

Wojciech Lamentowicz

Status prawny i dynamika porządku prawnego

JURYSPRUDENCJA

9/2017



WYDAWNICTWO
UNIWERSYTETU
ŁÓDZKIEGO

Wojciech Lamentowicz

Status prawny i dynamika porządku prawnego



WYDAWNICTWO
UNIwersytetu
ŁÓDZKIEGO

Łódź 2017

REDAKTORZY

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

SEKRETARZ

Robert Krason (Uniwersytet Łódzki)

RADA PROGRAMOWA

Andrzej Bator (Uniwersytet Wrocławski), *Tadeusz Biernat* (Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza 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), *Sylwia Wojtczak* (Uniwersytet Łódzki), *Jerzy Zajadlo* (Uniwersytet Gdański), *Wojciech Żaluski* (Uniwersytet Jagielloński)

RECENZENT

Jerzy Zajadlo

Wojciech Lamentowicz – Wyższa Szkoła Administracji i Biznesu
im. Eugeniusza Kwiatkowskiego w Gdyni

REDAKTOR INICJUJĄCY

Monika Borowczyk

OPRACOWANIE REDAKCYJNE

Danuta Bąk

SKŁAD I ŁAMANIE

AGENT PR

PROJEKT OKŁADKI

Katarzyna Turkowska

Książka powstała w ramach realizacji projektu „Demokratyczna legitymizacja wpływu orzeczeń sądowych na system tworzenia prawa”, nr 2015/19/B/HS5/03114 finansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki

© Copyright by Wojciech Lamentowicz, Łódź 2017

© Copyright for this edition by Uniwersytet Łódzki, Łódź 2017

Wydane przez Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego

Wydanie I. W.08065.17.0.M

Ark. wyd. 12,5; ark. druk. 12,25

ISBN 978-83-8088-677-3

e-ISBN 978-83-8088-745-9

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

Spis treści

Wstęp	7
Rozdział 1. Idee przewodnie	13
1.1. Zarys statusowej teorii porządku prawnego	13
1.2. Status prawny i uznanie: idea splotu normatywno-faktycznego	21
Rozdział 2. Inspiracje	33
2.1. Problem uznania w idealistycznej filozofii niemieckiej: Fichte i Hegel	33
2.2. Niemiecka jurisprudencja o statusie i uznaniu: Ihering i Jellinek	35
2.3. Współczesna myśl filozoficzna i prawna o uznaniu i statusach: Habermas, Honneth, Bruggen	38
2.4. Honor, godność, duma i gniew: tymotejskie problemy w filozofii Petera Sloterdijka	42
2.5. Bourdieu o różnicy, kapitale kulturowym i dominacji symbolicznej	49
Rozdział 3. System prawa i porządek prawny	53
3.1. Emergencja systemu prawa: siedem stopni intensywności istnienia prawa	53
3.2. Koncepcje porządku prawnego	73
3.3. Stabilność i zmienność statusów prawnych: równowaga wewnętrzna i zewnętrzna statusów	79
Rozdział 4. Status prawny w ramach porządku prawnego	87
4.1. Trzy modele stosowania prawa	87
4.2. Idealizacyjne założenia o podmiotach prawa: konieczny warunek istnienia i działania prawa	95
4.3. Style egzekucji prawa i status prawny	106
4.4. Status jako konstytutywny składnik stosunku prawnego	109
4.5. Podstawy legitymizacji władzy i prawa	111
4.6. Zawodowi prawnicy – współtwórcy statusów prawnych	119
4.7. Postawy wobec prawa i rola pamięci w ich reprodukcji	128
4.8. Statusy prawne i instytucjonalne ramy ustroju społecznego	142
4.9. Instytucjonalizacja życia i binarne opozycje w myśleniu	152

Rozdział 5. Statusy prawne we współczesnym świecie	163
5.1. Statusy prawne, bezpieczeństwo prawne i formalna sprawiedliwość	163
5.2. Statusy prawne współczesnego człowieka	167
5.3. Statusy społeczno-prawne grup dyskryminowanych: wyzwanie dla elit władzy i własności	172
5.4. Konkluzje	179
Post scriptum	182
Bibliografia	187

Wstęp

Prawo nie istnieje jako byt niezmienny, w doskonałej postaci, lecz podlega procesowi stawania się, zachodzenia zmian i zanikania. Jest jednym z rodzajów emergencji w życiu społecznym ludzi. Prawo to oparty na dyskursie wielopodmiotowy proces decyzyjny przebiegający z udziałem bardzo licznych osób, spośród których każda występuje w innej roli i ma rozmaity status prawny. Są to ludzie, którzy tworzą przepisy i akty normatywne, ogłaszają je, interpretują przepisy i uznają zwyczaje relewantne współtworząc normy, uzasadniają swe decyzje interpretacyjne, legitymizują przez argumentację ich obowiązywanie, stosują reguły i inne standardy wydając decyzje sądowe i administracyjne oraz – *last but not least* – przestrzegają lub nie przestrzegają w swych zachowaniach tych norm (przy tym mają rozmaite przeżycia psychiczne z tym związane, np. strach przed sankcją, nadzieję na korzyści czy też szacunek dla treści norm), i oczywiście oceniają je, wyrażając aprobatę lub jej brak. Każdy z tych podmiotów dokonuje wyborów uwikłanych w wartości pozaprawne, zwłaszcza moralne i religijne, i dzięki tym krzyżującym się i nakładającym na siebie pasmom decyzji różnych osób dokonuje się emergentny proces stawania się systemu prawa, który osiąga zmienne stopnie intensywności swego istnienia, a także staje się systemem mniej lub bardziej kompletnym i spójnym oraz oddziałuje na inne składniki porządku prawnego. Prawo osiąga cechę systemowości stopniowo i pozostaje systemem tylko w określonym stopniu, bowiem jest w nim także wiele chaotyczności, niejasności, sprzeczności, luk, zachodzą ponadto częste interferencje norm, granice systemu są rozmyte i reguły walidacyjne dość chwiejne.

Porządek prawny szeroko pojmowany zawiera w sobie emergentny system prawa wraz z jego podstawą aksjologiczną, a jednocześnie stanowi całość współtworzącą i dynamizującą system prawa. Całość ta może współtworzyć własne części, ponieważ emergentne całości nie są redukowalne do sumy swych części. Holistyczne myślenie prowadzi od porządku prawnego do pojedynczej normy i jest istotnym uzupełnieniem dominującego redukcjonizmu postulującego myślenie od szczegółu do ogólności, do systemowości. Twierdzenia powyższe są opisowe i częściowo eksplanacyjne, nie są natomiast wyrazem przekonania aksjo-

logicznych. Chcemy pokazać, jak jest i dlaczego właśnie tak jest, a nie jaki powinien być idealny system dobrego prawa w ramach idealnego porządku prawnego.

Książka ta jest pomyślana jako wyzwanie dla licznych twierdzeń ogólnej refleksji nad prawem i życiem społecznym. Stanowi zaproszenie do ponownego przyjrzenia się licznym pojęciom kluczowym dla jurysprudencji. Zarówno w sferze teorii i filozofii prawa, jak i socjologii prawa podejmuję próbę odnowienia zainteresowania statusami prawnymi osób, próbę przywrócenia równoczesności myślenia o uprawnieniach i obowiązkach. Wierzę głęboko, że czas najwyższy docenić problematykę obowiązków w teorii prawa, aby nauki dogmatyczno-prawne – zawsze poważnie zajmujące się obowiązkami – nie były pozbawione ogólnej refleksji, która jest intelektualnym obowiązkiem teorii i filozofii prawa. W polskiej literaturze brakuje książek poświęconych obowiązkowi prawnym i politycznym, które to zagadnienia są obecne w piśmiennictwie anglosaskim, niemieckim i francuskim. Przypominam o tym i robię małe kroki prowadzące ku wypełnieniu tej luki w przyszłości przez rozwiniętą teorię obowiązku i jego podstaw.

Proponuję emergentną koncepcję systemu prawa jako procesu narastania intensywności jego istnienia mierzonego na siedmiostopniowej skali. Emergencja polega na tym, że z elementarnych części, jakimi są normy, wyłania się system prawa jako całość o nowych właściwościach, a ponadto całość ta coraz głębiej zakorzenia się w decyzjach, działaniach, racjach działania i motywacjach podmiotów prawa, zarówno tych, którzy mogą prawo tworzyć lub stosować, jak i tych, którzy mają jedynie obowiązek prawa przestrzegać. Jest to próba kontynuacji niektórych myśli jednego z moich mistrzów, Stanisława Ehrlicha, który w sporach z twardym pozytywizmem i jurysprudencją analityczną rozwijał idee realistyczne w teorii prawa. Idea pluralizmu interesów wyrażanych przez partie polityczne i grupy interesu walczące o wpływ na ośrodki decyzji była podstawową przesłanką myślenia Stanisława Ehrlicha, poza niedługim okresem jego zauroczenia stalinizmem w późnych latach 40. i wczesnych latach 50. minionego stulecia. Ten pluralizm jest obecny także w porządku prawnym i w moim wariacie holistycznego myślenia. Jest to zatem pluralistyczny holizm emergentnych procesów decyzyjnych.

Emergencja dostrzeżona przeze mnie w narodzinach i życiu systemu prawa to niedeklaratywne, poważne potraktowanie starego i rzadko spełnianego postulatu wielopłaszczyznowego badania prawa. Każda z czterech płaszczyzn badania prawa – aksjologiczna, językowo-logiczna, socjologiczna i psychologiczna – pozwala zrozumieć tylko fragment bardziej złożonego procesu emergencji prawa. Jednak wszystkie one traktowane łącznie, choć stosowane po kolei, pozwalają zrozumieć i wyjaśnić całość tego procesu społecznego, jakim jest narastanie intensywności istnienia prawa w życiu społecznym.

Dla badania systemów prawa jako emergentnych, wielopodmiotowych procesów decyzyjnych oraz dla postawienia hipotezy o stopniowości istnienia prawa potrzebne są poza logiką dwuwartościową także logiki wielowartościowe,

takie jak: idee buddyjskiego filozofa Nagardżuny (ok. 150–250 roku), koncepcja logiki trójwartościowej Jana Łukasiewicza (1920 rok) (Łukasiewicz 2011, 13–24)¹, logiki modalne uwzględniające możliwość i konieczność przy ustalaniu rozmaitych stanów w przestrzeniach między prawdą i fałszem (od lat 50. XX wieku), logika Emila Posta, logika rozmyta Lotfi Asker Zadeha².

Drugą istotną propozycją jest idea splotu faktyczno-normatywnego zastosowana do analizy statusów prawnych w bezpośrednim związku ze społecznym uznawaniem tych statusów przez inne podmioty prawa. Celem tego podejścia jest umożliwienie socjologicznego badania statusów prawnych i statusów społecznych, bowiem formy i zakres uznania są relewantne dla obu rodzajów statusów. Ponadto ważne jest pokazanie *strukturalnej interferencji faktów i norm* w sferze statusów i całego porządku prawnego, co wyraża się w koncepcji splotu faktyczno-normatywnego. Uznawanie statusu prawnego konkretnej osoby fizycznej lub prawnej przez inne podmioty prawa jest istotnym i koniecznym dopełnieniem statusu takiej osoby, a więc społeczny *fakt uznania dopełnia normatywność* statusu prawnego. Dla relacji faktów i norm najważniejsza jest pragmatyczna i funkcjonalna interpretacja, a nie analityczne poszukiwanie odpowiedzi na pytanie, czy istnieje tzw. konieczny związek pojęciowy faktyczności i normatywności. Nawet gdyby udało się ustalić, czym jest ów konieczny związek pojęciowy, co wydaje mi się nader wątpliwe, wiedza uzyskana przez szukanie odpowiedzi czysto analitycznej byłaby skromna i w niewielkim stopniu mogłaby przekroczyć sugestywną tezę Georga Jellinka o „normatywnej sile faktyczności”.

Statusy są układami uprawnień i obowiązków podmiotu prawa, a zatem nie ma powodu zakładać, że prawa są bardziej istotne niż obowiązki i że tylko te pierwsze należy brać poważnie, jak twierdził Ronald Dworkin. Pojęcie statusu, niemal zapomniane przez współczesne teorie prawa, jest bardziej adekwatne do realistycznego pojmowania porządku prawnego i emergentnej koncepcji systemowości prawa, ponieważ dostrzega *strukturalny i funkcjonalny związek uprawnień i obowiązków*, pozwala zbadać obie strony medalu, a nie tylko jedną jaśniejszą. W odróżnieniu od teorii urzędowego leninizmu, będącego ideologią państw komunistycznych, nie twierdzą, że wypełnianie obowiązków przez jakiś podmiot jest koniecznym warunkiem korzystania przez ten podmiot z jego uprawnień. Moją intencją jest pokazanie, że w systemach prawa kształtują się takie całości jak statusy i składają się one z uprawnień i obowiązków skutecznych wobec innych podmiotów – także uprawnionych i zobowiązanych jednocześnie, oraz że statusy i instytucje prawne są co najmniej tak samo godne, by poddać je badaniu i interpretacji, jak poszczególne normy prawne. Niewątpliwie istnieją liczne

¹ Inspiracją dla Łukasiewicza było pojęcie „obustronnej możliwości” występujące w logice modalnej Arystotelesa.

² Dobrym wprowadzeniem w świat logik wielowartościowych jest monografia Grzegorza Malinowskiego (Malinowski 2006).

i sensowne teorie normy prawnej, ale nadal nie ma ogólnej teorii statusów i instytucji prawnych, które są z tych norm i określonych faktów zbudowane. Systemy prawa to całości najbardziej złożone i ich dynamika może być wyjaśniana także przez osobliwe właściwości całości mniejszych – jak statusy i instytucje, a także najmniejszych – jak normy wyłaniające się z przepisów stanowionych przez organy państw, z umów między podmiotami o określonych statusach, orzeczeń sądowych, ze zwyczajów i norm moralnych przez nikogo nie stanowionych, ale współtworzących sferę prawnej normatywności w życiu społecznym.

Trzecia propozycja to szeroka koncepcja porządku prawnego powiązana z moją koncepcją ram instytucjonalnych ustroju społecznego. To właśnie porządek prawny tak szeroko określony i powiązany genetycznie z ramami instytucjonalnymi ustroju społecznego pozwala zrozumieć i wyjaśnić, *jak prawo wynurza się z życia społecznego i jak potem działa w tym życiu*, jak jest w nim rzeczywiście obecne. Ważne jest, że system prawa i porządek prawny są tu konceptualizowane *nie przez swój związek z państwem*, lecz z inną systemotwórczą całością, a mianowicie *z ramami instytucjonalnymi całego ustroju społecznego*, które tworzą dynamiczną sieć relacji między władzą publiczną i prywatną a własnością publiczną i prywatną. W tych ramach i w dynamice statusów można zobaczyć systemotwórczą energię wprawiającą w ruch porządki prawne. Taka koncepcja porządku prawnego i ram instytucjonalnych umożliwi częściową deetatyzację samego pojęcia prawa i myślenia o prawie. Ponadto przypomina starą i nadal ważną dystynkcję między publicznym i prywatnym wymiarem życia społecznego oraz wskazuje na doniosłość interakcji między tymi wymiarami i zarazem konieczność zachowania wzajemnej autonomiczności tych wymiarów. Autonomia i interakcje między tym, co publiczne, i tym, co prywatne, to ważny warunek takiego dynamizmu cywilizacyjnego, który nie narusza stabilności ładu instytucjonalnego w społeczeństwie.

Szeroka koncepcja porządku prawnego obejmuje między innymi całokształt stosunków prawnych, zawody prawnicze, style egzekucji prawa, model stosowania prawa oraz postawy wobec prawa. W dziedzinie postaw wobec prawa zwracam uwagę na postawy cyniczno-nihilistyczne i na zasadniczą postawę nieposłuszeństwa obywatelskiego, które to postawy były nieobecne w tradycyjnych typologiach postaw badanych przez polską socjologię prawa.

Dla stosowania prawa i socjologicznej wiedzy o zachowaniach realnych adresatów prawa istotne jest proponowane tu *rozwińnięcie katalogu założeń idealizacyjnych o samych adresatach prawa* przyjmowanych w naukach prawnych. Staram się wykazać, że nie tylko zakładamy powszechną znajomość norm prawa po ich ogłoszeniu, ale także zasadniczą gotowość spełniania tych norm i zdolność adresatów prawa do zachowania wymaganego przez normy prawne. Krótko mówiąc, jursprudencja zakłada, że adresaci prawa znają to prawo, są gotowi go przestrzegać i potrafią zrobić to, czego prawo od nich wymaga.

Także w dziedzinie porządkowania myślenia o *podstawach legitymizacji prawa* zrobiłem wyraźny postęp. Godne uwagi, zwłaszcza dla tych, którzy znają moje wcześniejsze przyczynki do rozumienia problematyki legitymizacji władzy publicznej, jest samo włączenie dyskursu legitymizacyjnego, obok dyskursu prawno-dogmatycznego (modele interpretacji prawa, założenia idealizacyjne o prawodawcach i adresatach prawa, style egzekucji prawa, o których piszę w tej książce), do pojęcia porządku prawnego.

Staralem się, aby ten esej był napisany językiem zrozumiałym nie tylko dla zawodowych teoretyków prawa, lecz mogli go przeczytać wszyscy z przyjemnością i pożytkiem. Dlatego popisy erudycyjne i stylizacje ezoteryczne świadomie odłożyłem na tę półkę, do której nie warto sięgać.

Wszystkie główne idee tej książki były wielokrotnie wypróbowane w nauczaniu młodzieży prawniczej na roku pierwszym (wstęp do prawoznawstwa), trzecim (interpretacja prawa) i piątym studiów prawniczych (teoria i filozofia prawa). Jestem wdzięczny młodemu adeptom sztuki prawniczej za to, że pokazali mi praktyczną użyteczność głównych innowacji mojego wariantu realizmu prawnego.

Harold Berman, wybitny amerykański historyk prawa, powiedział mi ponad czterdzieści lat temu, że nie akceptuje nawet bardzo starannych prac doktorskich, w których nie ma chociaż jednej nowej myśli, nieznannej mu wcześniej. Wierzę, że ta książeczka zawiera wiele myśli nowych i mistrz Harold mógłby czytać ją bez znużenia.

Podstawowe źródła inspiracji dla swoich pomysłów wskazałem wprost w tekście, choć są one oczywiście liczniejsze. Jestem intelektualnie i moralnie zobowiązany wszystkiemu wielkiemu mistrzom kształtującym mnie przez kilkadziesiąt lat i inspirującym moje myślenie, za którego blaski i cienie oczywiście tylko ja ponoszę odpowiedzialność.

