięty?

⁴⁵ J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, Warszawa 1959, s. 415.

⁴⁶ Por. M. Zirk-Sadowski, M. Zieliński, *op. cit.*, s. 106 – gdzie wskazuje się, że ewolucja ta zaszła niejako wbrew woli Wróblewskiego, pod wpływem oczekiwań praktyki obrotu prawnego.

Zauważmy najpierw, że jeśli ograniczymy pytanie do relacji przyporządkowania, odpowiedź twierdząca jest oczywista. Jan Woleński argumentował za istnieniem „konsekwencji interpretacyjnej”, która jest swoistym korelatem relacji przyporządkowania i sprawia, iż konsekwencje (przykładowo: konsekwencje teoretycznoprawne) tez filozoficznych „dziedziczą” interpretację filozoficzną tez wyjściowych⁴⁷. Jest to zarazem relacja słabsza niż rozpatrywana przez Jerzego Wróblewskiego relacja wynikania logicznego. Wróblewski wskazywał natomiast na istnienie stosunku przyporządkowania alternatywnego, tj. ugruntowania danej koncepcji teoretycznoprawnej poprzez wskazanie związanej z nią rodziny alternatywnych koncepcji lub zbiorów tez filozoficznych⁴⁸. Połączenie obu idei pozwala wysunąć hipotezę, iż „dziedziczeniu” podlega nie jedna dana teza filozoficzna i jej konsekwencje logiczne, lecz zbiór alternatywnych interpretacji. Im obszerniejszy zbiór tez filozoficznych, tym mniejszy zbiór spójnych interpretacji filozoficznych, jaki można mu nadać. Granicznym przypadkiem jest zbiór tez, którym w ogóle nie da się przyporządkować spójnej interpretacji filozoficznej.

Warunki narzucone na procedurę „kompromisowego” uzgadniania treści programu zamkniętego sprawiają, że zachodzi następująca zależność: wszystkie tezy programu zamkniętego da się przyporządkować pewnej rodzinie alternatywnych tez filozoficznych akceptowalnych w programie zaawansowanym. Ta rodzina to zbiór alternatywnych interpretacji filozoficznych obiektów i relacji z uniwersum opisywanego przez program zamknięty⁴⁹. Byłoby kontrowersyjne próbować *in abstracto* opisać zawartość tego zbioru. Względnie niekontrowersyjne jest powiedzieć, że musi on zawierać odpowiedzi na przynajmniej dwa pytania („minimalna treść filozoficzna” w terminologii Woleńskiego)⁵⁰: 1) jaka jest metodologiczna charakterystyka danej dyscypliny?; 2) czym są obiekty badanego uniwersum z ontologicznego punktu widzenia? Zarazem jednak jest tak, iż mogą pojawić się tezy programu zamkniętego, których nie da się przyporządkować jakiegokolwiek tezie filozoficznej akceptowalnej w którymś z programów współtworzących program zamknięty (nazwę ten przypadek niespójnością interpretacji filozoficznej programu zamkniętego). Na gruncie prawoznawstwa typowa wydaje się sytuacja, w której dla danej tezy programu zamkniętego każda z akceptowalnych na gruncie programu zaawansowanego interpretacji filozoficznych jest również akceptowalna (należy do rodziny alternatywnych interpretacji akceptowalnych) przez większą lub mniejszą liczbę programów współtworzących program zamknięty. Liczebność owych „wspólnych składników” rodzin alternatywnych interpretacji filozoficznych zależy

⁴⁷ J. Woleński, *op. cit.*, s. 20 i n.

⁴⁸ J. Wróblewski, *Postawa filozoficzna...*, s. 79; J. Wróblewski, *Filozoficzne problemy...*, s. 6.

⁴⁹ Inaczej Wróblewski, który relację przyporządkowania określa przy użyciu pojęcia wynikania logicznego *sensu largissimo*. Z takim ujęciem mogę się zgodzić, jeśli owa logika w najszerszym sensie obejmuje procedurę parafrazy wypracowaną w filozofii analitycznej. Pogląd ten, jak sądzę, jest bliski idei „konsekwencji interpretacyjnej” Woleńskiego.

⁵⁰ J. Woleński, *op. cit.*, s. 30.

oczywiście od ukształtowania zawartości programu zamkniętego. Przypominam odnotowany *en passant* fakt, że każdy podzbiór też programu zamkniętego spełnia wszystkie kryteria bycia programem zamkniętym, z wyjątkiem kryterium pełności wyjaśniania dziedziny danej dyscypliny. To ostatnie kryterium jest jednak ocenne i z ważnych powodów może zostać osłabione. Takim ważnym powodem może być chęć zmniejszenia poziomu niespójności interpretacji filozoficznej programu zamkniętego. W dyscyplinach ściśle dyskursywnych można rozważać nałożenie wymogu pełnej spójności interpretacji filozoficznej, choć rodzi się wątpliwość, czy jest on praktycznie osiągalny.