Rozdział 1

Idee przewodnie

1.1. Zarys statusowej teorii porządku prawnego

W socjologii status społeczny jest określany jako funkcja obiektywnego położenia człowieka w strukturze ról i pozycji oraz intersubiektywnego postrzegania tego położenia i uznawania go przez innych ludzi patrzących z innych pozycji z dołu lub z góry wobec osoby postrzeganej. Status w hierarchii społecznej pokazuje relatywną rangę osoby opartą na prestiżu i kulturowo określonym honorze i godności, a ranga ta ma swoje dla siebie uprawnienia, obowiązki i kulturowo określony styl życia człowieka. Status społeczny może być przypisany (np. odziedziczony po przodkach, wyznaczony przez płeć lub rasę i narodową przynależność) lub osiągnięty własnymi działaniami (np. pozycja w zawodzie zdobyta dzięki wykształceniu i doświadczeniu oraz związany z nią prestiż i dochód, status osiągnięty przez małżeństwo i wejście do rodziny o wyższym lub niższym statusie).

Symbole statusu społecznego to stroje lub znaki na tych strojach, tytuły honorowe, przywileje, ordery i krzyże zasługi, nagrody naukowe etc. W każdej kulturze występują osobliwe dla niej symbole statusu. W sferze statusów prawnych także istnieją takie symbole, np. mundury i znaki na pagonach mundurów, baretki do odznaczeń i inne.

Te symbole są formą komunikatu kierowanego do innych ludzi. Treścią tego komunikatu jest wskazanie, że powinni oni wykonać swe obowiązki wobec osób o wysokim statusie, ponieważ te osoby mają prawowicie określone specjalne prawa. Sygnalizowanie statusu wobec osób o innych statusach jest czynione z zamiarem wpływania na statusy innych osób. Sposoby wyrażania szacunku wobec osób o wysokim statusie są bardzo rozmaite. W Chinach jest zwyczaj *tai tou* polegający na tym, że przy pisaniu imienia i nazwiska osoby szczególnie szanowanej pozostawia się wolną przestrzeń przed jej nazwiskiem. W Japonii wyraża się stopniowany szacunek przez większą lub mniejszą głębokość ukłonów przy powitaniu i pożegnaniu; ludzie o wysokim statusie tylko lekko pochylają głowę, a osoby niskiego statusu skłaniają głowę niżej niż poziom ich kolan. W Indiach okazuje się szacunek dotykając stopy osoby o wysokim statusie.

Różne statusy tej samej osoby mogą się wzajemnie ograniczać, ale można też je mieć w tym samym czasie – na przykład można być generałem i ministrem obrony w tych państwach, gdzie prawo nie zakazuje tego generałom³. Są także sytuacje, gdy statusy wykluczają się zupełnie i ta sama osoba nie może posiadać ich jednocześnie; nie można być w tym samym czasie żołnierzem i cywilem, czarnoskórym i białym, porucznikiem i generałem tej samej armii. Większość statusów w ramach *status set* danej osoby wspomaga się i wzmacnia. Powiedzmy, że ktoś jest synem, ojcem, wujem, kierowcą samochodu, lekarzem, mieszkańcem swego miasta i regionu, właścicielem domu z ogrodem i trzech samochodów, obywatelem Austrii i Unii Europejskiej. Taki komplet statusów nie rodzi oczywistych konfliktów czy napięć między wypełnianiem obowiązków i korzystaniem z uprawnień pochodnych od tych statusów poprzez stosowne działania⁴.

Max Weber odróżniał grupy statusowe od klas społecznych; w swych analizach stratyfikacji wyróżniał trzy aspekty: własność, władzę i prestiż. Status jest właśnie kategorią ze sfery pozycji w hierarchii prestiżu i kapitał kulturowy jest tu bardzo istotnym czynnikiem wyznaczającym pozycję człowieka. Współczesna socjologia używa pojęcia statusu społeczno-ekonomicznego, który jest połączonym indeksem dochodu, wykształcenia i prestiżu zawodowego, ale dystynkcja pojęciowa Webera nadal jest utrzymywana.

Status prawny podmiotu P jest określoną przez normy prawne konfiguracją uprawnień oraz obowiązków i innych wymagań lub oczekiwań skierowanych do określonego podmiotu oraz innych podmiotów wobec tegoż podmiotu P. W pojęciu statusu istotne są interakcje między podmiotami, dzięki czemu jest on dynamiczny. Zakres społecznego uznania dla każdego statusu prawnego osoby jest zmienny i zależy od bardzo licznych czynników, nie tylko kulturowych, które są przedmiotem badań socjologicznych, antropologicznych, psychologicznych i historycznych. Ten element uznania nadaje pojęciu statusu prawnego charakter kategorii analitycznej o wyjątkowo dużym potencjale eksplanacyjnym. Pojęcie statusu jako narzędzie analityczne w myśli prawniczej ponadto ma ważną przewagę nad dość powszechną tendencją do koncentrowania uwagi jedynie na uprawnieniach i pomijaniu drugiej strony statusu, jaką są obowiązki, wymagania i oczekiwania. Wymagania mają częściowo charakter moralny, a oczekiwania są normatywnie zdeterminowane przez normy moralne i zwyczajowe. Są zatem mniej twarde niż obowiązki, lecz ich obecność w określaniu statusów prawnych jest łatwa do empirycznego potwierdzenia, bowiem są one podstawą zmiennego stopnia uznania statusów prawnych.

³ Termin *status set* w znaczeniu kompletu statusów tej samej osoby wprowadził Robert K. Merton w 1957 roku.

⁴ „Komplet statusów” wydaje się zgrabniejszym przekładem angielskiego *status set* niż spotykane czasem wyrażenie „konglomerat pozycji”.

Miał rację Ronald Dworkin, gdy dowodził, że prawa trzeba traktować poważnie. Jednak to tylko połowa prawdy, bowiem czym byłyby prawa osoby Alfa, gdyby inne osoby nie miały obowiązków koniecznych dla skutecznej realizacji uprawnień osoby Alfa? Czy prawa człowieka byłyby wówczas brane poważnie czy może byłyby jedynie wzniosłymi deklamacjami o humanistycznej intencji? Uprawnienia skuteczne *erga omnes* oczywiście wymagają od ogromnej masy podmiotów spełniania licznych obowiązków. Dlatego warto myśleć w kategoriach statusów i nie ograniczać pola analizy porządku prawnego jedynie do moralnie słusznej, ale pragmatycznie mało wyważonej fiksacji na uprawnieniach, a nawet na samych niezbywalnych prawach podmiotowych. Parafrazując myśl Dworkina, chcę powiedzieć, że *należy statusy prawne traktować poważnie*.

W cywilizacji globalizującej interakcje we wszystkich sferach życia ludzi uległy zmianie zagrożenia i ryzyka. Dawniej zagrożenia były głównie dziełem przyrody, obecnie są przede wszystkim dziełem samych ludzi. Ponadto w przeszłości ryzyka były terytorialnie zlokalizowane, a dziś szybko osiągają zasięg globalny. Te warunki stopniowo kształtują społeczeństwo globalne, w którym nie tylko walka o uprawnienia i ich gwarancje są ważne. Coraz ważniejsze jest formowanie kultury odpowiednio równoważącej uprawnienia i obowiązki. Dlatego pojęcie statusu łączącego uprawnienia i obowiązki jest i w przyszłości będzie bardzo potrzebne do sensownej regulacji globalizujących się interakcji między ludźmi o różnych kulturach i zasadach wzajemnego uznawania się. Szczególnie ważne jest rozwijanie zaniedbanej teorii obowiązku prawnego.

Obowiązki postrzegane są przez prawników najczęściej jako efekt zakazów lub nakazów określonych przez normy prawne. Nie jest to trafne uogólnienie, bowiem cywilnoprawne zobowiązania wynikające z umów między podmiotami nie są wszak nakazami lub zakazami generowanymi przez same normy prawa, lecz przez akty świadomej woli podmiotów działających w ramach wytyczonych przez normy pozwalające albo w wersji mocnej, albo w wersji słabej (Opalek, Woleński 1974, 115–124). A takie zobowiązania określają istotne właściwości statusów prawnych i dla ich kształtowania potrzebne są statusy, które dają podmiotom zdolność do czynności prawnych, a nie tylko zdolność prawną. Cywilistyka stworzyła ponadto status małoletniego, przyznając mu ograniczoną zdolność do czynności prawnych, a więc ograniczoną zdolność dookreślania swego statusu i statusów innych osób.

W prawie koranicznym poza nakazem i zakazem mocnym występuje również nakaz słaby będący rodzajem zalecenia oraz zakaz słaby. Zatem są cztery, a nie dwie, jak w systemach prawnych Zachodu, modalności normatywne określające uprawnienia i obowiązki podmiotów, co pozwala na bardziej wyrafinowaną interpretację statusów osób. O jakości porządku prawnego w większym stopniu świadczy to, czego i w jakim stopniu się w nim zakazuje niż to, na co się zezwala.

Status obywatela rzeczywiście wolnego kształtował się bardzo długo po epoce rewolucji mieszczańskich zapoczątkowanych przez rewolucję francuską 1789

roku, a w niektórych państwach ograniczenia wolności myślenia i działania w sferze publicznej utrzymywały się bardzo długo i nie zanikły do dzisiaj. W Rosji na przykład cenzura wszelkich publikacji istniała od 1826 do 1906 roku, a po przewrocie bolszewickim od 1917 do upadku ZSRR w 1991 roku; urzędnicy carscy nie odpowiadali karnie za swe czyny związane z wykonywaniem swych czynności władczych i po 1917 roku ten przywilej prawny był utrzymany dla biurokracji komunistycznej, która „była wzorowana na carskiej. Urzędnicy, podobnie jak przed 1917 rokiem, służyli państwu, a nie narodowi, który uważali za wrogi żywioł” (Pipes 2005, 478).

Najbardziej elementarny obowiązek każdego podmiotu prawa to nakaz przestrzegania prawa niezależnie od tego, czy to prawo jest uznawane za godne aprobaty i posłuszeństwa. Świadome nieposłuszeństwo wobec prawa, często nazywane nieposłuszeństwem obywatelskim, jest na ogół formą protestu lub zasadniczego sprzeciwu nie przeciwko całemu systemowi prawa, lecz jedynie przeciwko jego konkretnym normom lub instytucjom. Istotne są *racje aksjologiczne*, dla których takie działanie jest podejmowane, *sposób uzasadnienia* zachowania kwestionującego określone segmenty prawa oraz *rzeczywiste intencje* osoby nieposłusznej prawu⁵. Więcej o tym ważnym problemie piszę w rozdziale 4.7 o postawach wobec prawa.

Uprawnienia i obowiązki podmiotów to także treść stosunku prawnego. Zatem status prawny podmiotu to samo sedno stosunku prawnego. Bardziej precyzyjnie można powiedzieć, że status prawny to składnik konstytutywny stosunku prawnego. Zmiana statusów prawnych podmiotów ma bezpośredni wpływ na zmiany w stosunkach prawnych, a dzięki temu w całym porządku prawnym i kulturze prawnej. Stosunki prawne są konkretyzowane i przez to mogą być rozwijane. W związku z tym problemem warto rozróżniać dwa typy budowy wewnętrznej statusu prawnego – status, w którym *korelat jest niedookreślony*, i status, w którym *korelat został dookreślony*. W pierwszym typie struktury statusu uprawnienia podmiotu mają odpowiednik lub są normatywnie skorelowane z rozproszonym obowiązkiem, co ma miejsce wtedy, gdy uprawnienie jest skuteczne *erga omnes*, zatem wobec wszystkich innych podmiotów prawa bez żadnych konkretyzacji ich innych statusów, np. statusu właściciela lub posiadacza. Jeżeli ktoś ma konstytucyjnie przyznaną jakąś wolność, to wszyscy inni mają obowiązek nie czynić niczego, co mogłoby ograniczać lub zniszczyć taką wolność *erga omnes*.

Jest także drugi typ statusu, w którym konkretne uprawnienie ma korelat w postaci konkretnego obowiązku określonej kategorii innych podmiotów prawa (na przykład uprawnienia rodziców z tytułu władzy rodzicielskiej są skorelowane jedynie z obowiązkami wobec ich własnych, a nie jakichkolwiek dzieci; kompe-

⁵ Wnikliwie analizuje taką postawę i takie zachowanie Mirosław Rutkowski (Rutkowski 2011).

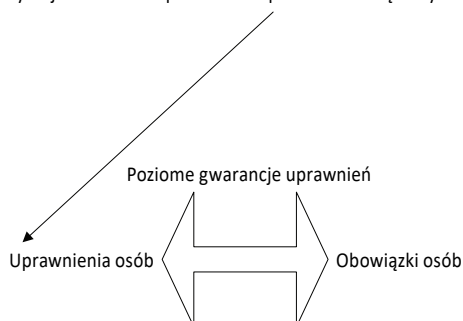
tencja urzędnika administracji publicznej jest zespołem uprawnień i obowiązków korzystania z tych uprawnień, ale tylko w określonym polu działania i tylko określone kategorie podmiotów prawa mają obowiązki związane z respektowaniem tej kompetencji). Pojęcie korelatu, którym się tu posługuję, nie jest nawiązaniem do korelacji statystycznych, lecz do terminu korelat używanego w znanej typologii opracowanej w roku 1913 i rozwijanej w latach późniejszych przez amerykańskiego prawnika Wesleya N. Hohfelda (Hohfeld 1917, 710–770). Moim zdaniem Hohfeld nie trafnie twierdzi, że po drugiej stronie *Liberty, Immunity* czy *Power* nie ma *Duty*, lecz coś innego. Każda inna forma normatywności korelująca z uprawnieniem jest albo niedookreślonym, albo dookreślonym obowiązkiem. Nawet jeżeli w rozmaitych stylizacjach językowych wyrażona jest treść takiego obowiązku.

Uprawnienia podmiotów, także podstawowe i niezbywalne prawa człowieka i obywatela, są gwarantowane nie tylko przez *hierarchicznie zbudowane instytucje państwa*, jak np. prymat konstytucji nad ustawami zwykłymi i ustaw nad innymi aktami normatywnymi, wieloinstancyjność w sądownictwie i administracji stosującej prawo, ale także, a może głównie przez *poziome stosunki między pozapaństwowymi podmiotami prawa*, które w odpowiednim stopniu spełniają swe obowiązki wobec siebie, dzięki czemu ich uprawnienia stają się realne i egzekwowalne. Jest wszakże tak, że moje uprawnienia są zapewnione, jeśli inni spełniają swoje obowiązki, a spełnianie obowiązków przeze mnie jest koniecznym warunkiem korzystania z uprawnień przez innych. Spełniając swe obowiązki prawne i pozaprawne, chronimy w niehierarchiczny i niewładczy sposób uprawnienia innych ludzi.

Jaśniej przedstawia ten układ relacji poniższa wizualizacja gry uprawnień i obowiązków oraz ich gwarancji pionowych i poziomych.

Rysunek 1. Jak są gwarantowane uprawnienia?

Gwarancje instytucjonalne władz państwa i wspólnot samorządowych



Równowaga statusów i ich uznawania

Źródło: opracowanie własne.

Status prawny jest częściowo *przypisany* (bowiem wyznacza go często norma prawna powstająca niezależnie od działań osoby) i częściowo *osiągany* (bowiem swą pracą i zasługami człowiek może zmniejszać dystanse kulturowe i awansować w hierarchii statusów społecznych i prawnych). Status prawny może być także częściowo *ukształtowany przez akty woli podmiotów zawierających umowy*.

Statusy prawne w okresie przed drugą połową XX wieku były na ogół dziedziczone po rodzicach i bardzo nierówne, np. feudalne różnice w pozycji prawnej szlachty, mieszczaństwa i chłopów, szczególny status prawny Żydów, różnice statusów w wiktoriańskiej Anglii, wyrażające się nawet w tym, że duże rezydencje mogły mieć kilka rodzajów schodów dla osób o różnych statusach (Bryson 2013, 113 i n.), długo istniejące różnice w prawach politycznych mężczyzn i kobiet, cenzusy wyborcze dzielące również mężczyzn na rozmaite kategorie. Oczywiście dawne statusy społeczne także były nierówne. Rasy i grupy etniczne postrzegano jako nierówne w swych statusach, co dopiero od drugiej połowy XX wieku zaczęto jednoznacznie kwestionować.

Na tle tych doświadczeń historycznych warto wysunąć pewną hipotezę, która składa się z dwóch członów:

1. Dawniej stan prawny i faktyczny były bardziej do siebie podobne w tym sensie, że jawnie manifestowały nierówność jako zasadę porządku społecznego. Rzymianie nie byli zwolennikami równości statusów prawnych. Władza *pater familias* nad innymi mężczyznami w rodzinie, nad kobietami włącznie z *mater familias*, dziećmi włącznie z *filius familias* i oczywiście nad niewolnikami, miała bardzo szeroki zakres. We wczesnym Rzymie władza *patria potestas* była mocna i bezwzględnie egzekwowana; mąż miał prawo pobić batem na śmierć swą żonę, gdy wypła zbyt wiele wina i złamała surową zasadę trzeźwości. Gaius Sulpicius Gallus, konsul w 166 roku p.n.e., rozwiódł się z żoną, bowiem zobaczył ją poza domem z głową bez nakrycia. Decyzję swą uzasadnił powołując się na zasadę, że piękno żony jest przeznaczone wyłącznie dla jej męża. Quintus Antistius Vetus rozwiódł się z żoną, gdy zobaczył ją w rozmowie prywatnej z kobietą o statusie wyzwolénca. Zdarzały się rozwody z powodu tak błahego jak ten, że żona grała w jakąś grę bez zgody męża. Tak postąpił w 268 roku p.n.e. konsul Publius Sempronius Sophus. Zarówno długa epoka feudalizmów i krótsza epoka kapitalizmów nie przyniosły radykalnej zmiany aż do rewolucji francuskiej 1789 roku i następujących po niej rewolucji mieszczańskich w XIX wieku.
2. Statusy prawne współcześnie są zawsze bardziej egalitarne niż statusy społeczno-gospodarcze. Tak dzieje się pod wpływem demokratycznej ideologii praw człowieka jako równych i wspólnych wszystkim ludziom. Ideologia ta określa w znacznym stopniu statusy prawne, a w znacznie mniejszym stopniu statusy społeczne.

Jednym z najważniejszych paradoksów naszej epoki jest *narastanie rozbieżności między egalitaryzacją statusów prawnych i pogłębianiem nierówności statusów społeczno-gospodarczych, między formalną równością i formalną sprawiedliwością a realną nierównością i niesprawiedliwością*. Hierarchia wyznaczona statusami prawnymi spłaszczyła się po II wojnie światowej radykalnie i nieodwracalnie, natomiast hierarchia statusów społeczno-ekonomicznych jest coraz bardziej wysmukła (Gould 2002, 1143–1178).

Statusowa teoria porządku prawnego to takie wyjaśnianie zmian w tym porządku, w którym szczególnie mocną, chociaż oczywiście nie jedyną, zmienną wyjaśniającą są zmiany w obrębie poszczególnych statusów podmiotów prawa i relacji między tymi statusami prawnymi. Rzymska jurysprudencja i samo prawo Rzymu rozróżniały liczne statusy osób i rzeczy ze znaczną precyzją, o czym nie należy zapominać, gdy chcemy przywracać blask i moc wyjaśniania statusom we współczesnych warunkach. Samo rozróżnienie konkretnych statusów w jurysprudencji rzymskiej nie powinno być jednak dla nas inspiracją, lecz sposób budowania pojęć przez dawnych mistrzów teorii prawa może być dobrym punktem wyjścia. Tak postąpił Georg Jellinek, gdy dokonał systematyzacji statusów prawnych osób w swej epoce.

Podstawowym uzasadnieniem teorii statusowej jest orientacja na podmiot, na pytanie, kto i dlaczego działa w porządku prawnym. Kluczową przesłanką statusowej teorii porządku prawnego jest przekonanie, że to właśnie aktywność podmiotów prawa jest głównym źródłem dynamiki systemów normatywnych; wszelkich systemów norm, a nie tylko prawnych. Bez konkurowania podmiotów o swe statusy prawo byłoby stagnacyjne, bez historii i bez przyszłości. Ponadto wątpliwe jest stosowanie, realizowanie i przestrzeganie prawa bez impulsu, jakim jest zagrożenie lub niepewność co do statusu jakiegoś podmiotu prawa. Bez tego impulsu porządek prawny byłby nieruchomy i niezmienny.

Ruch i zmiany następują dziś tak szybko, że powszechne jest narzekanie na inflację prawa i zbyt szybkie jego zmiany. Paradoksalnie, jednocześnie skarżymy się na nienadążanie zmian w prawie za zmianami wywołanymi przez naukę i technikę, zmiany gospodarcze oraz przez spotkania i zderzenia kultur społecznych współistniejących w systemie globalnym. Prawo opóźnia się i zarazem biegnie zbyt szybko, co wydaje się być logicznie niemożliwe, a jednak ma rzeczywiście miejsce. Prawa jest za dużo i za mało jednocześnie, co dowodzi jego emergentnego charakteru.

Także inne składniki porządku prawnego, takie jak reguły wykonywania zawodów prawniczych, postawy wobec prawa i style egzekucji prawa, zmieniają się pod wpływem społecznej gry podmiotów o statusy prawa ludzi i rzeczy. Najbardziej zmianotwórcze są gry interesów wokół statusów i porządek prawny społeczeństwa jest zmieniany właśnie dzięki dynamice statusów prawnych.

Także tam, gdzie państwo jest głównym prawodawcą, dynamika statusów prawnych jest bardzo mocnym czynnikiem zmian w porządkach prawnych. Dzie-

je się tak dlatego, że ośrodki władzy stanowiące i stosujące prawo nie są wyizolowane ze swego otoczenia społecznego, w którym zderzenia statusów społecznych i prawnych są częste i zużywają znaczną energię społeczną.

Największym zagrożeniem dla stabilności statusu prawnego osób jest wprowadzanie przez aparat państwa stanu wyjątkowego zawieszającego działanie systemu prawa. Spór Giorgia Agambena i Carla Schmitta stanowi dowód na aktualność pytania o to, kiedy normy stanu wyjątkowego stają się normalnością, a nie tylko są wyjątkiem od tej normalności (Agamben 2008). Uciśnieni, wyjęci spod prawa *homines sacri* znajdowali się zawsze w stanie wyjątkowym wobec reszty społeczeństwa – dowodzi Agamben. Gdy stan wyjątkowy staje się permanentny i ogarnia całe społeczeństwo, to każdy człowiek bez wyjątku staje się *homo sacer*, a wyjątkowość staje się regułą. Tacy wyjęci spod opieki prawa mogą być bezkarnie represjonowani przez państwo powołujące się na konieczność obrony porządku i bezpieczeństwa przez zawieszanie obowiązującego prawa.

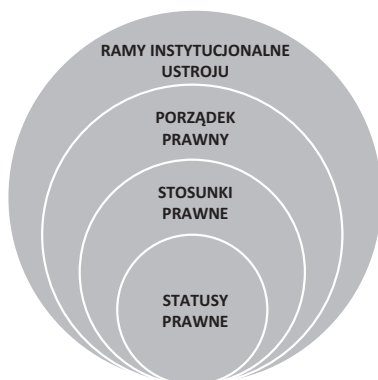
Statusy prawne kształtują się i istnieją w szerszym kontekście o kilku kręgach bliskości. Statusy prawne są najbardziej istotnym, konstytutywnym składnikiem stosunków prawnych, które są z kolei najbardziej dynamicznym segmentem całego porządku prawnego. Statusy prawne stanowią najważniejszą część każdego stosunku prawnego, a stosunki prawne są normatywno-faktycznym pomostem przenoszącym ruch płynący z gry między podmiotami prawa o ich statusy prawne do innych segmentów porządku prawnego. Stosunki prawne i zawarte w nich statusy osób to mikroelementy wpływające na układ znacznie większy, jakim jest porządek prawny, a porządek prawny istnieje w szerszym od siebie makrośrodku, w którym kluczowe są ramy instytucjonalne ładu społecznego, czyli relacje wzajemne między czterema skupiskami mocy: własnością prywatną i publiczną oraz władzą prywatną i publiczną

Porządek prawny istnieje i jest w wysokim stopniu determinowany przez ramy instytucjonalne ustroju społecznego. Analiza i interpretacja statusów prawnych jest metodologicznie poprawna, gdy ten kontekst ram instytucjonalnych jest badany skrupulatnie metodami właściwymi dla socjologii, politologii i nauk historycznych. Sama teoria prawa czy szczegółowe nauki prawne nie są wystarczające dla sensownego myślenia o tych problemach.

Model graficzny (rys. 2) syntetycznie pokazuje te kręgi interakcji społecznych relewantne dla analizy statusów prawnych i ich dynamiki. W dalszych rozdziałach tej książki poddamy te kręgi bardziej szczegółowej analizie.

Pojęcie ram instytucjonalnych ustroju pozwala rozumiejąco i porównawczo badać porządki prawne w perspektywie diachronicznej i synchronicznej. Szczególnie ważne jest ustalenie, jak władza i własność w swych formach publicznych i prywatnych wpływały i wpływają na konfigurację statusów prawnych, ich stabilność i pewność, ich zmiany, równowagę wewnętrzną i zewnętrzną tych statusów.

Rysunek 2. Model relacji układów podstawowych w statusowej teorii porządku prawnego



Źródło: opracowanie własne.

Na statusy prawne osób istotny wpływ mają statusy państw, w których istnieją ramy instytucjonalne o określonym kształcie. Być może najważniejszy jest fakt, czy status państwa jest tylko prawny czy także oparty jest na jego pozycji w hierarchii realnej potęgi państw. Tylko przy najbardziej formalistycznym rozumieniu można by uznać, że rzeczywistość nie ma znaczenia dla statusów prawnych obywateli, czy ich państwo ma status mocarstwa globalnego, mocarstwa regionalnego, status państwa sprawnego, lecz o bardziej ograniczonej sile wpływu na system globalny, czy też państwa słabego lub nawet upadającego, niezdolnego do wypełniania swych funkcji. Ważna jest także miękka siła państw, podobnie jak ich realna potęga niewyrażana w prawie międzynarodowym. To przecież z państw upadających lub bardzo słabych uciekają ludzie do państw silnych i atrakcyjnych, o dużej zdolności przyciągania migrantów. Rzesze imigrantów nie szturmują swymi wnioskami o azyl lub prawo pobytu i pracy urzędów w państwach słabych ekonomicznie i kulturowo, lecz marzą o paszporcie (symbol statusu prawnego) niemieckim lub jakiegoś państwa nordyckiego w Europie, a ponadto oczywiście myślą o uzyskaniu prawa do egzystencji w porządkach prawnych Stanów Zjednoczonych, Kanady i Australii.

1.2. Status prawny i uznanie: idea splotu normatywno-faktycznego

Bardzo liczne znaczenia posiada termin „uznawać”. Można podzielić je na trzy grupy. Po pierwsze uznawanie to identyfikacja kogoś, czyli ustalenie, kto kim jest. Taka identyfikacja to raczej rozpoznawanie kogoś i nie zakłada żadnego stopnia akceptacji tego kogoś. Po drugie uznanie to uznanie samego siebie. Po trzecie termin ten oznacza wzajemne uznawanie się osób (Ricoeur 2005, 5–16; Latoń 2005, 2: 129–141). Uznawanie ma aspekt normatywny i psychologiczny.

Jest segmentem szerokiej sfery zjawisk intersubiektywnych i dokonuje się poprzez komunikowanie się przy pomocy języka lub znaków pozajęzykowych.

Intersubiektywna dynamika stosunków między ludźmi zakłada wzajemne uznawanie statusów i tożsamości innych osób. Statusy i ich uznawanie przez inne podmioty są ze sobą powiązane trwałą więzią współzależności; statusy i akty uznania lub odmowy uznania zależą wzajemnie od siebie.

Nawet bardzo mocny status prawny (np. właściciela nieruchomości, chroniony przez system ksiąg wieczystych, akty notarialne i aparaty wymiaru sprawiedliwości) nie jest gwarancją bezpieczeństwa prawnego, gdy nie będzie mu towarzyszyło odpowiednio szerokie uznanie społeczne ze strony innych ludzi o podobnych lub całkowicie innych statusach. Sam status prawny to konstrukt normatywny, a uznanie lub jego brak jest oczywiście faktem społecznym. W ten sposób powstaje zjawisko splotu normatywno-faktycznego, który ma miejsce w efekcie procesu społecznych interakcji o mniej więcej takiej oto strukturze:

Fakty kategorii 1 ze sfery ekonomiki i kultury (np. poziom rozwoju cywilizacyjnego, różnice między klasami i warstwami społecznymi) → Normy moralne i inne normy pozaprawne → Fakty kategorii 2 (decyzja stanowienia lub uznania norm przez państwo) → Normy prawne → Fakty kategorii 3 (decyzje interpretacyjne, decyzje argumentacyjne, decyzje stosowania prawa, decyzje adresatów norm o przestrzeganiu prawa).

Podobnie jak realiści i zwolennicy jurysprudencjalizmu Castanheiry Nevesa, sadzę, że prawo to nie jest po prostu wypowiedź normatywna ośrodka decyzji władczych. Uważam, podobnie jak jeden z moich mistrzów Stanisław Ehrlich, że prawem są spełniane i wiążące wzory zachowania (Ehrlich 1994; Pulka 1998, 35–58). Stanisław Ehrlich postulował *badanie prawa jako faktu społecznego, którym jest normatywnie określony proces decyzyjny*. Trafnie postulował multidyscyplinarne badania korzystające z dorobku historii, socjologii i ekonomii dla przezwyciężenia pozytywistycznej i analitycznej tradycji redukcji prawa do zjawiska jedynie ze sfery języka badanego przy pomocy niezbyt wyrafinowanej logiki. Pluralistyczne społeczeństwa i kultury, którym poświęcił kilka ważnych książek, wytwarzają w złożonych interakcjach osób i grup wzory zachowania, których część staje się prawem, sama normatywność natomiast bez faktycznego kontekstu jest idealistycznym konstruktem wyobraźni poszukiwaczy czystych teorii.

Prawo w działaniu to dynamiczny splot normatywno-faktyczny (N/F). Teza, którą tu stawiam, jest jak sadzę kontynuacją inspiracji płynących z realistycznych teorii Stanisława Ehrlicha o procesualnej ontologii prawa żywego w licznych faktycznych procesach decyzyjnych. Ten realizm nie redukuje normatywności do zachowań i decyzji, ale pokazuje funkcjonalne i konieczne związki między faktami i normami⁶. Taki sposób myślenia znalazł, w paradoksalny i ra-

⁶ W mechanice kwantowej ontologiczne dylematy, typu materializm czy idealizm, także rozstrzyga się w podobny sposób, gdy zakłada się dualizm fal i cząsteczek lub ich superwencjię.

czej niezamierzony sposób, pośrednie wsparcie w nowych osiągnięciach analitycznego nurtu w polskiej filozofii prawa, chociaż dzieła, o których myślę, nie są ani nawiązaniem do pomysłów Stanisława Ehrlicha z lat 80. minionego stulecia, ani nie były inspirowane jego wersją realizmu.

Pojęcia normatywności i obowiązywania prawa zostały w ramach myślenia niepozytywistycznego starannie opracowane przez polską teorię i filozofię prawa kilkadziesiąt lat później. Bartosz Brożek poddał wnikliwej krytyce dorobek głównych nurtów filozofii prawa i zaproponował koncepcję normatywności wykraczającą poza te dawne idee, a zwłaszcza poza gilotynę pojęciową Hume'a oraz dualizm ontyczny Kanta wyrażony w jego tezie o fundamentalnej i nieprzekraczalnej separacji *Sein* i *Sollen*.

Zdaniem Brożka normatywność nie może być całkowicie oddzielana od faktyczności, ponieważ „prawo i etyka nie wyczerpują się może w tym, co faktyczne, niemniej zajście pewnych faktów jest warunkiem koniecznym, choć zapewne niewystarczającym, istnienia normy” (Brożek 2012, 17)⁷. Reguła postępowania jest szczególną kategorią ontyczną, której ani monizm, ani dualizm nie mogą objaśnić, ponieważ *superweniuje równocześnie w świecie stanów psychicznych i regularnych zachowań ludzi, a zatem jest zjawiskiem „mentalno-społecznym”* należącym, podobnie jak teorie, wartości, problemy, idee, do rzeczywistości 3 według pomysłu ontologicznego Karla Poppera (Brożek 2012, 20). Nie tylko reguła postępowania, lecz także reguła prawna jest – zdaniem Brożka – normatywna, jeżeli:

- *w określonym stopniu jest obiektywna lub intersubiektywna, niezależna od umysłu,*
- *jest racją działania podmiotu,*
- *może służyć do uzasadniania zachowań/decyzji, co odróżnia rację od motywu i*
- *jest zwykle stosowana świadomie, po namyśle dokonywanym w obrębie określonej teorii racjonalności.*

Ponadto interesująco dowodzi Brożek, że „pojęcie normatywności prawa formułowane na poziomie reguł abstrakcyjnych ma charakter *relatywny*” (Brożek 2012, 264). Propozycje tego badacza są dobrze uzasadnione i można je akceptować także na gruncie teorii statusów proponowanej przeze mnie. Tym bardziej że liczne (zaznaczone przeze mnie kursywą) i kluczowe składniki definicji normatywności są oczywiście faktami. Tak więc intersubiektywność reguły, świadome traktowanie jej przez adresatów jako racji uzasadniającej ich decyzje i działania to faktyczność wbudowana w pojęcie normatywności. Właśnie takie sytuacje określam terminem „splotu faktyczno-normatywnego” i nie obawiam się potencjalnego zarzutu, że nie odróżniam tzw. kategorii ontycznych. Norma-

⁷ Brożek uważa propozycję Christine Korsgaard i opartą na niej własną definicję regulującą za „najbardziej popularną i intuicyjnie przekonującą eksplikację pojęcia normatywności” (Brożek 2012, 13).

tywność jest także relatywna i oczywiście stopniowalna, a nie absolutna według binarnego schematu: albo coś jest normatywne, albo nie jest. O stopniu normatywności reguły rozstrzyga definitywnie świadomość jej adresatów, a nie władza wola formalnych twórców przepisów prawnych dysponujących środkami przymusu.

Andrzej Grabowski bardzo wnikliwie zbadał różne koncepcje obowiązywania prawa i zaproponował jako główną konkluzję tych badań taką oto koncepcję obowiązywania normy – norma prawa stanowionego obowiązuje, gdy „potencjalny adresat normy nie ma prawnych możliwości (skutecznej, konkluzywnej) odmowy zachowania się w sposób wymagany przez normę lub podjęcia działań dla osiągnięcia wyznaczonego przez nią celu” (Grabowski 2009, 459)⁸. Ponownie kursywa dodana przeze mnie pokazuje wyraźne odesłanie do faktyczności i do decyzji adresata normy, które rozstrzygają o tym, czy ta norma obowiązuje. Zatem definicja obowiązywania aksjologicznie neutralna, jak chce jej Autor, odwołuje się do faktycznych zachowań i decyzji adresata, a nie do woli organu władzy publicznej. Obowiązywanie okazuje się także splotem faktyczno-normatywnym, a nie efektem poprawnego aktu woli władczej kogokolwiek. Rozstrzyga się w świadomości adresata normy, a nie w racjonalnym modelu stanowienia prawa. Andrzej Grabowski w swym konsekwentnym unikaniu założeń aksjologicznych i w precyzji analitycznych rozważań zapewne niechęć zbliżyć się do realistycznego docenienia faktyczności w kreowaniu obowiązywania.

Po rozważeniu problemu splotu faktyczno-normatywnego powracam do koncepcji statusu prawnego jako szczególnej formy takiego splotu. Stopień intensywności i zasięgu społecznego uznania konkretnych statusów prawnych jest oczywiście zmienny i zależy od licznych czynników pozaprawnych – ekonomicznych i kulturowych przede wszystkim. Ta faktyczna dynamika uznania ma istotny udział w określaniu dynamiki statusów prawnych, bowiem te fakty w sferze uznania mogą być także prawotwórcze.

Ponadto każdy splot statusów i konfiguracji uznania tych statusów ma swoje cechy, bowiem w aktach uznania nie tylko intensywność jest zmienna. Rozmaita może być proporcja statusów społecznych i statusów prawnych w całości statusów konkretnego podmiotu, np. osoby fizycznej lub osoby prawnej, państwa lub organizacji międzynarodowej. Uznanie może mieć większą intensywność np. wobec statusu intelektualnego osoby cenionej za wybitną przenikliwość i kreatywność myślenia niż wobec prawnego statusu tej samej osoby, która jest w życiu profesjonalnym na niskiej pozycji w hierarchii uznania obowiązującej w danej społeczności. W strukturze statusów społecznych i prawnych osoby lub grupy

⁸ Autor krytykuje nie tylko tetyczną koncepcję obowiązywania, ale także teorie argumentacyjne i hermeneutyczne oraz wszelkie wersje realizmu, co podkreślił także w tytule swej książki. Jednocześnie proponuje definicję obowiązywania, którą bez trudności może akceptować realista umiarkowany, za którego sam się uważam.

osób możliwe są częste niespójności. Zdarzają się także ostre rozbieżności czynników statusu, takich jak władza, bogactwo, wiedza, talenty artystyczne i inne cenione w konkretnym miejscu i czasie. Ludzie bogaci niekoniecznie muszą być mądrzy czy mieć znaczącą pozycję w strukturach władzy, a tym bardziej nie muszą być z tego powodu szanowani przez innych ludzi lub obdarzani zaufaniem. W Stanach Zjednoczonych hierarchia zaufania do instytucji (pośrednio do ich statusów) jest względnie trwała i na czołowych pozycjach znajdują się siły zbrojne, a za nimi kolejno mały biznes, policja i organizacje religijne. Natomiast na samym dole hierarchii zaufania znajduje się parlament (Kongres) i niewiele wyżej od niego wielki biznes i banki. Zatem mała własność prywatna budzi zaufanie, a wielka je obniża.