Dla programów zamkniętych prawoznawstwa osiągnięcie pełnej spójności interpretacji filozoficznej jest niewykonalne. Zbyt bogate i niejednorodne są inspiracje filozoficzne, jakie w dziejach dyscypliny zostały w niej zakumulowane i zasymilowane. Można natomiast zaakceptować swoistą zasadę optymalizowania programu zamkniętego o następującej treści:

Zbiór też programu zamkniętego powinien mieć maksymalnie spójną interpretację filozoficzną. W przypadku pojawiania się niespójności kompromis wymaga, by wyważyć, z jednej strony, istotność danej tezy – powodującej niespójność w interpretacji filozoficznej – dla danej dyscypliny i, z drugiej strony, względną „szkodliwość” niespójności dla rozwoju programów biorących współdziałanie w tworzeniu programu zamkniętego. Efektem ważenia może być albo pozostawienie tezy i zaakceptowanie faktu, iż program wiodący jest w tym miejscu niespójny w interpretacji filozoficznej, albo usunięcie danej tezy z programu zamkniętego.

Podane kryterium jest ocenne. Wskazana „szkodliwość” inaczej postrzegana będzie przez teoretyka o postawie filozoficznej, inaczej przez teoretyka o postawie afilozoficznej, a jeszcze inaczej przez dogmatyka⁵¹. Stopień powiązania poszczególnych programów z filozofią może być różny. Wróblewski proponował mierzyć stopień powiązania filozoficznego danej koncepcji obszernością zbioru alternatywnych, dopuszczalnych przyporządkowań. Im liczniejsza rodzina alternatywnych interpretacji filozoficznych, tym dana koncepcja byłaby słabiej zakorzeniona filozoficznie („zdeteminowana filozoficznie”). Granicznym przypadkiem jest postawa afilozoficzna – czyli otwarcie teorii prawa na wszelkie możliwe interpretacje filozoficzne. Posługując się tymi terminami, można powiedzieć, że ewentualny program zamknięty teorii wykładni prawa byłby słabo zdeteminowany filozoficznie – gdyż rodzina alternatywnych interpretacji filozoficznych byłaby, po zsumowaniu, bardzo obszerna. Budowaniu programu zamkniętego sprzyja w tym kontekście postawa afilozoficzna. Wtedy bowiem katalog też programu zamkniętego jest obszerniejszy.

⁵¹ Zagadnienie udziału przedstawicieli dogmatyki w doborze programów zamkniętych spoza dziedzin dogmatycznoprawnych analizuję na przykładzie pracy K. Mularskiego, *Czynności podobne do czynności prawnych*, Warszawa 2011, w tekście *Performatywy w prawie cywilnym*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2013, nr 4, s. 922–944.

Osiągnięta konkluzja stawia w nowym świetle ideę integracji zaproponowaną przez teoretyków szczecińskich. Ich programowa postawa afilozoficzna okazuje się mieć głębokie uzasadnienie metodologiczne. Konieczne jednak jest wyraźne oddzielenie płaszczyzn: przedmiotowej i metodologicznej. W płaszczyźnie przedmiotowej osłabianie związków poszczególnych konkurujących programów badawczych z filozofią może być korzystne, natomiast w płaszczyźnie metodologicznej – bardzo utrudnia integrację prawoznawstwa (integrację wewnątrzdiscyplinarną i interdyscyplinarną).

8. Integracja wewnątrzdiscyplinarna

Podstawowa różnica pomiędzy ujęciem teoretyków szczecińskich a ujęciem tu przedstawianym polega na celu, dla osiągnięcia którego postuluje się integrację koncepcji wykładni. Dla teoretyków szczecińskich celem jest ukształtowanie się jednej, wspólnej „polskiej zintegrowanej koncepcji wykładni prawa”⁵². Taki jest ideał nauk eksperymentalnych, już jednak argumentowałem, że na gruncie humanistyki i mniej zaawansowanych nauk społecznych wydaje się to nieosiągalne. Autonomicznym celem teoretyków szczecińskich jest, w tym ujęciu, dążenie do tego, by odpowiednio rozbudowywana i wysubtelniana koncepcja derywacyjna zwyciężyła – została powszechnie uznana za wykładnię prawa opisującą najbliższą prawdę. Innymi słowy, celem jest stworzenie jednego, niekwestionowanego programu zaawansowanego.