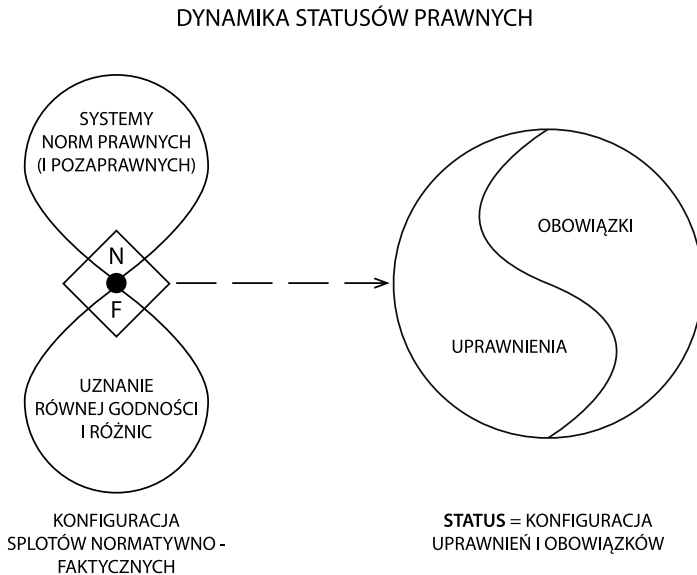
Zaufanie to element społecznego procesu legitymizacji instytucji oraz może być psychologiczną przesłanką określającą intensywność uznania statusu prawnego osób. Z powodu rozbieżności czynników statusu społecznego nie zmienia się natychmiast status prawny tych podmiotów, lecz w dłuższej perspektywie ma to wpływ na akty uznania ich statusu prawnego.

Walka o uznanie i statusy prawne odbywa się w przestrzeni kulturowej, w której istnieją zróżnicowane wartości moralne i sprzeczne interesy ludzi uczestniczących w tych staraniach, aby znaleźć się wyżej niż inni. W sferze uznania większą rolę odgrywają konflikty wartości i norm moralnych, a w sferze rywalizacji o statusy prawne ważniejsze są konflikty interesów indywidualnych i grupowych. Jest to jedynie względna waga, bowiem wartości moralne i interesy najczęściej splatają się i dochodzi do ich interferencji, bowiem ludzie na ogół pragną, aby ich interesy były tak realizowane, by nadać im sens głębszy, a to wymaga legitymizacji odwołującej się do moralnych wyobrażeń o słuszności, sprawiedliwości i zasługach. Honor i poczucie godności w walce o utrzymanie lub zdobycie wyższego statusu pełnią znaczącą rolę także w kulturach opartych na prawie, a nie jedynie na etyce honoru. Co prawda ludzi z zasadami i ludzi honoru jest być może coraz mniej, ale problematyka tymotejskich emocji doceniona przez Sloterdijka jest poważna i wcale niemarginalna, bowiem emocje gniewu i zemsty mogą być bardzo mobilizujące dla podmiotów prawa chroniących swoje statusy. Rzeczywistość społeczna globalizującego się świata otacza ludzi coraz bardziej, wyzwala od niektórych ograniczeń i zarazem zniewala nowymi formami zakamuflowanej dominacji symbolicznej, co błyskotliwie zauważył Bourdieu. Sfera faktyczności, coraz bardziej złożona i wieloznaczna, ekspanduje i może niszczyć wszelką, w tym również prawną normatywność, a przez to zagrażać porządkom prawnym. Samo prawo ze swym sztucznym językiem bywa coraz częściej niewiele więcej niż instrumentem symbolicznej przemocy wobec tych grup, które nie mogą nadążyć za tempem zmian norm i symboli.

Scalenie refleksji o uznaniu z badaniem statusów społecznych i prawnych, co proponuję w tej książce, ma właśnie taką przesłankę intelektualną. Są także istotne przesłanki pragmatyczne uwzględnienia ścisłych związków uznania i statu-

sów. Te pragmatyczne przesłanki wiążą się z rosnącą złożonością życia społecznego, z jego stałym i spontanicznym komplikowaniem się. Życie zbiorowe rodzi wymagania i oczekiwania wzajemne tak złożone, że sfera moralności i opartych na niej wyborów indywidualnych jest podobnie jak prawo uwikłana w grę interesów. Model graficzny ukazany na rysunku 3 prezentuje te związki uznania i statusu prawnego.

Rysunek 3. Dynamika statusów prawnych



Źródło: opracowanie własne.

Uznanie to dopuszczenie osoby lub grupy osób do uczestnictwa w jakiejś aktywności (wykonywanie zawodu sędziego), organizacji (profesor uczelni wyższej, członek klubu), w procesach decyzyjnych lub komunikacyjnych określonego typu lub danie prawa do przebywania w określonym miejscu (np. na prywatnej plaży rodziny Rotschildów).

Niekiedy uznanie oznacza także akceptację, pochwałę lub szacunek i w tym kontekście istotne są przesłanki aksjologiczne i normatywne aktów uznawania. Uznanie może dotyczyć także ważności czynności prawnych lub dokumentów (uznanie dyplomu, uznanie statusu uchodźcy, uznanie wniosku o azyl). Równy status różnych religii w państwie jest podstawą praktycznej tolerancji, bardzo długo torującej sobie drogę do uznania przez prawodawców i adresatów prawa.

Ludzie mają skłonność obdarzać zbyt wielkim uznaniem lub nawet podziwem tych, którym się udało osiągnąć sukces, a zbyt lekceważyć lub nawet obwiniać tych, którzy ponoszą porażki lub są bardzo przeciętni. W obu przypad-

kach jest to błąd w sferze uznawania, ponieważ to, co inni rzeczywiście osiągają, w bardzo wysokim stopniu nie jest ich własną zasługą. Wielką rolę grają tu okoliczności zewnętrzne, kontekst działania, czas i miejsce urodzenia się, odziedziczone cechy osobowości i poziom zdolności analitycznych, rodzaj wychowania i edukacji zapewniony przez dom rodzinny i szersze otoczenie kulturowe czy czysto przypadkowe okoliczności. Poza tak szeroko ujętym kontekstem kulturowym akty uznania i intensywność uznania nie powinny być badane. Nawet walenie istotności rozmaitych okoliczności kontekstowych jest potrzebne, aby uznanie było właściwe, jeżeli jego podstawą jest porównywanie dzieł, zasług i osiągnięć, a nie po prostu zewnętrznych symboli statusu.

Uznanie wobec statusu może być przyznane na dwóch płaszczyznach. Po pierwsze uznanie może nadać komuś status, którego dotychczas nie miał. Po drugie może tylko przyjąć do aprobowanej wiadomości status już wcześniej nabyty i legitymizować go w ten sposób. Nadawanie statusu czy rozpoznawanie czyjeś statusu to istotna dla prawnika dystynkcja pojęciowa. Są także stosowne procedury prawne dla nadawania statusu i dla jedynie rozpoznawania statusu już nabytego. Empiryczna teoria statusów to także historia rozwoju procedur dokonywania tych czynności.

Uznanie w porządku prawnym dotyczy bardzo wielu składników statusu prawnego, o czym szerzej będzie jeszcze mowa. Tu wystarczy przypomnieć, że poza statusami prawnymi osób przedmiotem uznania mogą być statusy rzeczy, a także same normy prawne i poszczególne akty normatywne (np. umowy międzynarodowe) oraz metody interpretacji i style egzekwowania prawa przez aparaty władzy publicznej.

Koncepcja splotu normatywno-faktycznego zakłada, że:

1. Istnieją i wzajemnie oddziałują na siebie rozmaite systemy normatywne – moralne, obyczajowe, polityczne i religijne. Ich wzajemne interferencje to otoczenie normatywne systemu prawa o wielkim znaczeniu dla jego powstawania, treści, formy i stosowania. Tworzenie prawa lub uznawanie norm za prawne nigdy nie odbywa się w próżni normatywnej, bo nawet tam, gdzie występuje rozległa anomia lub stan jeszcze gorszy, który nazwałem przed wielu laty destrukcją normatywności, istnieją jakieś normy pozaprawne i prawne, które są uznawane przez podmioty za godne aprobaty i przestrzegania.
2. W niektórych systemach prawa nadal generującą rolę wobec prawa pełnią normy religijne, jak w islamskim prawie szariatu. Wszędzie jednak, nawet tam, gdzie normy religijne i prawne są wzajemnie autonomiczne, to właśnie normy moralne w obrębie normatywnego otoczenia prawa stanowią konieczną podstawę i przesłankę decyzji prawotwórczych. Systemy moralne są liczne, dość szybko zmieniają się i krzyżują w życiu społecznym, ale bezspornie mają wpływ na ludzkie zachowania, w tym także na zachowania prawnie relewantne. Separacja moralności i prawa jest socjo-

logicznie i psychologicznie niemożliwa. Przestrzeń kontekstu społecznego prawa wypełniają wartości i normy, w tym zwłaszcza normy moralne. Realistyczne argumenty przemawiają za uznaniem moralnych przesłanek regulacji prawnych i uznania wpływu racji etycznych na realizację norm prawnych zarówno w formie przestrzegania/nieprzestrzegania prawa, jak w formie stosowania prawa.

3. Nie ma jednej definicji prawa ani nie jest znana tzw. istota prawa mimo prób konstruowania filozofii z hipostazą umieszczoną na szczycie wymyślonej hierarchii norm; taka hipostaza (np. *Grundnorm* Kelsena, osoba suwerennego władcy Austina, *rule of recognition* Harta) lub pojęcie metafizyczne (bogowie w rozmaitych wersjach prawa natury) miałyby być podstawą obowiązywania prawa i jednocześnie głównym źródłem jego legitymizacji. Nie ma także jednej definicji moralności. Dlatego próby mechanicznych separacji zjawisk tak trudnych do określenia kończyły się niepowodzeniem. Związki między prawem i moralnością mogą być ujmowane jako relacje systemowe, strukturalne, funkcjonalne i treściowe (Breczko 2004, rozdz. V).
4. Moralny kontekst określa treść prawnych tekstów wieloma drogami. Wyróżniamy drogi bezpośrednie, gdy wprost w treści prawa zawarte są otwarcia na kontekst moralny, i pośrednie, gdy dla oddziaływania moralności potrzeba określonych działań interpretacyjnych lub koncepcji wypracowanych przez nauki prawne.
 - A. Bezpośrednie zależności prawa od moralności:
 - Klauzule generalne (np. zasady postępowania cywilizowanych narodów w prawie międzynarodowym, zasady współzycia społecznego, dobra wiara, zasady uczciwego handlu, bez zbędnej zwłoki, zasada słuszności) w prawie są bramą świadomie otwartą na pozaprawne systemy normatywne;
 - Nie ma bezwzględnego obowiązku posłuszeństwa wobec prawa o treści niemoralnej lub niegodziwej, a w większości systemów prawnych jest prawo do moralnego sprzeciwu i obywatelskiego nieposłuszeństwa uznawane za uprawnienie obywateli. Ponadto możliwe jest urzędowe odstąpienie od egzekwowania normy prawnej, gdy jest ona rażąco nierozsądna i nieetyczna, a odstąpienie ma poparcie opinii społecznej.
 - B. Pośrednie drogi wpływu na treść prawa:
 - Moralność wewnętrzna prawa w rozumieniu Lona Fullera i formalna sprawiedliwość *due proces of law*, a nawet substancjalna *iustitia commutativa* i *iustitia distributiva* to wartościowe i konieczne składniki prawa, bowiem są tarczą chroniącą przed tępym formalizmem i interpretacyjnym rygoryzmem pozytywizmu;
 - Standardy etyczne zawierają reguły interpretacji norm prawnych i normy prawa międzynarodowego, a prawa krajowe są silnie uzależnione od pra-

wa międzynarodowego i od prawa Unii Europejskiej. Prymat prawa międzynarodowego i unijnego oraz zasada subsydiarności ograniczają autonomię prawa krajowego. Nie jest ono *suprema lex*;

- Reguły uznania Herberta L.A. Harta zawierające również treści etyczne oraz teza o minimum prawa natury w prawie pozytywnym są wskaźnikiem tego, że miękki lub wyrafinowany pozytywizm nie musi bezwzględnie bronić formalistycznej autonomii prawa wobec innych systemów normatywnych;
- Instytucjonalni strażnicy prawa mają własne przekonania etyczne i wpływa to na ich działania profesjonalne w procesie tworzenia i stosowania prawa. Tak mówią realiści prawni i na to wskazują powszechnie znane wyniki badań socjologów prawa;
- Formuła Gustawa Radbrucha *Lex iniustissima non est lex* otwiera drogę wartościom moralnym do decyzji stosowania prawa. Uzasadnia także wyjątkowo stosowane normy działające wstecz i odstępianie od zasady „*Lex retro non agit*” w imię wysokich ideałów sprawiedliwości. Na formułę Radbrucha można powołać się także w przypadku odstąpienia od egzekwowania niektórych przepisów;
- Koncepcja prawa proponowana przez Roberta Alexy’ego zakłada, że prawo ma składnik idealny, czyli normatywny i realny, czyli decyzje interpretacji, walidacji i stosowania norm. Taki sposób myślenia również dopuszcza pośredni wpływ norm moralnych na treść norm prawnych;
- Koncepcja *law as integrity* Ronalda Dworkina wyraźnie wiąże prawo z moralnością, bowiem słowo *integrity* po angielsku nie tylko znaczy spójność lub integralność, lecz także prawość, uczciwość, czystość. Zatem Dworkin nie tylko w zasadach i zaleceniach polityki prawa obecnych w systemie prawa dostrzega treści moralne.

Powyższe argumenty uzasadniają tezę realizmu etycznego, która jest bardziej adekwatna opisowo i budzi mniej zastrzeżeń etycznych niż pozytywistyczny pogląd o separacji prawa i moralności. Pozytywistyczną tezę o separacji prawa i moralności proponuję zastąpić socjologicznie i psychologicznie realistyczną tezą o *interferencji norm prawnych i moralnych oraz całych systemów normatywnych*. To jest empiryczna podstawa tezy realizmu etycznego w przyjętym tu rozumieniu.

Na marginesie warto przypomnieć opinię wybitnego idealisty Hegla mówiącą, że prawo składa się z trzech części:

1. Prawa abstrakcyjnego – zewnętrznej, obiektywnej formy,
2. Moralności – subiektywnego odczucia, wewnętrznego przekonania,
3. Etyki – zjednoczenia sfery subiektywnej i obiektywnej.

To zjednoczenie prawa i moralności dokonuje się w trzech sferach życia ludzi – w rodzinie, społeczeństwie cywilnym i w państwie, które tworzy gwarancję wolności. Hegel jak widać nie zaakceptowałby tezy pozytywizmu prawnego

o oddzieleniu prawa i moralności, o takiej autonomii prawa, która powoduje, że normy i przekonania moralne jakoby nie wywierają wpływu na treść decyzji tworzących i stosujących prawo.

Autonomia systemu prawa jest oczywiście potrzebna, ale warto być świadomym jej stopniowości, względności i ograniczoności. *Prawo jest systemem norm odrębnym od innych systemów norm, lecz nie jest i nie może być systemem zamkniętym; staje się albo pół-otwarte albo otwarte w zależności od okoliczności historycznie zmiennych.*

Normatywność jako cecha systemu prawa i każdej normy w nim obecnej jest stopniowalna; może być mniej lub bardziej wyrazista i jednoznaczna treściowo i mniej lub bardziej stanowczo egzekwowana w konkretnym porządku prawnym. Zachodnia kultura prawna wypracowała w swej jurysprudencji tylko trzy formy modalności normatywnych – zakaz, nakaz i dozwoleństwo, przy czym dozwoleństwo może być słabe (gdy brak zakazu i zakłada się iż to, co nie jest zakazane, jest dozwolone) lub mocne (gdy jest wyrażone w normach *expressis verbis*). Oczywiście ma to wpływ na możliwości stopniowania normatywności. Łatwiej to sobie uświadomimy, gdy przypomnimy, że kultura prawna islamu wyróżnia nie trzy, lecz pięć modalności:

- 1) *fard* (nakazy), obowiązują wszystkich wyznawców Allacha i obejmują: wyznanie wiary, pięć modlitw codziennie (*salat*), posty, daninę dobroczynną (*zakat*) oraz przynajmniej jednorazową pielgrzymkę do Mekki (*hadż*);
- 2) *mustahabb* (zalecenia), określają właściwe zachowanie w sprawach małżeńskich, rodzinnych i pochówku zmarłych oraz w większości problemów regulowanych na Zachodzie przez prawo cywilne;
- 3) *mubah* lub *hallal* (dozwolenia), ani zakaz ani nakaz;
- 4) *makruh* (miękki zakaz, negatywne rekomendacje), dotyczy czynów, które nie są grzechem, ale są niepożądane w społeczności muzułmańskiej. Za niektóre czyny tej kategorii mogą być wymierzane sankcje karne;
- 5) *haraam* (zakazy czynów karalnych), to czyny zabronione i karalne. Niektóre reguły dotyczące stroju i jedzenia także należą do tej kategorii.

Poza trzema znanymi prawu Zachodu, są ponadto słaby zakaz i słaby nakaz, ale nie ma słabego dozwoleństwa, znawcy prawa koranicznego potrafią jednak dzięki interpretacji wytworzyć także słabe dozwoleństwo, chociaż prawo koraniczne nie nawiązuje do idei liberalizmu, które są intelektualną przesłanką słabych dozwoleństw w kulturze prawnej Zachodu. Jak widać, koraniczna typologia norm prawa wprost zakłada stopniowalność normatywności, ponieważ słaby zakaz i słaby nakaz mają oczywiście mniejszy stopień normatywności niż mocny zakaz i mocny nakaz.

Związek między uprawnieniami i obowiązkami, wyrażony w każdym statusie prawnym, nie jest ani przypadkowy, ani zależny od dyskrecjonalnej arbitralności instytucjonalnego prawodawcy w systemach prawa stanowionego. W wysokim

stopniu jest on uwarunkowany przez szerszy kontekst kulturowy, wzory zachowania i wartości naczelne zawarte w żywej tradycji określonego społeczeństwa. W kulturze prawnej Zachodu były różne okresy w rozwoju myślenia na temat związku uprawnień i obowiązków: rzymska tradycja doceniała wagę obowiązków i nie tworzyła aksjologicznych przesłanek dla prymatu uprawnień osób, długie średniowiecze w Europie wytworzyło nawet prymat obowiązków nad uprawnieniami w większości statusów wówczas istotnych, a we współczesnej kulturze Zachodu pod wpływem idei liberalno-demokratycznych widać wyraźny prymat uprawnień i marginalne traktowanie obowiązków, czemu najpełniejszy wyraz dał Ronald Dworkin w swej formule *rights are trumps*.

W azjatyckich kulturach, gdzie silne są wpływy konfucjanizmu lub licznych religii wytworzonych na Półwyspie Indyjskim, także obecnie obowiązki traktowane są z należytą powagą i często mają pierwszeństwo przed uprawnieniami w stosowaniu prawa i – co nie mniej ważne – w pedagogice społecznej. Obowiązki są liczne i wobec różnych kręgów lojalności lub przynależności: wobec przodków, wobec rodziców, wobec całej rodziny, wobec lokalnej społeczności, wobec władz państwowych i interesu państwa. Inaczej niż człowiek Zachodu, którego uczy się jego uprawnień i sposobów ich obrony, człowiek Orientu jest kształtowany bardziej przez przekaz obowiązków niż uprawnień. Ważne, że wśród tych obowiązków jest także religijny i/lub moralny obowiązek podstawowy wobec samego siebie – obowiązek doskonalenia się, budowania w sobie dobrej mocy sprawczej i twórczej (dobra karma w hinduizmie, ideał godnego człowieka w konfucjanizmie). Ten perfekcjonistyczny składnik kultur Orientu nie ma niestety swego odpowiednika we współczesnych kulturach Zachodu.

Konflikty o status prawny miały i nadal mają dramatyczne skutki. Trafnie napisał Leon Petrażycki, że „niewątpliwie wiele milionów ludzi poniosło śmierć i mnóstwo społeczności ludzkich uległo rozbiciu i zniszczeniu na skutek niezgodności poglądów co do istnienia i zakresu wzajemnych praw i obowiązków” (Petrażycki 1959, I: 241).

Historia prawa dowiodła, że status podmiotu praw i obowiązków był przypisywany w dawnych wiekach także zwierzętom, np. kogutom i krowom, które stawiane były przed sądami za pogwałcenie prawa karnego. Współcześnie nie oskarża się zwierząt o przestępstwa, ale ich status prawny jest doskonały, są coraz lepiej chronione przez prawo przed ludzką nieprawością i brutalnością. Być może w przyszłości najbardziej rozwinięte gatunki zwierząt uzyskają trzeci status, inny niż status osób i inny niż obecny status prawny zwierząt.

Inspiracją dla przedstawianej tu teorii statusu i porządku prawnego były liczne źródła w tradycji filozoficznej, socjologicznej i w samej teorii prawa. Teraz je krótko przypomnimy, aby było jasne, komu zawdzięczamy to, co wiemy i być może lepiej rozumiemy. Ten dług wdzięczności należy się mistrzom, nawet jeśli nie możemy w pełni zaakceptować ich propozycji jako zadowalających.

Rozdział 2

Inspiracje

2.1. Problem uznania w idealistycznej filozofii niemieckiej: Fichte i Hegel

W filozofii Immanuela Kanta, a zwłaszcza w koncepcji imperatywu kategorycznego, postuluje się uznawanie człowieka zawsze jako celu, nigdy jako środka. Należy zatem akty własnej woli doprowadzać do zgodności z wolą innych ludzi, którzy posiadają godność i zasługują na jej uznawanie. Związki między ludźmi, zdaniem Kanta, powinny zakładać zasadę wzajemnego szacunku. Liberalne i humanistyczne ideały Kanta są oczywistym punktem wyjścia ku nowożytnej teorii statusów i uznania.

Postęp w filozoficznej refleksji nad uznaniem dokonał się dzięki Johannowi Gottliebowi Fichte, zwłaszcza dzięki jego studium o podstawach prawa natury, które zostało opublikowane w Jenie w 1796 roku i tylko nieznacznie zostało uzupełnione w 1798 roku. Podobnie jak Kant, twierdzi Fichte, że narasta świadomość, iż każdy człowiek jest niczym bez innych ludzi. Wielostronne stosunki świadomych siebie ludzi mają być taką przestrzenią wolności, w której własna wolność działania nie będzie ograniczać wolności innych ludzi. Bez wzajemnego uznawania wolności i godności innych człowiek nie mógłby być świadom samego siebie.

Fichte zakłada, że ludzie uzyskują świadomość własnej autonomii przez to, że ktoś inny swym zachowaniem niejako wzywa ich do tego. Bez takiego wezwania nie zdobyliby świadomości swej odrębności od innych. Rozumiejąc intencjonalny sens zachowania innego człowieka, możemy sobie uświadomić własną intencjonalność.

Młody Hegel kilka lat później, w latach 1802–1807 jest docentem na tym samym uniwersytecie w Jenie, co Fichte. Pisze wówczas o uznaniu godności i statusu innych ludzi, przy czym interesują go głównie trzy sfery życia społecznego: rodzina, społeczeństwo obywatelskie i państwo. Dowodzi, że ludzie mają moralny obowiązek szanować status ludzki innych. Co ten status uzasadnia? Uniwersalność naturalnej, przyrodzonej godności każdego człowieka jako człowieka

niezależnie od jego zalet i wad (Hegel 1807). Ten oświeceniowy egalitaryzm był otwarty na przyszłą prawną ochronę praw każdego człowieka i obywatela. W myśli Fichtego i Hegla zasada wzajemnego uznawania swej podmiotowości w pewnym stopniu zastępuje i zarazem uzupełnia koncepcję umowy społecznej jako podstawy działania państwa i prawa. Właściwe uznanie wzajemne statusów prawnych możliwe jest tylko w ramach zinstytucjonalizowanego porządku prawnego. Myśl tę rozwinął Hegel już w wieku dojrzałym, tworząc *Zasady filozofii prawa* (Hegel 1969).

Teoria uznania młodego Hegla była pomyślana jako celowościowy ruch o wielu etapach rozwoju samoświadomości jednostek i historii rozwoju wspólnot kulturowych na poziomie panowania, organizacji pracy, moralności, prawa i państwa. W stosunku do teorii Fichtego, u Hegla dokonał się postęp, bowiem rozszerzył on zakres uznania. Nie jest ono już jedynie interakcją między jednostkami, lecz przede wszystkim między jednostkami a systemami społecznymi, grupami i ich instytucjami. Uznanie dla Hegla to dialektyczna relacja dynamiczna między *ja – my* oraz *ja – inne ja*. Dialektyczność wyraża się w tym, że jedna płaszczyzna uznania może być potwierdzeniem, a druga negacją czegoś lub kogoś.

Podstawą uznania jest autonomia jednostek i wzajemność szacunku między nimi. Jednak nie zawsze taki szacunek jest symetryczny i autonomia także w rzeczywistości jest nierówna. Hegel ma tego świadomość. Stosunek pana i sługi to jeden z najważniejszych elementów systemu filozoficznego Hegla, opisany w *Fenomenologii ducha*. Znamiennie, że filozof rozwinął ten pomysł w dziele poświęconym samodzielności i niesamodzielności samowiedzy (Hegel 2002; Siep 1975).

Hegel pokazał, jak z indywidualnej samoświadomości powstaje struktura społeczna, w której są panowie i słudzy. Rozwój indywidualnej świadomości rozpoczyna się od hipotetycznej „walki na śmierć i życie” między dwiema kategoriami ludzi. Hegel dokonuje podziału ludzi walczących według kryterium stopnia rozwoju świadomości na tych, którzy potrafią zaryzykować swoje życie w imię zachowania wolności, oraz pozostałych, którzy są niezdolni do walki i w konsekwencji zrzekają się wolności w zamian za bezpieczeństwo. Powstaje dialektyczna relacja – z jednej strony pan, który ginie w walce o status człowieka wolnego lub zdobywa wolność i władzę, z drugiej strony sługa, który zgadza się wykonywać pracę na rzecz swojego pana, który ma mu zapewniać bezpieczeństwo. Sługa uzyskuje status człowieka o ograniczonej wolności, który wyżej ceni bezpieczeństwo niż wolność.

Role pana i sługi nie są przypisane raz na zawsze, są odwracalne. Pan może stać się sługą, a sługa panem. Sługa zmaga się z trudem pracy i przez to pomnaża swą moc oraz świadomość swego statusu. Pan już nie walczy, bo ma status wysoki i przez tę bierność nie rozwija się, a z czasem słabnie i uzależnia się od swych służących, a nawet od rzeczy (Wildt 1982).

W takim momencie role mogłyby się odwrócić, choć Hegel raczej pesymistycznie zapatruje się na to, że służący mogą osiągnąć prawdziwą i pełną wol-

ność. Zarazem jednak jest optymistą, kiedy dowodzi, iż głównie przez pracę ludzie rozwijają świat i samych siebie. Dzięki temu rozwojowi ludzkość ma szansę powrotu do pierwotnej jedności bytu i pojęcia tego bytu.

Teoria walki klas Karola Marksa i jego wiara w wyzwolenczą misję proletariatu jest socjologiczną, optymistyczną kontynuacją i zarazem krytyką teorii Hegla.

Kontynuacja idei Hegla w filozofii uznania nastąpi dopiero w latach 30. XX wieku dzięki działalności Aleksandra Kojève (Kojève), rosyjskiego emigranta tworzącego we Francji. Ożywił on pamięć o dorobku Hegla na swym słynnym seminarium i potem w wybitnych interpretacjach dzieł tegoż filozofa (Kojève 1980). W twórczości swej potwierdzał tezy Hegla, iż uznanie jest niezbędne dla osiągnięcia coraz wyższych poziomów samoświadomości. Przypominał terminy Hegla, takie jak: „Bewegung der Anerkennung”, „Dialektik der Anerkennung” czy „Kampf um Anerkennung”⁹.

2.2. Niemiecka jurysprudencja o statusie i uznaniu: Ihering i Jellinek

W niemieckiej myśli filozoficznej i prawnej problematyka statusu i uznania, a także wzajemności uznania, była wielokrotnie podejmowana w wiekach XIX i XX. Dwa wielkie umysły prawnicze mają na tym polu szczególnie wybitne dokonania intelektualne, które warto kontynuować.

Rudolph von Ihering w końcu XIX wieku pisał o niestopniowalnym uznaniu podmiotu prawa (czyli statusu prawnego podmiotu) i stopniowalnym szacunku społecznym opartym na ocenie zalet i/lub osiągnięć konkretnej osoby. Skala wartości dla takich ocen przypisujących określoną porcję szacunku osobom jest zawarta w kulturze społeczeństwa. Racjonalność kulturowa, jako funkcja wiedzy o warunkach działania i uznawanych wartościach/normach i ich treści, to podstawa ocen przypisujących szacunek i wążących wady/zalety oraz osiągnięcia/porażki konkretnej osoby. Ihering budował intelektualne przesłanki odróżniania uznania prawnego od społecznego, zwłaszcza w drugim tomie swego dzieła o celu w prawie (Ihering 1883, t. 2)¹⁰.

Uważał, że etyczna integracja społeczeństwa jest możliwa dzięki wzajemnemu uznaniu i szacunkowi ludzi. Ihering odróżnił prawne uznanie – oparte na tym, że każdy człowiek powinien być równo traktowany, jako cel sam w sobie, od uznania społecznego – opartego na zaletach i osiągnięciach człowieka, który w ten sposób może zasłużyć na określony stopień uznania. Szacunek do człowie-

⁹ Wiele też przejął od Hegla Jacques Lacan do swej wersji psychologii, ale ten nurt kontynuacji idei niemieckiego filozofa dla naszych rozważań nie jest użyteczny poznawczo.

¹⁰ Tom pierwszy wydano w 1877 roku również w wydawnictwie Breitkopf und Härtel.

ka jako osoby jest niestopniowalny i niezależny od tego, co on robi i jak myśli. Ten równy status prawny należy się każdemu tylko dlatego, że jest człowiekiem i posiada godność ludzką.

Genialną syntezą głównych idei von Iheringa jest jasna myśl, że celem prawa jest pokój, a środkiem do tego jest walka – „Das Ziel des Rechts ist der Friede, das Mittel dazu der Kampf” (Ihering 1894, 1). Idea walki o prawo i koncepcja prawa jako środka do celu to trwałe osiągnięcie tego, co później nazwano jurysprudencją interesów. Będziemy świadomie kontynuować pomysł, że ludzie walczą ze sobą o swe prawa i że ich interesy są siłą sprawczą zmieniającą strukturę statusów prawnych.

Georg Jellinek, wielki mistrz pozytywizmu kontynentalnego, a zarazem jeden z prekursorów socjologii prawa, bardzo rozwinął naukę o statusach prawnych. Odróżnił trzy statusy osoby – negatywny, pozytywny i aktywny, które to statusy są prekursorskie wobec współczesnego nam podziału na trzy generacje praw indywidualnych – generację praw osobistych gwarantujących nietykalność, wolność osobistą, własność; drugą generację praw politycznych gwarantujących obywatelom uczestnictwo w wyborze i kształtowaniu struktury władzy państwowej i trzecią generację praw socjalnych zapewniających godziwy stopień dobrobytu (Jellinek 1892)¹¹.

Thomas H. Marshall, nawiązując do Jellinka, określał wiek XVIII jako epokę praw osobistych (*status negativus*), wiek XIX jako epokę praw politycznych (*status activus*) i wiek XX jako epokę praw socjalnych (*status positivus*).

Nawiązując do prawa rzymskiego, Jellinek dowodził, że osobowość prawną jednostki ludzkiej określa jej stosunek do państwa. Ten stosunek konkretnego człowieka do państwa nazywał on właśnie terminem status, z którym wiążą się konkretne uprawnienia, ale który sam nie jest takim uprawnieniem. Prawa lub uprawnienia można mieć, a osobą z określonym statusem można być.

Zdaniem Jellinka cel wszelkich walk politycznych to dążenie do powiększenia statusu osób i grup w społeczeństwie. Rozwój kulturalny jest przesłanką powiększania przestrzeni wolnej i uznawanej za wolną od obecności państwa (*Freiraum*).

Status subiectionis to status bierny jednostki, która nie jest podporządkowana jakiemuś systemowi prawnemu, co przypomina status *homo sacer* w rzymskim prawie karnym, gdzie taki wyjęty spod prawa człowiek nie miał ani uprawnień, ani obowiązków. Stan ten może być zniesiony, gdy wszyscy ludzie otrzymają prawne gwarancje międzynarodowe swych praw ludzkich i obywatelskich. Żądanie, aby każdy miał prawo mieć prawa, postulowane przez Hannę Arendt, jest dziś spełnione, ale wiele wieków historii ludzkiej upłynęło bez takich gwarancji dla statusu jednostki.

¹¹ Tekst ten zawiera także interesującą typologię podstawowych praw człowieka.

Status negativus lub *status libertatis* daje uprawnienia obronne człowiekowi, jest swoistą tarczą chroniącą przed władzą państwa (*staatsfrei Raum*). Jellinek dostrzega tu możliwość prawnego różnicowania uprawnień poszczególnych osób (niektórzy mają prawo noszenia broni, co większości osób nie jest przyznane). Jest to prawnie wyznaczony przywilej. Są możliwości pogorszenia czyjegoś statusu, na przykład przez skazanie na status więźnia za popełnienie przestępstwa. *Status negativus* opisuje wolność negatywną, czyli wolność od ingerencji aparatu państwa w zachowania, które nie są bezprawne. Co nie jest zakazane, jest dozwolone i tworzy dla obywatela jego „sferę wolności” (Jellinek 1905, 419–420). *Status negativus* określa uprawnienia obronne obywatela przed państwem (*Abwehrrechte*).

Status positivus oparty jest na rzymskiej tradycji *status civitatis*, oznacza po prostu konfigurację praw obywatela w państwie (Jellinek 1905, 420). Obywatel ma prawo domagać się od państwa określonych działań pozytywnych dla siebie, mieć roszczenia do określonego przez prawo poziomu usług socjalnych, ubezpieczeń i podstawowego dochodu. Te roszczenia w ramach *status positivus* są pożyteczne nie tylko dla jednostki do nich uprawnionej, lecz także dla całego społeczeństwa. To nazywa Jellinek *Schutzrechte*. *Status positivus* wyraża pozytywną wolność człowieka, wolność posiadania określonych dóbr, a nie tylko wolność od jakiegoś zła. Jellinek tak oto określił sens *status positivus* – „Der Einzelne erhält die rechtlich geschützte Fähigkeit, positive Leistungen vom Staat zu verlangen und für den Staat die rechtliche Verpflichtung, im Einzelinteresse tätig zu werden” (Jellinek 1905, 420).

Jellinek wyraźnie mówi, że bez pozytywnego działania państwa wypełniającego swe „prawne obowiązki w swym własnym interesie” jednostka nie mogłaby mieć takiego pozytywnego statusu prawnego.

Status activus to uprawnienia obywatela do uczestnictwa w kształtowaniu struktur i decyzji władzy państwowej, na przykład są to prawa wyborcze czy prawa do kontrolowania władz publicznych. *Status activus* nie jest cechą osoby konkretnego człowieka, lecz pozycją instytucjonalną o bezosobowym charakterze. Rządzi państwem nie osobowość króla, ale status, który w sensie prawnym króla czyni królem.

Status activus processualis zaproponował wybitny konstytucjonalista niemiecki Peter Häberle w 1971 roku. Za podstawę takiego statusu uważał prawne procedury przejrzyste i dostępne dla obywateli aktywnie chroniących swoje statusy prawne i prawa podstawowe. Konstytucyjna zasada prawa amerykańskiego o *due process of law* jest podobna w skutkach do *status activus processualis* w wersji Häberle.

2.3. Współczesna myśl filozoficzna i prawna o uznaniu i statusach: Habermas, Honneth, Brugger

W literaturze niemieckiej teoria uznania Hegla najpierw została poddana analizie krytycznej w końcu lat 60. XX wieku przez Jürgena Habermasa (Habermas 1968, 9–47). Habermas zauważył istotne braki w teorii Kanta i Marksa. Kant w swych analizach etyki i zwyczajów pominął interakcje między ludźmi i dlatego nie docenił intersubiektywności, skupiając całą swą uwagę na subiektywności, na samoświadomości. Z drugiej strony Marks zajmował się oczywiście interakcjami, lecz swoje zainteresowanie ograniczył tylko do jednej z nich – do pracy produkcyjnej. Hegel zdaniem Habermasa takich błędów nie popełnił dzięki swej intersubiektywnej koncepcji uznania.

Habermas połączył koncepcję uznania ze swą idealną sytuacją rozmowy i całą bogatą konstrukcją racjonalności komunikacyjnej, jako zasadniczo odrębnej od racjonalności instrumentalnej (Habermas 1994, 107–148). Za Heglem analizuje on walkę o uznanie między jednostkami i grupami, ale wzbogaca tę wiedzę o fakty z dziedziny komunikowania się ludzi, o próby kontroli dyskursu politycznego przez ekonomicznie i kulturowo uprzywilejowanych.