Inaczej rysuje się cel programu zamkniętego w modelach Zandvoorta. Celem tym nie ma być uwieńczenie i zakończenie rozwoju danej dyscypliny, bowiem ten odbywa się bez końca, zgodnie z Popperowskimi (Lakatosowskimi) prawidłami rozwoju nauki. Celem jest finalizacja rozumiana jako otwarcie programów naukowych na kooperację interdyscyplinarną. Za dziedzinę mogącą dostarczyć największą liczbę nowych wyzwań uważa Zandvoort nauki społeczne. Program zamknięty ma służyć jako narzędzie integracji danej dyscypliny z innymi, pokrewnymi dyscyplinami naukowymi (integracja zewnętrzna). W szerszym ujęciu program zamknięty może służyć także jako czynnik integrujący subdyscypliny w obrębie jednej sfragmentaryzowanej dziedziny nauki (integracja wewnętrzna).

Wyłonienie programu zamkniętego byłoby ważnym impulsem dla zintegrowania dorobku dogmatyk i teorii prawa. Przedstawiciele dyscyplin dogmatycznych sięgają do dorobku teoretyków. Najczęściej jest to praca aplikacyjna – stosowanie konstrukcji teoretycznych wprost lub w postaci skonkretyzowanej. Sporadycznie pojawiają się prace dogmatyków, które twórczo rozwijają koncepcje teoretyczne⁵³ oraz prace teoretyków, które rozwijają określone problemy doktrynalne. Dominuje jednak postawa „ateoretyczna”. Nie oznacza

⁵² M. Zieliński *et al.*, *Zintegrowanie polskich koncepcji...*, s. 39.

⁵³ Przykładowo, praca K. Mularskiego przywołana w przyp. 51.

to całkowitego pomijania problematyki teoretycznej – jest to niemożliwe. Chodzi o izolowanie się dogmatyk od dorobku ogólnoteoretycznego i wypracowywanie teorii lokalnego zasięgu – wystarczających dla potrzeb danej dogmatyki. Dogmatycy korzystający z dorobku teorii zauważają negatywne konsekwencje takiego stanu rzeczy:

Korzystanie z osiągnięć ogólnej teorii prawa jest również i w cywilistyce związane z koniecznością dążenia do takiego rozwiązywania jej swoistych problemów, które nie tylko znajdują zastosowanie w odniesieniu bezpośrednio do niej, lecz ponadto korespondują z innymi fragmentami prawoznawstwa⁵⁴.

Wyłonienie spośród koncepcji wykładni programu zamkniętego mogłoby ożywić współpracę dogmatyków z teoretykami. Programami wiodącymi byłyby koncepcje (systemy) opracowywane przez dogmatyków. Warto pod tym kątem przyrzeć się *Systemowi prawa prywatnego*, opracowywanemu przez zespół pod kierunkiem Zbigniewa Radwańskiego i sformułowanej w jego ramach koncepcji wykładni prawa cywilnego. Koncepcja wykładni prawa cywilnego opiera się, według autorów, na „dobru wspólnym” polskich koncepcji wykładni prawa, antycypując większość tez późniejszego o dwa lata tekstu programowego teoretyków szczecińskich. W praktyce zaadaptowano skonkretyzowaną wersję koncepcji derywacyjnej. Konkretyzacje wynikają, po pierwsze, z faktu specyfiki prawa cywilnego, w którym ważną rolę odgrywają bardziej szczegółowe reguły pomijane w ogólnych koncepcjach wykładni⁵⁵ oraz, po drugie, z bardziej praktycznego nastawienia autorów, którzy na obszarze stosowania prawa cywilnego, zwłaszcza przez organy niższej instancji, dostrzegają możliwość użycia silniejszych dyrektyw optymalizujących proces wykładni⁵⁶. Tak skonkretyzowana wersja koncepcji derywacyjnej nie jest programem zamkniętym. Spośród podanych kryteriów adekwatności spełnia trzy:

- wszystkie jej twierdzenia są prawdziwe na gruncie koncepcji derywacyjnej,
- stopień adekwatności wyjaśniania praktyk interpretacyjnych uznaje się, zgodnie z kryteriami akceptowanymi przez koncepcję derywacyjną, za satysfakcjonujący dla potrzeb integracji cywilistyki z innymi dziedzinami prawoznawstwa,

⁵⁴ Z. Radwański, M. Zieliński, *Stosowanie i wykładnia...*, s. 392–393.