Habermas jest bardziej socjologiem, a Hegel wszakże był idealistycznym spekulatywnym filozofem, który bardziej wierzył w postęp wolności niż go empirycznie doświadczał. Uznanie równej podmiotowości innych i dopuszczalności rozmaitych argumentacji jest jednym z warunków racjonalnego dyskursu, a ten w koncepcji Habermasa zapewnia tworzenie norm i reprodukcję legitymizacji porządku społecznego.

Axel Honneth to wychowanek Szkoły Frankfurckiej i jej współczesny kontynuator w roli dyrektora Instytutu Badań Społecznych we Frankfurcie, po odejściu na emeryturę Habermasa. Jego praca o uznaniu jest najpełniejszym rozwinięciem pomysłów młodego Hegla sprzed ponad 200 lat. Przypomnimy tu tylko te myśli Hegla i Honnetha o uznaniu, które są przydatne dla naszej własnej koncepcji statusu prawnego, które czynią możliwym wzbogacenie prawniczego wyobrażenia o statusach o komponenty socjologiczne i psychologiczne¹².

Kategoria uznania jest ważną przesłanką koncepcji normatywnej, czyli formalnej teorii dobrego i sensownego życia, która rozwija niektóre postulaty ideowe Marksa, Sorela oraz Sartre'a. Szersza dyskusja o ideale dobrego życia i przyjaznego ładu społecznego Honnetha nie będzie tu potrzebna.

Swoje analizy Honneth oparł na dystynkcji Hegla między rodziną, społeczeństwem obywatelskim i państwem, aby w każdej z nich wyróżnić specyficzną formę uznania. Hegel proponuje trzy typy uznania, które określa jako miłość,

¹² Istotny dorobek w interpretacji myśli Honnetha w literaturze polskiej stanowią studia Bartosza Wojciechowskiego (Wojciechowski 2007, 295–310; 2012, 115–134); zob. też Fraser, Honneth 2005.

prawo i poważanie. Postęp społeczny dokonuje się w kilku etapach przebiegających od relacji miłości, poprzez system prawa aż do zbiorowej solidarnej etyczności w państwie.

Jürgen Habermas ogranicza swoje pole badawcze do uznania prawnego. Nancy Fraser oraz komunitarianie (Michael Walzer i Charles Taylor) nawiązują do kulturowego rozumienia uznania, którego podstawą jest społeczny fakt „różnicy”¹³. Nie odróżniają za Heglem trzech poziomów interakcji ludzkich.

Opracowana przez Honnetha propozycja podziału uznania na trzy sfery – miłość, prawo i solidarność – niewiele dodaje do pomysłów Hegla. Uznanie przez miłość włącza także przyjaźń i inne więzi emocjonalne w małym kręgu osób bliskich. Jest tu przyjmowane założenie, że uznanie jest drogą rozwijania indywidualnej tożsamości i samorealizacji dzięki temu, iż bez uznania innych nie ma ani indywidualizacji, ani wspólnoty. Najwięcej twórczych rozwinięć myśli Hegla znajduję w tabeli zatytułowanej „Struktura społecznych relacji uznania” (Honneth 2012, 126). Kilka z aspektów rozważanych w tej tabeli odtworzę tu z zamiarem krytycznego nawiązywania właśnie do nich.

Tabela 1. Struktura społecznych relacji uznania według Honnetha

Praktyczne samoodniesienie	Wiara w siebie	Szacunek do siebie	Cenienie siebie
Postaci krzywdy	Przemoc i gwałt	Pozbawienie praw i wykluczenie	Pozbawienie godności, lżenie
Zaburzona komponenta osobowości	Tożsamość fizyczna	Tożsamość społeczna	„Honor”, godność
Sfera życia	Rodzina	Społeczeństwo obywatelskie	Państwo
Forma uznania	Miłość, przyjaźń	Stosunki prawne	Wspólnota wartości

Źródło: Honneth 2012, 126.

Honneth dość arbitralnie i bez odwołania się do faktów przypisuje rodzinie i innym małym kręgom bliskości emocjonalnej zdolność generowania przemocy i gwałtu (rzekomo typowe postaci krzywdy właśnie w tej sferze) oraz zagrożeń dla tożsamości fizycznej (rzekomo typowe zaburzenie osobowości w rodzinie). Z tą skrajnie pesymistyczną wizją zła w tym modelu rodziny nie jest spójna oryginalna idea Hegla o tym, że właśnie w rodzinie istnieje miłość jako bezwarunkowe i bezgraniczne uznanie tych, których się kocha. Także nie jest jasne, dlaczego w sferze działania państwa modelową krzywdą ma być pozbawianie godności i honoru. Historia państw i rola wojen w ich rozwoju i upadku dowodzi znacznie poważniejszych i groźniejszych ryzyk niż lżenie i ataki na honor. Honneth pisze

¹³ Modrzyk 2010, nr 1; 2011, nr 4; Taylor 1994; Walzer 2007; Fraser 2006.

o honorze zawsze używając cudzysłowu. Czy ten ton to ironia, przekąs czy ideowy dystans? Czy sądzi on, że honor nie jest rzeczywistą wartością w życiu społecznym, a godność jest?

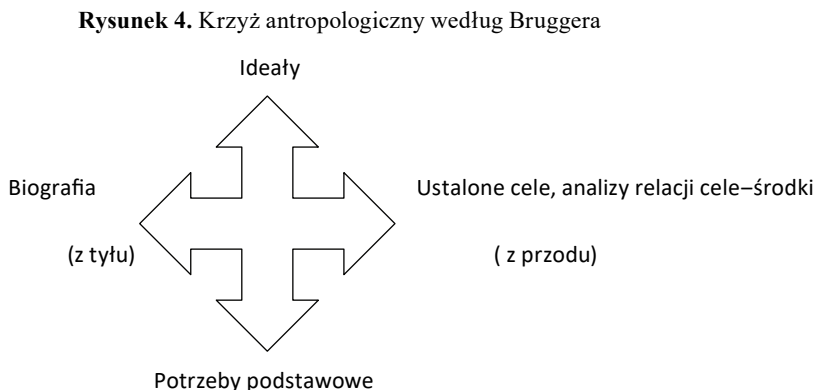
Nie jest także jasne, czym różnią się w teorii Honnetha wiara w siebie, szacunek do siebie i cenie siebie. Potencjał poznawczy wyczuwam tu jedynie intuicyjnie, ale autor nie objaśnił tego dostatecznie, co częściej zdarza się filozofom z innych krajów niż Niemcy.

Studia nad uznaniem to domena filozofów, problemy statusów są natomiast domeną prawników. Za szczególnie inspirujące uważam propozycje Winfrieda Bruggera, niedawno zmarłego wybitnego prawnika niemieckiego. To on właśnie zaktualizował i istotnie rozwinął koncepcję Jellinka o statusach prawnych (Brugger 1995, 121–134; 2007, 216–247).

W tabeli 2 zaprezentowane są te rozwinięcia i uzupełnienia Bruggera, które nie mogły być znane Jellinkowi pracującemu w Heidelbergu na przełomie XIX i XX wieku.

Tabela 2 pokazuje duży poznawczy walor klasyfikacji statusów opracowanej przez Jellinka. Po uzupełnieniach klasyfikacja ta stała się podstawą znacznie bogatszej typologii zagrożeń i remediów ustrojowych na te zagrożenia, jak udowodnił Brugger w swych licznych pracach porównujących systemy władzy państwowej czy w studiach przypominających dorobek Georga Jellinka.

Cenną inspiracją dla studiów nad statusami prawnymi jest koncepcja metodologiczna Bruggera, którą nazwał on antropologicznym krzyżem decyzji w polityce i w prawie²⁷. Pomysł Bruggera polega na rekonstrukcji impulsów psychokulturowych wpływających na decydenta (np. sędziego), gdy musi rozstrzygać tzw. trudne przypadki przez odwołanie się do zasad prawa, jego celów i norm pozaprawnych. Czynniki te mają postać krzyża, bowiem niektóre działają niejako z góry, inne z dołu, a jeszcze inne z tyłu lub z przodu osoby decydującej w takich przypadkach. Ów krzyż antropologiczny miałby więc taki kształt, jak pokazano na rys. 4.



Źródło: opracowanie na podstawie: Brugger 2007, 7–19; Brugger 2008.

Tabela 2. Zmiana statusu obywatela wraz z ewolucją formy państwa według Bruggera

STOSUNEK OBYWATEL – PAŃSTWO	DOBRO CHRONIONE	PROBLEM: POWODY NIEPEWNOŚCI	ROZWIĄZANIE: ZABEZPIECZENIE PRZEZ:	INTELEKTUALNY REPREZENTANT
1. Suwerenność: <i>status subiectiois</i> obywatela	Życie	Rozproszenie władzy Wojna domowa Anarchia	Państwo terytorialne Suwerenność władców, a potem państwowa Państwo narodowe Sekularyzacja	Jean Bodin, Thomas Hobbes
2. Liberalność: <i>status libertatis, negativus</i> obywatela	Wolność od (wolność negatywna)	Nadużycie suwerenności państwa Nadmierna opieka i uprzywilejowana kuratela chroniąca religię, gospodarkę lub sferę prywatną	Podział władz Prawa ochronne Państwo prawa Częściowo federalizm i troska obywateli o swoje potrzeby	Montesquieu, John Locke, Immanuel Kant, Federalist Papers
3. Demokracja: <i>status activus</i> obywatela	Polityczna wolność do (wolność pozytywna)	Nadużycia suwerenności Polityczne ubezwłasnowolnienie	Prawa podstawowe do komunikowania się oraz uczestnictwa w polityce Suwerenność ludu	Jean-Jacques Rousseau, Immanuel Kant
4. Państwo socjalne: obywatel ma <i>status positivus</i>	Spoleczna wolność do (wolność pozytywna)	Niewrażliwość na suwerenne uprawnienia: zubożenie, socjalny wyzysk słabych	Zabezpieczenie socjalne, prawa socjalne w konstytucji lub w ustawach	Lorenz von Stein, Hermann Heller, John Rawls
5. Państwo ekologiczne: <i>status oecologicus</i> obywatela	Ekologiczne warunki życia i wolności	Zniszczenie natury	Ochrona zasobów natury, ochrona publicznych dóbr naturalnych Ochrona środowiska, jako cel państwa	Hans Jonas, Od antropocentryzmu do biocentryzmu i ekocentryzmu
6. Państwo kulturalne: <i>status culturalis</i> obywatela	Warunki rozwoju kulturalnego	Zimna anonimowość życia zbiornego	Kultura celem państwa, obiektywne wspieranie praw podstawowych wspierających bogatsze życie duchowe (<i>Unterstützung reicher Lebenswelten</i>)	Georg Jellinek, Peter Häberle
7. Transnarodowość I: <i>status Europaeus</i>	Wolność w politycznym związku narodów	Deficyty suwerenności, Państwa narodowe za słabe, za mocne lub zbyt partykularne	Prawo europejskie: włączanie nowych państw do wspólnot/Unii Europejskiej Europejska konwencja praw człowieka	Idea jednoczenia Europy: Winston Churchill, Jean Monnet, Robert Schuman, Walter Hallstein
8. Transnarodowość II: <i>status universalis</i> obywatela	Wolność w związku państw (<i>Freiheit im Staatenverbund</i>)	Państwa narodowe Unia Europejska w świetle za słaba, za mocna lub zbyt partykularna	Prawo międzynarodowe: włączanie do organizacji międzynarodowych, paktów praw człowieka	Uniwersalna moralność: jedna ludzkość (<i>Eine Welt/ Menschheit</i>) Immanuel Kant, John Rawls, Jürgen Habermas

Źródło: Bruger 2007, 238–239.

Krzyż antropologiczny Bruggera pomaga w głębszym zrozumieniu, jak dochodzi do aktów uznania statusów prawnych na poziomie indywidualnej psychiki. To narzędzie analityczne może być także użyteczne przy rozumiejącej i realistycznej koncepcji interpretacji prawa, gdy chcemy dociec, jak interpretator rzeczywiście ustala sens normy prawnej przed jej zastosowaniem do konkretnego stanu faktycznego.

2.4. Honor, godność, duma i gniew: tymotejskie problemy w filozofii Petera Sloterdijka

Problem honoru i godności zasługuje na staranną analizę, wbrew sugestiom, które przekazuje dzieło Honnetha o walce o uznanie. Honor to postawa, dla której charakterystyczne jest połączenie silnego poczucia własnej wartości z wiarą w wyznawane zasady moralne, religijne lub społeczne. Człowiek honoru to przede wszystkim człowiek zasad stałych i wymagających dzielności etycznej. Człowiekowi honoru wiele czynów nie przystoi, aby nie stracił honoru lub, jak się mawia, nie stracił twarzy. Status etyczny człowieka honoru pozostawia mniej wolności w wyborze sposobów zachowania. Naruszenie zasad honoru przez siebie lub innych postrzegane jest jako „dyszonor” lub „hańba”. W wielu społeczeństwach takie naruszenie pociąga za sobą natychmiastową osobistą reakcję tego, czyj honor został zaatakowany lub innego członka tej samej grupy. Honoru trzeba bronić i być na to przygotowanym. Godność nie wymaga zemsty na osobie, która ją kwestionuje, natomiast honor niebroniony może być utracony. Zapewnianie innych o swym honorze i mówienie, że jest się człowiekiem honoru, nie buduje statusu człowieka honoru. Honor ma ten, kogo inni uznają za człowieka honoru, uznanie to następuje na ogół wtedy, gdy ktoś skutecznie i przekonująco udowodnił swój honor, stając wobec wyzwania. Taki dowód na posiadanie honoru i jego uznanie przez innych ludzi, a zwłaszcza przez innych ludzi honorowych, dokonuje się na określonej podstawie normatywnej. Podstawą tą są na ogół normy moralne, zwyczajowe lub obyczajowe, a tylko w dawniejszych epokach honor rycerski, a potem szlachecki były także regulowane przez prawo.

Godność można utracić znalazłszy się w bardzo ciężkich warunkach życia, na przykład w obozie koncentracyjnym. Honor, a właściwie własne poczucie honoru może nakazywać sumieniu człowieka sprzeciwić wobec warunków życia zagrażających godności człowieka. Wówczas to honor kieruje motywacją do obrony lub odzyskania godności. Jeśli tak się dzieje, to honor może zostać nawet umocniony w ekstremalnie trudnych warunkach życia. Poczucie honoru wymagające od człowieka obrony godności jest jedyną wartościową zasadą postępowania, która pozostaje, a nawet wzmacnia się, w ekstremalnie trudnych warunkach.

Godność uważa się współcześnie za cechę przyrodzoną i niezbywalną wszystkich ludzi, honor natomiast nie jest dany każdemu. Trzeba zdobyć go, a potem umieć obronić, a przynajmniej potwierdzać w sytuacji próby.

Pojmowanie honoru zależne jest od wzorców kulturowych dominujących w danym miejscu i czasie. Honor rycerza w Europie XVI-wiecznej był oczywiście inny niż honor dona sycylijskiej mafii w XX wieku. We współczesnej Rosji istnieje społeczny status nazywany *wor w zakonie*, co oznacza złodzieja działającego według zasad złodziejskiego kodeksu honorowego. Taki człowiek jest uznawany za autorytet godny szacunku zarówno przez przestępców, jak przez ludzi niełamających prawa, podobnie jak don czy ojciec chrzestny w mafii włoskiej. Aby posiadać status *wora w zakonie*, trzeba mieć kilka wyroków skazujących i wiele cech charakteru tzw. twardziela.

Kultura honoru jest starsza niż kultura prawa. Zanim ugruntowały się systemy prawne, zachowanie ludzi regulowały zasady honoru dotyczące osoby lub grupy rodowo-plemiennej. Koczownicy tworzyli najpierw zasady honoru, a wraz z przechodzeniem na osiadły tryb życia i tworzeniem struktur władzy publicznej powstawało prawo, czyli reguły ważne na określonym terytorium i wymuszane siłą władzy publicznej. Kowboj na zachodzie Stanów Zjednoczonych był nie w pełni osiadłym człowiekiem i władza państwa na terytoriach nazywanych Dzikim Zachodem była słaba. Na kresach Rzeczypospolitej szlacheckiej (jak też w innych przypadkach obszarów pogranicza o rozrzedzonej mocy państwa) ważną rolę pełniły szlacheckie kodeksy honorowe.

Tam, gdzie brakuje władzy terytorialnej lub egzekucja prawa jest niepewna i niekonsekwentna, pojawiają się substytuty prawa – czyli zwyczaje lokalne, zasady honoru, normy religijne lub moralne – i niejako pełnią jego zadania. Kultury honoru są częste w społecznościach żyjących w górach i na mało urodzajnych terenach, co potwierdza historia i zwyczaje ukształtowane np. na Sycylii, w Szkocji, w górzystych częściach Kraju Basków, wśród górali polskich i kaukaskich. Trafnie zauważył Malcolm Gladwell, że „kultura wyrastająca z pasterstwa [hodowla kóz i owiec wobec jałowości ziemi jest często jedyną możliwością – przyp. W.L.] ma bardzo odmienny charakter od kultury, która powstaje wokół uprawy roli. Przetrwanie rolnika zależy od współpracy z innymi, a pasterz musi radzić sobie sam. [...] W przeciwieństwie do rolnika, pasterz ma powody do niepokoju. Żyje w stanie ciągłego zagrożenia utratą zwierząt, dlatego musi być agresywny; musi słowem i czynem okazywać swoją siłę. Musi reagować nawet na najmniejszą zaczepkę, bo właśnie takie zachowanie wymusza kultura honoru. To świat, w którym reputacja człowieka stanowi podstawowy środek jego egzystencji i kształtuje poczucie własnej wartości” (Gladwell 2010, 159).

Wspólną właściwością rozmaitych kultur honoru jest niski poziom formalizacji i uznanie, że poszkodowany, pokrzywdzony lub w inny sposób dotknięty zachowaniem innych ludzi ma prawo i co więcej oparty na tradycji obowiązek samemu obronić swój status. Samosąd więc jest naturalnym prawem odpłaty za

zło i nie musi się tego powierzać państwowemu aparatowi egzekucji prawa. Substytuty prawa są wobec prawa konkurencyjne, jeżeli utrzymują się na terytoriach państw, gdzie jawnie zderzają się z treścią norm prawnych albo prawo nie jest systematycznie egzekwowane. Górale Grecji, Sycylii i Sardynii doskonale radzili sobie z brakiem prawa przez wieki i nic dziwnego, że nadal żywy jest tam zwyczaj wendetty, na przemoc i bezprawie reaguje się przez samoobronę opartą na więzi klanowej i głębokiej lojalności wobec wielkiej rodziny i jej głowy.