⁵⁵ Taką regułą jest, przykładowo, reguła drugiego stopnia, która każe w toku wykładni preferować taki jej kierunek, który zapewnia normom merytorycznym sankcję (Z. Radwański, M. Zieliński, *Stosowanie i wykładnia...*, s. 403). Można by uzupełnić algorytm koncepcji derywacyjnej o stosowną dyrektywę wykładni systemowej z odpowiednio sformułowanym warunkiem stosowności. Analogicznie można zinterpretować poszerzenie koncepcji derywacyjnej o reguły wykładni prowsólnotowej (ibidem, s. 476 i n.).

⁵⁶ Przykładem takiego skonkretyzowania koncepcji derywacyjnej są uwagi autorów o zakresie operacjonalizacji wykładni terminów wieloznacznych (ibidem, s. 465 i n.).

– koncepcja naszkicowana przez Radwańskiego i Zielińskiego w akceptowalnym przybliżeniu wyjaśnia kluczowe problemy interpretacyjne pojawiające się w cywilistyce.

Natomiast można wysuwać zasadne wątpliwości co do spełnienia dwóch kryteriów:

– nie wiadomo, czy wszystkie tezy koncepcji Radwańskiego i Zielińskiego są wyrażalne, po stosownych eksplikacjach, w językach wszystkich programów zapóźnionych (na gruncie rozważań o wykładni prawa cywilnego),

– nie wiadomo, czy większość tez koncepcji Radwańskiego i Zielińskiego jest prawdziwa na gruncie każdego z programów zapóźnionych.

Przyjęcie przez autorów za podstawę *Systemu* pewnej wersji koncepcji derywacyjnej ma zalety. Z perspektywy teoretycznej jest to ważne potwierdzenie dużej mocy eksplanacyjnej koncepcji derywacyjnej, czyli – innymi słowy – uprawdopodobnienie supozycji, iż jest to obecnie twardy rdzeń programu zaawansowanego. Z perspektywy cywilistyki zapewnia to dużą i rzadko spotykaną spójność założeń teoretycznych, którą charakteryzowały się wcześniejsze prace Radwańskiego, systematycznie nawiązujące do dorobku poznańskiej szkoły teorii prawa. Ma to jednak i wady. Silne zakorzenienie koncepcji w założeniach filozoficznych i metodologicznych utrudnia integrację cywilistyki z dogmatykami, które nie przyjęły takich założeń. Ograniczenie założeń filozoficznych i metodologicznych przez skorzystanie z programu zamkniętego dałoby *Systemowi* większy potencjał integracyjny.

Korzyści integracji wewnątrzdiscyplinarnej byłyby dwojakiego rodzaju: heurystyczne i teoretyczne. Korzyści heurystyczne to, posługując się metaforą Kazimierza Opałka, wskazywanie na „problematykę leżącą odłogiem” w dogmatykach. Korzyści teoretyczne to wskazany przez Radwańskiego i Zielińskiego ideał korespondowania tez formułowanych w poszczególnych dogmatykach. Przewaga programu zamkniętego nad programem zaawansowanym w pierwszym przypadku polegałaby na podaniu kryterium mierzenia „zapóźnienia” dogmatyk. Program zamknięty można bowiem interpretować jako minimalny katalog problemów interpretacyjnych, z którymi powinny radzić sobie dogmatyki poszczególnych gałęzi prawa. Zauważmy, że korzyści są obopólne. Wyłonienie programu zamkniętego osłabia zarzut, iż koncepcje wykładni „faworyzują” wybrane dogmatyki, zapoznając problemy interpretacyjne pojawiające się w pozostałych dogmatykach. W drugim przypadku program zamknięty daje większe szanse na uwspólnienie siatki pojęciowej. Język teorii wykładni prawa jako całość kształtuje się w ciągłych interakcjach z ideami płynącymi z dogmatyk. W efekcie poszczególne programy, w tym program zaawansowany, dziedziczą struktury pojęciowe dogmatyk – a są to oczywiście struktury różne. Sposób wyłaniania programu zamkniętego gwarantuje, że każda dogmatyka, niezależnie od filiacji teoretycznych, jakie się historycznie w jej obrębie ukształtowały, będzie mogła – po stosownych eksplikacjach i parafrazach – skorzystać z siatki pojęciowej programu zamkniętego.

9. Badania interdyscyplinarne: teoria wykładni prawa jako dyscyplina generująca programy wiodące

Model Zandvoorta jest pomyślany jako opisujący badania interdyscyplinarne. Trzeba rozważyć dwie sytuacje: pierwszą, gdy prawoznawstwo generuje programy wiodące oraz drugą, gdy prawodawstwo generuje programy dostawcze. Zastanówmy się nad sytuacją pierwszą. Ten problem – wyrażony w odmiennej siatce pojęciowej – został opisany przez Kazimierza Opałka, który wskazał na trzy zasadnicze korzyści płynące z wykorzystywania przez wiodący program prawoznawczy osiągnięć dyscyplin pozaprawnych⁵⁷:

- 1) „podjęcie problematyki poprzednio zupełnie leżącej odłogiem”,
- 2) „bardziej kompetentne traktowanie problemów”,
- 3) „umocnienie więzi” prawoznawstwa z innymi dyscyplinami.

Parafraza tych tez w modelu Zandvoorta prowadzi do interesujących wniosków.

Ad 1) Wykorzystywanie programów dostawczych w prawoznawstwie prowadzi do poszerzenia pól eksplanacji. Niezbędne do tego jest jednak zainicjowanie badań, czyli – w terminologii Zandvoorta – wygenerowanie problemu wymagającego do rozwiązania narzędzi spoza prawoznawstwa. Jeżeli przez „leżenie odłogiem” rozumie się brak narzędzi do rozwiązywania problemów, to parafraza tezy Opałka jest pozytywna. Jeśli jednak rozumieć przez to brak zainteresowania prawników daną problematyką – parafraza jest negatywna. W takim przypadku bowiem trzeba by przyjąć, że Opałek traktuje prawoznawstwo jako dyscyplinę, która uległa finalizacji, czego konsekwencją byłoby szukanie – rozumiane jak u metodologów ze Starnbergu – problemów naukowych poza ściśle rozumianą nauką, a konkretnie w życiu społecznym i politycznym⁵⁸.

Ad 2) Model Zandvoorta wyjaśnia mechanizm poszerzania kompetencji prawników podejmujących badania interdyscyplinarne. Odpowiednie kompetencje są niezbędne do tego, by trafnie postawić problem oraz by wybrać najlepszy spośród konkurujących programów dostawczych, dajmy na to, z dziedziny psychologii, socjologii czy ekonomii.

Ad 3) Model Zandvoorta ukazuje ideał nauki jako struktury interaktywnej. Włączenie prawoznawstwa do rodziny dyscyplin generujących programy wiodące sytuuje tę dyscyplinę pośród wielu innych „szacownych” dyscyplin humanistycznych. Zarazem jest czynnikiem wymuszającym rozwój prawoznawstwa, które stale musi konkurować z innymi dyscyplinami (w pierwszej kolejności z socjologią) jako dostarczyciel atrakcyjnych poznawczo programów wiodących.

⁵⁷ K. Opałek, *Interdyscyplinarne związki prawoznawstwa*, „Studia Filozoficzne” 1985, nr 2–3, s. 21–22.

⁵⁸ Druga z podanych interpretacji to po prostu najkrótsza możliwa parafraza tych poglądów, które odmawiają aktualnie uprawianemu prawoznawstwu charakteru naukowości.

W tym kontekście można sparafrazować opisywany przez Opaleka program przekształcenia prawoznawstwa w empiryczną socjologię prawa jako „przegraną” prawoznawstwa klasycznego, to jest niezdolność tegoż do generowania programów wiodących⁵⁹.

Modele Zandvoorta wskazują również na pewne „niebezpieczeństwo”. Rozważmy sytuację, gdy programem wiodącym jest pewna koncepcja teoretycznoprawna. Dziedziną jest jakiś fragment zjawisk prawnych. Nasza hipotetyczna koncepcja teoretycznoprawna napotyka na trudności w wyjaśnieniu pewnych faktów. Przyjmijmy, że ma trudności w wyjaśnieniu subdziedzin zjawisk określanych jako „płaszczyzna psychologiczna”. W tym przypadku naturalne jest skorzystanie z programu dostawczego – pewnej zamkniętej koncepcji psychologicznej, która potrafi wyjaśnić, czy przynajmniej lepiej skonceptualizować, ową subdziedzinę psychologiczną zjawisk prawnych. W modelu Zandvoorta dokonuje się więc lokalna redukcja koncepcji teoretycznoprawnej. Taką procedurę można kontynuować i wskazać kolejną subdziedzinę, której koncepcja teoretycznoprawna nie potrafi należycie wyjaśnić. Efektem tego może być dokonanie kolejnej lokalnej redukcji koncepcji teoretycznoprawnej. Rodzi się tu pytanie: czy na gruncie modelu Zandvoorta możliwe jest opisanie prawoznawstwa jako dyscypliny, która może w przyszłości ulec interdyscyplinarnej redukcji globalnej? Kazimierz Opalek stanowczo udziela odpowiedzi negatywnej:

[P]rowadzi to [...] do stawiania, pod płaszczykiem współpracy z nauką prawa, w gruncie rzeczy problemów, hipotez i twierdzeń relewantnych w danej pozaprawnej dziedzinie, ale nie w prawie. Jednym słowem, mamy tu do czynienia z szeroko występującym zjawiskiem nieadekwatności ujęć integracyjnych w stosunku do prawa, z traceniem z oczu swoistości prawa i prawoznawstwa⁶⁰.

„Swoistość prawa i prawoznawstwa” parafrazuję jako wyraz przeświadczenia o globalnej nieredukowalności naukowych programów prawoznawczych. Opalek odróżnił bezpośrednio oraz pochodne „przedmioty prawne”⁶¹. Konsekwencją tego jest twierdzenie, iż „głównym i bezpośrednim przedmiotem, polem integracji [nauk prawnych – dop. M Z.] będzie problematyka normy prawnej”. Dziedzinami pobocznymi natomiast byłyby psychologia, socjologia, problematyka związków prawa z ekonomią, aksjologia prawa oraz historia prawa. Opalek przewidywał, że w integracji głównej wiodącą rolę będą odgrywać prawnicy, podczas gdy w integracji pobocznej – przedstawiciele dyscyplin nieprawniczych. W modelu Zandvoorta można sparafrazować tę ideę tak: w dziedzinie badań nad normami prawnymi (płaszczyzna logiczno-językowa) prawoznawstwo będzie pozostawać dyscypliną generującą programy wiodące.

⁵⁹ K. Opalek, *op. cit.*, s. 20.

⁶⁰ *Ibidem*, s. 25.

⁶¹ *Ibidem*, s. 26 i n.

W obszarze pozostałych płaszczyzn badania prawa można się spodziewać, że prawoznawstwo odgrywać będzie rolę dostawcy programów zamkniętych („prawniczego punktu widzenia” w terminologii Opałka).

10. Badania interdyscyplinarne: teoria wykładni prawa jako dyscyplina generująca programy dostawcze

Zastanówmy się nad sytuacją, gdy do prawoznawstwa zgłasza się zapotrzebowanie na program dostawczy. W ujęciu Opałka taka sytuacja rodzi niebezpieczeństwo:

[K]oncentracja wysiłków na pewnej pozaprawnej dyscyplinie oznaczać może odwrócenie proporcji zainteresowań i wkładu pracy, a w efekcie przeobrażenie się prawnika w logika, filozofa czy socjologa. [...] W takim zaś przypadku dany naukowiec jest już stracony dla prawoznawstwa i poczynań integracyjnych⁶².

Na gruncie modelu Zandvoorta takie obiekcje są nieuprawnione. Po pierwsze, model abstrahuje od zainteresowań i samookreślenia się przez naukowców – modelowaniu poddaje się programy naukowe, w dzisiejszych czasach najczęściej rozwijane przez zespoły badawcze. Po drugie, odgrywanie przez program prawoznawczy roli programu dostawczego oznacza, że wysiłek integracyjny będzie spoczywać na przedstawicielu dyscypliny nieprawniczej (formułującej program wiodący). Warto w tym miejscu zauważyć, iż wskazywane przez Opałka „niebezpieczeństwa” zdają się omijać dogmatyków. Prawnicy są poszukiwanymi i cenionymi współpracownikami w interdyscyplinarnych programach o celach praktycznych. Na przykładzie nauk o środowisku pokazuje to Zandvoort. Programy wiodące (dajmy na to, zwalczanie hałasu jako problemu cywilizacyjnego) wymagają współpracy z prawnikami. W tym przypadku są to administratywiści. W omawianym przykładzie jest oczywiste, że ekologowie, względnie przedstawiciele nauk o środowisku życia człowieka, na ogół nie będą sami rozwiązywać problemów prawnych, lecz sformułują problem i posłużą się ustaleniami dogmatyki prawa administracyjnego (która wystąpi tu jako dyscyplina generująca program dostawczy – przykładowo, postulaty *de lege ferenda* odnośnie do prawnych instrumentów zwalczania hałasu).

Widać, że obawy Opałka dotyczą przede wszystkim teorii prawa (i innych ogólnych nauk o prawie)⁶³. Rozważmy wiodący program z dyscypliny nieprawniczej. Może się zdarzyć, że potrzebować on będzie koncepcji do-

⁶² Ibidem, s. 24.