Badania empiryczne konfliktów i większa liczba zabójstw na południowym zachodzie Stanów Zjednoczonych niż na północnym wschodzie udowodniły, że ten typ poczucia honoru i agresywności został przeniesiony przez imigrantów z niektórych regionów Europy (zwłaszcza ze Szkocji i Irlandii) do ich nowej ojczyzny i co ważniejsze nawet praprawnukowie tych ludzi, już od dawna żyjący w innych warunkach, wykazywali postawy typowe dla kultury honoru, przekazywane międzypokoleniowo, zwłaszcza na pograniczu zwanym nie bez racji Dzikim Zachodem i na terenie południowych Stanów. „Tylko w kulturze honoru skory do gniewu mężczyzna może uznać, że zastrzelenie człowieka jest właściwą reakcją za zniewagę [...]. Nazwijcie południowca dupkiem, a on natychmiast staje do walki” (Gladwell 2010, 162, 165).

Przekazywany z pokolenia na pokolenie obowiązek wendetty i pochodne od niego zasady odmowy współpracy z państwowym aparatem ścigania naruszeń prawa (*omerta*) to wewnętrzne ograniczenie suwerenności państwa. To także nowe źródło normatywne wyznaczające nowe statusy nieprzewidziane przez normy prawne. Znaczna rola substytutów prawa w regulacji zachowania jest na ogół barierą rozwoju społeczno-gospodarczego, ponieważ osobiste i wedle własnego uznania karanie innych ludzi ma osłabioną lub wątpliwą legitymizację i nie wytwarza godności samych norm.

Peter Sloterdijk trafnie zwraca uwagę na obecność wartości tymicznych we współczesnej kulturze. *Thymós* w antycznej Grecji była to sfera regulowana przez takie wartości jak ambicja, duma, honor, godność i dzielność, a więc cnoty dobrego wojownika, którym towarzyszy często, chociaż nie zawsze, emocja oburzenia i gniewu oraz motyw zemsty tworzący „wojowniczo-mścicielskie energie” (Sloterdijk 2011, 21)¹⁴. Zdaniem Sloterdijka, gniew może wyrastać „...z dążenia do sukcesu, poważania, poczucia własnej godności i z porażek w realizacji tego dążenia” (Sloterdijk 2011, 21). Impulsy *Thymósa* są akumulowane w religiach (jak np. monoteizmy judaistyczny, chrześcijański i islamiistyczny) i w niektórych ideologiach politycznych (jak np. bolszewizm i faszizm), które pobudzają świadomie gniew swych wyznawców przeciwko niewiernym lub przeciw wrogom określonym przez przekonania aksjologiczne

¹⁴ Sfera Erosa w filozofii Sloterdijka określona jest przez pożądlivość nie tylko seksualną, lecz głównie przez pragnienie posiadania, pożądanie bogactwa i kontroli nad innymi, co nie wyklucza motywacji tymotejskich.

zawarte w tych doktrynach. Kultury nienawiści tworzą także nowe statusy prawne, np. status wroga ludu, status rasy panów.

Ambicja i pragnienie uznania czy gniew i zazdrość nie są jednak jedyną postacią mentalności tymotejskiej, bowiem „tymotyka otrzymuje we współczesnym świecie swoją drugą szansę pod kryptonimem wzniosłości” (Sloterdijk 2011, 25). Ta forma autoafirmacji człowieka, jaką jest dążenie do wzniosłości przez własne wybitne osiągnięcia wyróżniające go ponad pospolitość, nie zakłada gniewu i zemsty jako swych koniecznych następstw i oczywiście wywołuje też inne oceny etyczne niż wspomniane „energie wojowniczo-mścicielskie”. Także wytworność, jako druga poza wzniosłością antyteza pospolitości, jest wartością tymotejską, której skutkiem psychologicznym nie musi być agresywny gniew.

Dla analizy statusów inspirująca jest spotykana w dziełach Sloterdijka dystrybucja pojęciowa między autoafirmacją (samowywyższaniem się) a autoreifikacją (samoponizaniem się). Statusy można zatem próbować samodzielnie podnosić sobie lub obniżać, przynajmniej w imaginacyjnym porządku rzeczy niekoniecznie zgodnym z rzeczywistością kulturową danego miejsca i czasu.

Sloterdijk nie zajmuje się problemem skrajnie silnej i patologicznej autoafirmacji, ale zagadnienie to warto tu przypomnieć, bo na współczesnym targowisku próżności i samozachwytu jest to ważne źródło mentalności tymotejskiej. Od dążenia do wzniosłości niedaleko do arogancji, wyniosłości i narcystycznej pogardy wobec zwyczajnych ludzi, którzy nie dążą do wzniosłości. Skłonności paranoidalne wyrażają się między innymi w połączeniu zawyżonego wyobrażenia o własnej wartości z przekonaniem, że tajemne, ukryte wrogie siły ograniczają tak wspinałą jednostkę, jaką sam sobie wydaje się być człowiek o skłonnościach do zachowań paranoicznych. Problem to tym ważniejszy, że skłonności paranoidalne są częste, a wśród polityków walczących o władzę znacznie częstsze niż w całej populacji. Demokracja to system otwartej rekrutacji i łatwo wejść do sfery polityczności każdemu, także tym, którzy swoje mało udane życie zawodowe i rodzinne pragną kompensować obecnością na scenie publicznej. Polityka jest oczywiście sferą tymotejską – mówiąc językiem Sloterdijka. Współcześnie to właśnie politycy wybrani przez wyborców są twórcami prawa i za jego pośrednictwem mogą kształtować statusy prawne. Prawo jest zatem dziełem ludzi paranoidalnych w większej liczbie niż w przypadku całej populacji, z której ich wybrano, bowiem ambicje i dążenie do władzy to właśnie motywy tymotejskie.

Dla naszego projektu zespolenia idei statusu z uznaniem ważna jest inna myśl Sloterdijka – „Dla poruszania wymagających moralnie systemów, czyli kultur, potrzebna jest stymulacja aktorów przez zwiększanie zasobów tymotejskich, takich jak duma, ambicja, żądza znaczenia, gotowość do oburzenia i poczucie prawa” (Sloterdijk 2011, 28). Zaliczenie poczucia prawa do zasobów tymotejskich jest szczególnie znaczące ze względu na inne składniki etosu tymotejskiego, o których pisze Sloterdijk ze świadomością, że zadaniem intelektualnym filozofa

nie jest schlebienie publiczności, lecz prowokowanie społeczeństwa do myślenia poza schematami (Sloterdijk 2012, 100)¹⁵.

Sloterdijk jest dość sceptyczny wobec koncepcji uznania Hegla i Honnetha, bowiem tylko w niektórych incydentalnych uwagach pokazuje drugie dno ukrytych założeń takich koncepcji. Zgadza się z Heglem, że brak uznania ze strony „innych” wywołuje gniew, ale zastrzega, że „na polu walki o uznanie człowiek staje się surrealistycznym zwierzęciem, które ryzykuje życie dla kolorowych gałganów, dla flagi czy ozdobnego kielicha”. Doradza, że „...pożądane byłoby raczej ponowne opisanie uznania – tym razem jako głównej kwestii stosunków intertypotejskich” (Sloterdijk 2011, 29).

W eseju *Pogarda mas* z 2000 roku napisał, że „ogólnie pojęta walka o uznanie wikła zmobilizowane społeczeństwa masowe w trwałe procesy dzikiej dynamiki grupowej” (Sloterdijk 2011, 99). Zderzanie się „niepewnego narcyzmu mas” i „urazonej ambicji elit” to jeden z przejawów tej „dzikiej dynamiki grupowej”. Nie ma wątpliwości, że Sloterdijk, analizując pogardę i gniew mas, jednoznacznie wątpi w sensowość i kreatywność rewolucji wyrastającej z takich źródeł psychicznych. Ewolucjoniści, dążąc do reform, starają się uwolnić masy od poznawczych uproszczeń, pobudzać ludzi do wysiłku doskonalenia się i podwyższania swego statusu w społecznej hierarchii osiągnięć. Są oni w opozycji wobec tych, którzy schlebiają masom i uwodzą je złudną nadzieją na kres wysiłku doskonalącego formy życia. Sloterdijk wybiera sojusz z ewolucjonistami – pragnącymi rozwijać masy nawet je obrażając, a nie z rewolucjonistami – uwodzącymi masy, podobnie jak Hitler, który był „...uczłowieczonym miazmatem najmarniejszego drobnomieszczaństwa z głębokiej prowincji Austrii, długim spazmem ćwierć-inteligencji i mściwości [...]. Był obróconym w zło pragnieniem uznania” (Sloterdijk 2011, 39). Ten mało wytworny megaloman „...doszedł do władzy z racji swego ewidentnego prostactwa i dobitnie widocznej trywialności” (Sloterdijk 2011, 37).

Sloterdijk analizuje trzy formy pogardy mas, nawiązując pozytywnie do diagnozy Karola Marksa:

1. Polityczne poniżenie ludzi pozbawionych realnego udziału w kształtowaniu władzy, której mają być posłuszni,
2. „Uwięzienie większości w systemie pracy wyobcowanej” oraz
3. Systemy komunikacji masowej trywializujące, wulgaryzujące i relatywizujące informacje o rzeczywistości (Sloterdijk 2012, 81–83).

Nawiązuje także do krytycznej myśli Nietzschego, który ostrzegał przed zbliżaniem się „czasu pogardy człowieka godnego” (Nietzsche 2010, 14). Dodaje komentarz „Dla Zaratustry ostatni ludzie są godni pogardy, bo ich życie nie jest otwarte w górę” (Sloterdijk 2012, 85).

¹⁵ Parafrazując znaną myśl Karola Marksa, napisał Sloterdijk: „Filozofowie dotychczas tylko rozmaicie schlebiali społeczeństwu, chodzi o to, by je prowokować”.

Sloterdijk przypomina z aprobatą wezwanie Martina Heideggera do poszukiwania wyjątkowości, do odrzucenia tego, co masowe, typowe i normalne, do niepoddawania się bezosobowemu wpływowi *Się* (*się* lubi, *się* popiera, *się* czyta, *się* myśli) i systemowi umasowienia wszystkiego, w którym „każdy jest innym i nikt sobą samym [...] *Się* [...] to Nikt” (Heidegger 1994, 180–182).

Uważa, że Heidegger przygotował „zwrot w stronę uwolnienia od pogardy, w stronę zradykalizowanego i we właściwy sposób szlachetnego jestestwa” (Sloterdijk 2012, 93–94). Zdaniem Sloterdijka Heidegger, obawiając się nudy i egzystencjalnej trwogi sumienia wolnego człowieka wrzuconego w życie, nie pokazał jasno, jak podążać ku wzniosłym formom egzystencji, jak zmienić stan, w którym panuje „nienawistna podejrzliwość wobec wszystkiego, co twórcze i wolne” (Heidegger 2000, 40).

Główne argumenty polemiczne wobec koncepcji Honnetha (bez wspomnienia jego nazwiska i cytowania jego prac sic!) Sloterdijk rozwinął następująco. Istnieje „obiektywny problem uznania” w tym „sporze między obrażaczami a pochlebcami” mas. Ten problem dotyczy właściwości mas i ich roszczeń do uznania. „W pojęciu masy tkwią elementy, które *per se* skłaniają do powstrzymania się od akceptacji. Zawieszona akceptacja oznacza pogardę – tak jak wstrzymany kontakt oznacza wstręt. Jeśli współczesny świat, jak to zasadnie przedstawiał niejeden interpretator Hegla, stanowi arenę powszechnych walk o uznanie, to musi to nieuchronnie prowadzić do takiej formy społeczeństwa, w której pogarda staje się epidemią – po pierwsze dlatego, że uznanie – tak jak uwaga – jest źródłem, którego wartość jest w korelacji z unikalnością, po drugie dlatego, że pretendenci do akceptacji, mnożąc się nieustannie, z konieczności licytują się w żądaniach, wreszcie dlatego, że masa jako taka stanowi pseudo-podmiot, do którego nie można się odnieść, nie wprowadzając do gry elementu pogardy, przy czym wliczam tu pochlebstwo jako pogardę ze zmienionym znakiem” (Sloterdijk 2012, 47)¹⁶.

Pisał w swym *Kryształowym pałacu* z 2004 roku o konserwatywnym lub stabilizującym efekcie zjawiska uznania (lecz nie walk o uznanie!) – „...Zbyt wysoko oceniane przez filozofię moralną pojęcie uznania oznacza raczej siłę, dzięki której agent może zyskać poważanie, jako potencjalny lub rzeczywisty hamulcowy cudzej inicjatywy” (Sloterdijk 2011a, 223).

Zdolność do wzajemnego hamowania się i ograniczania działań jednostronnych traktuje jako „najczynniejszy mechanizm cywilizacyjny, choć nie należy zapominać, że wraz z tym, co niechciane, i tym, co nieznośne w unilateralnej praktyce, często odfiltrowaniu ulega to, co dobre” (Sloterdijk 2011a, 224).

¹⁶ W innym miejscu tego eseju pisał, że „masa ucieleśnia nieszczegółość, jest czymś z istoty niegodnym uwagi” (Sloterdijk 2012, 69) i próby uczynienia jej czymś nadzwyczajnym w kulturze masowej współczesności są groźne dla kultury. Richarda Rorty uznał za socjaldemokratę z Wirginii, który „korzysta z języka Nietzschego” i „głosi nową wersję amerykańskiego marzenia – dumny marsz w stronę banału” (Sloterdijk 2012, 99).

Na podstawie rozważań Sloterdijka o pogardzie i gniewie na tle różnic statusów możliwa jest konkluzja raczej sceptyczna – pogardzanie masami na ogół rodzi ich gniew i znajduje on formy wyrazu, ale gniew ten nader rzadko jest zdolny przebudować porządek prawny i zawarty w nim układ statusów. Ta konkluzja dotyczy mas społecznych.

Druga jest raczej adresowana do elit społecznych. Uznanie oczekiwane współcześnie należne jest za bycie-takim-jak-inni, za normalność i rzecz można za pospolitość w ramach *Gleichschaltung*. Natomiast podziw lub zachwyt, będące rzadką odmianą mocnego uznania, mogą być oczekiwane za wyjątkowość, za niezwykłość, za wyróżniające osiągnięcia, za przekraczanie granic trywialności i poprawnego banału, za szybki ruch w górę ku wzniosłości.

Godność człowieka to potrzeba posiadania szacunku społeczności lub grupy odniesienia ze względu na fakt bycia człowiekiem (godność osoby ludzkiej) oraz z powodu zalet charakteru, walorów moralnych lub zasług i osiągnięć (godność osobowości człowieka) (Środa 1993; Sadowski 2007, 8–28). W filozofii antycznej godni byli wojownicy i arystokraci na mocy przywileju odziedziczonego, a pozostali powinni na poziom uznania ich godności zasłużyć przez swe czyny. Arystoteles uważał godność za cnotę etyczną i złoty środek między dwiema wadami – zarozumiałstwem i służalczością.

Chrześcijaństwo w filozofii i teologii postrzega godność człowieka jako skutek stworzenia go przez Boga. Źródłem godności człowieka jest wola Boża i z tego powodu godność jest cechą nadprzyrodzoną, powszechną, nieredukowalną i niezbywalną. Sposób i sens istnienia człowieka wyraża właśnie ta godność równająca wszystkich ludzi w ich człowieczeństwie. Humanizm niereligijny (David Hume, Immanuel Kant, Karl Marks, Søren Kierkegaard, Friedrich Nietzsche) nie traktuje godności jako cechy przypisanej każdemu człowiekowi przez bogów. Godność jest tu postrzegana jako efekt własnej aktywności ludzi i wyraz wyzwania się z rozmaitych form zniewolenia oraz jako przyrodzone i niezbywalne prawo naturalne.

Godność jest dobrem osobistym człowieka chronionym współcześnie przez prawo. Cywilnoprawne pojęcie czci obejmuje właśnie godność i dobre imię (art. 23 kodeksu cywilnego). Prawo karne traktuje naruszenie godności jak znamię przestępstwa znieważenia. Sąd Najwyższy RP w wyroku z 21 marca 2007 (I CSK 292/06) określił godność osobistą jako wewnętrzne przekonanie danego człowieka o jego własnym etycznym i moralnym nieposzlakowaniu oraz oczekiwanie okazywania czci wobec siebie rozumiane jako pozytywne nastawienie innych osób wobec niego ze względu na społeczne i osobiste wartości, które reprezentuje. Tak rozumiana godność nie podlega wartościowaniu, a do jej naruszenia dochodzi wtedy, gdy bez uzasadnionych podstaw, zwłaszcza w obecności osób trzecich, traktuje się kogoś negatywnie i wyraża się o nim w sposób poniżający.

Godność jest wartością chronioną w prawie międzynarodowym, w prawie Unii Europejskiej i w prawie większości państw świata. Status prawny godność

zdobyła dopiero po II wojnie światowej i z pewnością było to moralną reakcją na amoralność państw totalitarnych i ich zbrodnie przeciwko ludzkości (Soniewicka, Holocher). Powszechna deklaracja praw człowieka, proklamowana 10 grudnia 1948 roku przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych, stwierdza w preambule, iż „uznanie przyrodzonej godności oraz równych i niezbywalnych praw wszystkich członków wspólnoty ludzkiej jest podstawą wolności, sprawiedliwości i pokoju świata”, zaś w artykule 1, że „wszyscy ludzie rodzą się równi pod względem swej godności i swych praw. Są oni obdarzeni rozumem i sumieniem i powinni postępować wobec innych w duchu braterstwa”.

Problematyka honoru i godności nie została należycie doceniona przez filozofów zajmujących się uznaniem. Właśnie w sferach życia regulowanych przez normy honoru i chroniące godność szczególnie ważne zadanie praktyczne do wykonania ma uznanie, skoro honoru nie można uzyskać bez uznania innych, a godność posiada się jako właściwość przyrodzoną i równą każdemu człowiekowi, bez potrzeby jej uznania przez innych ludzi. Dlatego status prawny godności jest współcześnie nadzwyczajnie wysoki, bez precedensu w stosunku do wcześniejszych dziejów.

2.5. Bourdieu o różnicy, kapitale kulturowym i dominacji symbolicznej

Uznanie różnic w sensie etycznym i estetycznym jest oczywiście stopniowalne, natomiast uznanie równej godności każdej osoby, jako istoty tego samego rodzaju, jest jakościowe i można je wyrażać jedynie na zasadzie albo-albo – albo kogoś uznaję albo nie uznaję (Bourdieu 1977; 1984, wyd. pol. 2005). To mocny punkt wyjścia teorii socjologicznej stworzonej przez Pierre’a Bourdieu.