⁶³ Być może jeszcze silniej narażeni na to „niebezpieczeństwo” są przedstawiciele nauk historycznoprawnych. Podać można by przykłady historyków prawa, którzy w toku badań rozszerzali pole zainteresowania na aspekty pozaprawne, tracąc w końcu zainteresowanie problemami *stricto* historycznoprawnymi.

stawczej z dziedziny teorii wykładni prawa. W takim przypadku racjonalne jest w modelach Zandvoorta skorzystanie z programu zamkniętego. Dlaczego tak się dzieje jest oczywiste. Celem lokalnych redukcji przez programy dostawcze jest wzmocnienie mocy eksplanacyjnej programu wiodącego. Osiągnięciu celu nie sprzyja sytuacja, gdy program dostawczy stanowi mocno kontrowersyjna, stale poprawiana i modyfikowana teoria paradygmatyczna. Znacznie lepiej jest ograniczyć się do twardego rdzenia teorii zamkniętej. Za taki rdzeń można by uznać „dobro wspólne” polskich koncepcji wykładni prawa. W praktyce badań interdyscyplinarnych wydaje się to wskazane, a intuicja podpowiada, że tak właśnie w praktyce się dzieje. Gdy, przykładowo, językoznawca czy socjolog chciałby jako projekt dostawczy przyjąć polską koncepcję wykładni prawa, to jest rozsądne, by skorzystał nie z którejś z walczących o miano paradygmatycznej koncepcji – derywacyjnej, semantycznej intensjonalnej czy jakiegokolwiek innej – lecz raczej przyjął twarde rdzeń wspólny tym koncepcjom, czyli owo „dobro wspólne”.

Omówmy krótko dwa przykłady: z językoznawstwa i z historii. W polskim językoznawstwie coraz większym zainteresowaniem cieszą się badania nad językiem prawa. Badacze-językoznawcy stają przed problemem przyjęcia określonych założeń o tekście normatywnym i regułach ich interpretowania na poziomie dyrektywalnym. Możliwe jest wypracowywanie lokalnych, lingwistycznych koncepcji wykładni, jednak zgodnie z ideą Zandvoorta, dobrze rokującą, interdyscyplinarną alternatywą jest zapożyczenie z teorii prawa gotowego programu zamkniętego. W ten sposób, jak można mieć nadzieję, doszłoby nie tylko do zintegrowania dorobku językoznawstwa i prawoznawstwa, lecz także do rozstrzygnięcia kontrowersji wśród konkurujących stanowisk w obrębie lingwistyki prawnej, w szczególności przekładów tekstów aktów normatywnych⁶⁴.

Na gruncie metodologii badań historycznych pojawiają się kontrowersje dotyczące źródeł normatywnych. Metodologowie historii sformułowali szereg wnikliwych uwag na temat osobliwości źródeł normatywnych, a także metod interpretacji takich tekstów⁶⁵. Są to jednak na ogół uwagi abstrahujące od ustaleń teoretycznoprawnych, co siłą rzeczy ogranicza ich przydatność dla nauk historycznoprawnych. I znowu – można przypuszczać, że zapożyczenie gotowego programu zamkniętego pozwoliłoby na wzbogacenie metod badawczych w historii, których przedmiotem byłyby historyczne akty normatywne.

⁶⁴ W Polsce konkurują obecnie dwa programy – iurilingwistyczny (w ośrodku warszawskim) i legilingwistyczny (w ośrodku poznańskim).

⁶⁵ Zob. szerzej: M. Zajęcki, *Presupozycje tekstu jako narzędzie analizy w naukach historycznoprawnych i w teorii prawa*, [w:] P. Orlik, K. Przybyszewski (red.), *Filozofia a sfera publiczna*, Poznań 2012, s. 67–94; M. Zajęcki, *Presupozycje surowe i presupozycje instytucjonalne: próba poszerzenia koncepcji presupozycji tekstu prawnego Marka Smolaka*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2013, z. 2, s. 265–279.

11. Podsumowanie

Modeli Zandvoorta można użyć do parafrazy dwóch znanych dobrze polskiej teorii prawa zjawisk:

- integracji wewnętrznej: w której „dobro wspólne” służy integracji dorobku teorii wykładni prawa z dorobkiem (i potrzebami) dogmatyk,
- integracji zewnętrznej: w której „dobro wspólne” jest programem dostawczym służącym naukom społecznym i humanistyce do rozwiązywania ich specyficznych (nieprawnych) problemów.

Gdy prawoznawstwo generuje programy wiodące, zgodnie z modelami Zandvoorta wywołuje to następujące konsekwencje:

1. Wykorzystywanie nieprawnych programów dostawczych w prawoznawstwie prowadzi do poszerzenia pól eksplanacji prawoznawstwa.

2. Model Zandvoorta wyjaśnia mechanizm poszerzania kompetencji prawników podejmujących badania interdyscyplinarne. Odpowiednie kompetencje są niezbędne do tego, by trafnie postawić problem oraz by wybrać najlepszy spośród konkurujących programów dostawczych.

3. Model Zandvoorta ukazuje ideał nauki jako struktury interaktywnej. Włączenie prawoznawstwa do rodziny dyscyplin generujących programy wiodące sytuuje tę dyscyplinę pośród wielu innych „szacownych” dyscyplin humanistycznych użytecznych dla rozwiązywania problemów życia społecznego.

* * *

Powyższe uwagi są raczej konceptualizacją problemu, niż definitywną odpowiedzią na pytanie o finalizację teorii wykładni prawa. Problem ten został podniesiony przez Stanisława Kaźmierczyka, zdaniem którego dostrzegalne są silne tendencje do ograniczania rozważań do problematyki „wykładni dekodującej”⁶⁶. Gdyby ta tendencja zdominowała polską myśl teoretycznoprawną, można by ten stan sparafrazować jako osiągnięcie fazy postparadygmatycznej – finalizację polskich dyskusji nad teorią wykładni prawa. Tak jednak, jak sądzę, nie jest. Argumenty Kaźmierczyka, który wskazuje na wciąż niewyczerpane pole refleksji nad „wykładnią generującą”, parafrazuję jako wyraz wiary w aktualność sporów o podstawy wykładni prawa, czyli pozostawanie teorii wykładni w fazie niesfinalizowanej.

⁶⁶ S. Kaźmierczyk, *O związku wykładni prawa z teorią prawa*, [w:] A. Choduń, S. Czepita (red.), *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, Szczecin 2010, s. 264 i n.

Autorzy

- | | |
|------------------------------|---|
| Andrzej Bator | – Uniwersytet Wrocławski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Katedra Teorii i Filozofii Prawa |
| Agnieszka Doczekalska | – Akademia Leona Koźmińskiego, Kolegium Prawa, Katedra Teorii i Filozofii Prawa |
| Adam Dyrda | – Uniwersytet Jagielloński, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Teorii Prawa |
| Łukasz Górski | – Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Teorii Prawa i Państwa |
| Przemysław Kaczmarek | – Uniwersytet Wrocławski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Katedra Teorii i Filozofii Prawa |
| Michał Krotoszyński | – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Teorii i Filozofii Prawa |
| Konrad Łuczak | – Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Postępowania Administracyjnego |
| Marcin Matczak | – Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji, Instytut Nauk o Państwie i Prawie, Katedra Filozofii Prawa i Nauki o Państwie |
| Dobrochna Minich | – Uniwersytet Jagielloński, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Teorii Prawa |
| Łukasz Mirocha | – Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Teorii Prawa i Państwa |
| Marcin Pieniążek | – Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Wydział Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych, Katedra Teorii, Filozofii i Polityki Prawa |
| Beata Polanowska-Sygulska | – Uniwersytet Jagielloński, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Teorii Prawa |
| Katarzyna Schmidt-Kwiecińska | – Uniwersytet Wrocławski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Katedra Teorii i Filozofii Prawa |

-
- | | |
|------------------|--|
| Paweł Skuczyński | – Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji, Instytut Nauk o Państwie i Prawie, Katedra Filozofii Prawa i Nauki o Państwie |
| Adam Sulikowski | – Uniwersytet Wrocławski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Katedra Teorii i Filozofii Prawa |
| Paweł Sut | – Uniwersytet Gdański, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Teorii i Filozofii Państwa i Prawa |
| Tomasz Widłak | – Uniwersytet Gdański, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Teorii i Filozofii Państwa i Prawa |
| Maurycy Zajęcki | – Szkoła Wyższa Psychologii Społecznej, Wydział Zamiejscowy w Poznaniu, Instytut Prawa |
| Wojciech Załuski | – Uniwersytet Jagielloński, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Filozofii Prawa i Etyki Prawniczej |

Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego
90-131 Łódź, ul. Lindleya 8
www.wydawnictwo.uni.lodz.pl
e-mail: ksiegarnia@uni.lodz.pl
tel. (42) 665 58 63, faks (42) 665 58 62

Druk i oprawa: Quick Druk