Bourdieu jest autorem między innymi oryginalnej koncepcji stratyfikacji społecznej opartej na różnicach w sferze trzech typów kapitału, którym mogą dysponować ludzie – kapitału ekonomicznego, społecznego i kulturowego. Kapitały te są nierówno podzielone i mogą podlegać instytucjonalizacji oraz wymianie. Procesy konwersji kapitałów i ich instytucjonalizacji przebiegają w przestrzeniach społecznych, które autor określa mianem pola, czyli „sieci lub konfiguracji obiektywnych relacji między pozycjami”, które są uwarunkowane obiektywnie i wyznaczają miejsce danej osoby w strukturze dystrybucji różnych kapitałów (Bourdieu, Wacquant 2001, 78). Są trzy pola, na których toczy się walka o panowanie. Pole polityczne jest, zdaniem Bourdieu, nadrzędne wobec pól ekonomicznego i kulturowego. Właśnie na tym polu władzy ustalają się wszystkie hierarchie w społeczeństwie. Dzieje się tak dlatego, że władza polityczna pozwala tak zorganizować inne pola aktywności, aby zmniejszać lub zwiększać ich potencjalną zdolność określania statusów.

Status człowieka może rosnać na jednym polu, a na innych zmniejszać się. Każde naruszenie statusu innych osób i hierarchii statusów niesie ze sobą koszt i pomniejsza któryś z posiadanych kapitałów. Te kapitały mogą być akumulowane, tracone lub zużywane w praktyce społecznej.

Ponadto istnieje jeszcze czwarty kapitał – kapitał symboliczny, który nie podlega instytucjonalizacji i jest „formą, jaką przybierają różne typy kapitału, gdy zostaną spostrzeżone i rozpoznane jako zalegitymizowane” (Bourdieu, Wacquant 2001, 105). Jego komponentem jest odpowiedni poziom zaufania, np. zaufanie do uczciwości w przypadku kapitału społecznego, zaufanie do kompetencji w przypadku kapitału kulturowego. W efekcie symbolicznych konfliktów o sposoby definiowania i hierarchizacji statusów społecznych zwycięska klasa społeczna staje się klasą symbolicznie panującą i dzięki swym kompetencjom kulturowym zdolną do stosowania przemocy symbolicznej¹⁷.

Kapitał kulturowy dotyczy różnic w wykształceniu, wiedzy, znajomości języków, umiejętnościach, manierach oraz w smaku i gustach estetycznych. Należą do niego wzory przyzwoitości, uprzejmości, grzeczności i dobrego smaku. Bourdieu pokazał, jak przekazywane są przez klasy wyższe klasom niższym kompetencje kulturowe, sposoby mówienia, maniery, a także estetyczne wyobrażenia wyrażające ich status społeczny i prawny. Te dyspozycje etyczno-estetyczne kształtowane są w bardzo wczesnych stadiach życia człowieka, który jest ich uczony przez swych rodziców i krewnych zanim trafi do szkoły. Zdaniem Bourdieu dobra symboliczne to idealna broń używana w strategiach różnicowania, utrwalania dystynkcji kulturowych między klasami ludzi. Są to znaki różnic w kapitale kulturowym bardzo nieegalitarnie podzielonym między ludźmi.

Każda warstwa w klasie panującej rozwija swoje kryteria estetyczne i poczucie smaku nie tylko w dziedzinach tak oczywistych jak jedzenie, ubiory czy meble, ale także posiada swych ulubionych artystów, dziennikarzy i czasopisma, a także fryzjerów i krawców. Te składniki stylu życia są uwarunkowane nie tylko wychowaniem, lecz także poziomem zamożności i wykształcenia. Bourdieu trafnie pisze, że wyższy status społeczny łączy się zazwyczaj z dbałością o szczupłe i wyćwiczone ciało utrzymywane dzięki właściwej diecie, a niższy status społeczny często oznacza otyłość, którą powoduje niezdrowe, tanie *junk food*. To są także znaki statusu społecznego, które mogą mieć konsekwencje w porządku prawnym.

W wytwarzaniu hierarchii statusów wiele innych różnic jest znacznie ważniejszych niż smak i gust estetyczny, o czym Bourdieu oczywiście wie. Jego pomysł polega na tym, że nie tylko własność i władzę polityczną uważa za różnice istotne, twierdzi, że warto je uzupełnić także o różnice związane z postrzeganiem i kultywowaniem piękna, wiedzy i form kulturowych, czyli wartości nie-związanych z mocą.

¹⁷ Bourdieu postrzega klasę jako grupę statusową, podobnie jak Max Weber.

Porównawcze badania socjologiczne elit wykazały, że zróżnicowanie ludzi w sferze kultury ma relatywnie niewielkie znaczenie w walce o status społeczny (Strzyczkowski 2007, 41–69). Mimo to pojęcie kapitału kulturowego proponowane przez Bourdieu ma metodologiczną wartość w badaniach statusów prawnych, chociaż te nie zależą od różnic smaku i gustu estetycznego. Kapitał kulturowy to nie tylko sfera estetyki i symboli z nią związanych, lecz także wiedza i wartości uznawane przez człowieka. Fakt obiektywny związany z postępowaniem cywilizacyjnym to zmiana charakteru pracy wielu ludzi, którzy w coraz mniejszym zakresie wytwarzają przedmioty materialne i raczej dokonują operacji na ideach, symbolach i abstrakcyjnych pojęciach. Ten fakt cywilizacyjny ma skutki dla intersubiektywnych aspektów kultury, jak i dla interakcji społecznych, z których liczne są grą o statusy. Status społeczny osób niewytwarzających rzeczy w bardzo wysokim stopniu zależy właśnie od kapitału kulturowego i pochodnego od niego stylu życia.

Budowanie własnej tożsamości i poczucia tego, kim się jest, to swoista gra oczekiwań i wymagań uznawanych przez innych lub nie. Refleksja jednostki nad własną egzystencją to systematyczne obserwowanie własnego zachowania, dokonywanie częstych samoocen, analizowanie własnych oczekiwań wobec innych ludzi i ich oczekiwań wobec siebie. Analizowanie stopni akceptowalności określonego sposobu zachowania wkracza w sferę uznawania różnic stylu i dyskursu o sensach wyraźnych i ukrytych pod powierzchnią zdarzeń. Sfera sensów, uznawania i dyskursu o statusach to pole realizowania kapitałów kulturowych i uczestnictwa jednostek w licznych wspólnotach realnych i wyobrażonych. Ludzie wykształceni ponadprzeciętnie, a zwłaszcza profesjonalnie przygotowani do udziału w debacie publicznej, mają oczywiście nadzwyczajną moc interpretacji i zdolność sugerowania innym sensów odczytanych przez siebie jako oczywiste lub najlepsze z możliwych. Do takich osób należą zawodowi prawnicy i dlatego ich role w porządku prawnym są tak ważne, aby system prawa mógł działać i być utrzymywany w ruchu w swych oddziaływaniach na rozmaite procesy społeczne.

Indywidualizacja stylów życia, różnicowanie się postaw wobec konsumpcjonizmu czy narastanie refleksyjności w życiu jednostek to przejawy dynamiki generowanej przez zmiany w kapitale kulturowym. Niepewności i ryzyka refleksyjnego stylu istnienia ludzi są bardziej subtelne niż troski egzystencjalne mniej wyrafinowanych poziomów kultury. Dlatego konwencjonalne sygnały i oznaki wysokiego statusu już nie wystarczają. Aby budować status osoby w refleksyjnych wspólnotach, niezbędna jest umiejętność nie tylko osiągania rzeczywistego sukcesu, ale także lub może głównie umiejętność takiego manipulowania emocjami innych ludzi, aby wytwarzać w nich wrażenia i doznania prowadzące do uznania przyznającego komuś wysoki status społeczny. Gra o status to także gra pozorów, sztuka mimikry, dyskretna autoreklama i teatr codzienny poszerzony o publiczność w wielkiej sieci Internetu (Goffman 1979, 266–276; Krzemiński 1986).

Lęk o status wyraża niepewność, czy *bycie kimś* jest równoznaczne z *byciem sobą* i czy inni, a zwłaszcza grupy odniesienia, uznają status tej jednostki. Status prawny może łagodzić lub wzmacniać lęk o własny status społeczny (Botton 2012). Lęk przed brakiem uznania, stygmatyzacją i wykluczeniem ze wspólnoty, do której chce się należeć, to przecież elementy lęku o status. Wspólnoty znaków wyższego statusu bronią dostępu do siebie tym, którzy tak różnią się od nich, że różnice te stają się przesłanką wykluczenia lub zakazu wstępu.

Bardzo trafnie napisał Alain de Botton, że „cierpimy na wrodzoną niepewność naszej własnej wartości – skutek czego to, co myślą o nas inni, ma decydujący wpływ na to, jak sami siebie postrzegamy” (Botton 2012, 17). Rewolucje polityczne i technologiczne XVIII i XIX wieku zasadniczo zmieniły sytuację egzystencjalną i moralne wymagania większości ludzi. Poziom materialnej egzystencji także podniósł się rewolucyjnie, ale nie przynosi to powszechnego szczęścia w sytuacji, gdy ludzie czują, że nie osiągnęli tyle co inni lub tyle, ile by pragnęli. Idea powszechnej równości i przekonanie, że każdy może osiągnąć wszystko, co zechce, wytwarza to psychiczne napięcie i niepewność, czy inni uznają nasze osiągnięcia. Przymus stałego przeglądania się w opiniach innych ludzi i ciągłego porównywania, jak inni patrzą na innych niż my sami, może być źródłem lęku i cierpienia, a nawet patologii psychicznych. Tymotejskie składniki kultury honoru stają się potrzebą coraz powszechniej odczuwaną – ludzie bronią statusów jak honoru (choć niekoniecznie w fizycznej walce), a nie tylko jak swych uprawnień chronionych przez normy prawne. Oto osobliwy powrót do wzorów interakcji już dawno zmarginalizowanych w cywilizacji wielkich miast.

W dawnych wiekach nierówność statusów prawnych i społecznych uważano za coś oczywistego, prawowitego, a nawet pożądanego. Statusy były na ogół przypisane i dziedziczone. Były zatem pewne i niewątpliwe. Ponadto próby przekraczania barier między nimi na ogół kończyły się porażką, a nieliczne udane awanse indywidualne należy potraktować jako wyjątki potwierdzające regułę reprodukcji hierarchii. Egalitaryzacja ideologii i prawa może paradoksalnie rodzić nowe cierpienia, nieznanne w epokach nierówności oczywistej, jawnej i legitymizowanej przez religię i elity władzy. Współczesne statusy nie są pewne, ich zmiany mogą oznaczać awans, ale także degradację. Konieczna zatem jest stała troska lub nawet lęk o status.

Diagnoza ta jest szczególnie prawdziwa w obecnej sytuacji, gdy po wielu dekadach wzrastania dobrobytu w każdym kolejnym pokoleniu, jest niemal pewne, że wielu młodych ludzi nie tylko nie osiągnie lepszego statusu społecznego niż ich rodzice, lecz prawdopodobnie ich statusy będą wyraźnie gorsze. Dotyczy to zwłaszcza klas niższych i znacznej części klas średnich na skali dochodów i majątku.

Rozdział 3

System prawa i porządek prawny

3.1. Emergencja systemu prawa: siedem stopni intensywności istnienia prawa

Spory o pojęcie prawa są tak stare jak samo prawo i nie zamierzam raz jeszcze przypominać wszelkich niuansów debat zwolenników teorii prawnonaturalnych, pozytywistów miękkich i twardych, realistów, jurysprudencjalistów, interpretacjonistów, zwolenników wielopłaszczyznowego myślenia i badania prawa, nowych nurtów krytycznych czy neorealistów twórczo myślących w szkołach prawa Stanów Zjednoczonych.

Poniższa tabela synoptyczna (tab. 3) prezentuje wielopłaszczyznowość myślenia o naturze prawa i krótko przypomina kolejność wyłaniania się tych czterech kluczowych sposobów myślenia o pojęciu prawa w historii doktryn prawnych.

Postulat metodologiczny, aby prawo pojmować wielopłaszczyznowo i tak je badać, dość często jest łączony z definicją prawa tylko na jednej płaszczyźnie. Tak właśnie było w większości przywołanych powyżej teorii i filozofii prawa. Są one na ogół jednopłaszczyznowe. Najstarszą płaszczyzną badania prawa jest płaszczyzna aksjologiczna, a najmłodszą – psychologiczna.

Postulat metodologiczny, aby badać prawo wielopłaszczyznowo, czyli na wszystkich czterech płaszczyznach, jest próbą syntezy w myśleniu prawniczym. Syntetyzująca propozycja ontyczna, którą proponuję, zakłada, że system prawa może istnieć w różnym stopniu intensywności: istnieje zatem w wyższym lub niższym stopniu, jest bardziej lub mniej zakorzeniony w szeroko pojmowanej kulturze, bardziej lub mniej realny, bardziej lub mniej jest prawem w działaniu¹⁸. Zatem proponuję scalić postulat metodologiczny i koncepcję ontologiczną. Dzięki temu możliwe jest rzeczywiste myślenie wielopłaszczyznowe o prawie.

¹⁸ Deleuze uważa, że nie ma ani podmiotów, ani przedmiotów, lecz jedynie rozmaite strefy intensywności ich istnienia w stałym ruchu, a strefy te wzajemnie oddziałują na siebie. Zdarzenie to punkt, w którym następują przejścia od możliwego do aktualnego czy od różnic do jednorodności bycia takim samym jak coś innego. Taka ontologia jest zapewne przesłanką błyskotliwej diagnozy Zygmunta Baumana o płynnej rzeczywistości.

Tabela 3. Płaszczyzny badania prawa: aspekty prawa i ich związki z nurtami filozofii prawa według historycznej kolejności ich powstania

Płaszczyzna badania prawa	1	2	3	4
	Ontyczna natura prawa	Kierunki filozofii prawa	Twórcy	
Aksjologiczna	<p>Prawo to środek ochrony wartości, system wartości lub wyraz wartości ustanowionych lub uznanych przez wolę wszechmocnej i doskonałej istoty nadprzyrodzonej i chronionych jej autorytetem. Władza świecka w państwie i prawo przez nią tworzone lub uznawane mają swą przesłankę aksjologiczną w prawie naturalnym ustanowionym przez Boga lub bogów albo obecnym w naturze człowieka lub społeczeństwa bez niezwykłego aktu stowienia norm.</p> <p>W nowoczesnych wersjach badania aksjologii prawa dotyczą rekonstrukcji wartości normodawcy przez ustalanie <i>ratio legis</i>, badania ocen prawa dokonywanych przez różne kategorie osób.</p>	<p>Filozofie prawa natury o stałej lub zmiennej treści. Postulaty oceniania prawa pozytywnego z punktu widzenia wysokich wartości pojmowanych jako cele istnienia prawa, takich jak np. sprawiedliwość, równość wobec prawa czy bezpieczeństwo prawne. Prawo to stosowanie tego, co słuszne i sprawiedliwe jako zasady naczelnej przy rozstrzygnięciu spornych kwestii i konfliktu interesów.</p>	<p>Tomasz z Akwinu: o prawie boskim i prawie natury, jako podstawie aksjologicznej prawa pozytywnego. Jacques Maritain: ku liberalnej idei praw człowieka. Rudolf Stammler i neokantyzm: prawo ma cel – ideę przewodnią, czyli osiągnięcie sprawiedliwości i harmonii we wspólnocie wolnych jednostek rozumiejących wyższość celów wspólnych nad indywidualnymi. Gustaw Radbruch: zasady proceduralnego prawa naturalnego; <i>lex iniustissima non est lex</i> to zasada konieczna po to, aby nie było ustawowego bezprawia. John Finnis: postulaty proceduralnej koncepcji prawa naturalnego, cztery odmiany prawa niesprawiedliwego. Lon Fuller: o wewnętrznej moralności prawa.</p>	

1	Językowo-logiczna	2	<p>Prawo to system wypowiedzi normatywnych wyrażonych w konwencjonalnym języku, odrębnym od potocznego i ogłoszonych w aktach normatywnych egzekwowanych przez państwo także za pomocą środków przymusu. Prawo to tylko treść przepisów wyrażonych w aktach normatywnych ustanowionych przez właściwe organy państw lub w traktatach między tymi państwami. Prawny system normatywny jest w odpowiednim stopniu autonomiczny wobec norm religijnych i moralnych. Nie ma koniecznego związku prawa i moralności. Prawo to rozumny akt woli prawowitej władzy dążącej do ustanowienia reguł zachowania powszechnie obowiązujących i gotowej przy pomocy sankcji egzekwować posłuszeństwo wobec tych reguł.</p>	3	<p>Pozytywizm jako nurt polemiczny wobec teorii prawa natury. Nie wiadomo, czy jest prawo natury i jaka jest jego treść, a nawet jeśli, jakiegoś bardzo ogólne zasady da się wyinterpretować z doświadczeń historycznych ludzi, to ich treść jest tak niejasna, iż nie mogą być podstawą pozytywnego prawa chronionego autorytetem i przymusem władzy państwowej. Tylko prawo stanowione lub zwyczajowe i potem uznane przez państwo jest prawem pozytywnym (od łacińskiego słowa <i>ponere</i> – znaczącego klasę, <i>positum</i> – położony, ustanowiony). Prawnicy nie dyskutują o metafizycznych zjawiskach, jak prawo boskie i naturalne. Obecnie odróżnia się twardą i miękką wersję pozytywizmu, jak np. analityczna teoria prawa badanego jako system znaków.</p>	4	<p>John Austin: prawo to normy zabezpieczone przymusem państwa jako suwerennej i prawowitej władzy. Imperatywność jest mocniej wyeksponowana niż normatywność prawa. Rudolf Ihering i Georg Jellinek: teoria związanej decyzji sądowej i sylogizmu prawniczego (jeżeli jest norma prawna i stan faktyczny z nią niezgodny, to powstają skutki prawne). Herbert Hart: prawo to spójny i racjonalny system powiązanych ze sobą norm pierwotnych dotyczących zachowania obywateli i norm wtórnych regulujących tworzenie i stosowanie prawa przez organy państwa. Reguły niezbędne dla istnienia społeczeństwa i państwa Hart uważał za „minimum prawa natury” pożyteczne przy interpretacji prawa pozytywnego. Normatywizm: Hans Kelsen wyróżnił normę fundamentalną (<i>Grundnorm</i>) jako podstawę hierarchii norm uznawanych przez państwo i tworzących system prawa. Norma prawna obowiązuje obywateli, jeżeli jest prawdopodobieństwo, iż w przypadku jej przekroczenia i wniesienia sprawy przed sąd będzie ona istotnym czynnikiem kształtującym decyzję sędziego w sprawie użycia siły, jaką rozporządza państwo. Zdaniem Kelsena, o rzeczywistym obowiązywaniu normy można orzec wtedy, gdy zostanie ona przekroczona i będzie wymierzona za to sankcja. Ronald Dworkin: proponuje integralną teorię, gdzie prawem są <i>rules, principles and policies</i>, a dla rozstrzygania <i>hard cases</i> sędzia musi łączyć treści prawne i moralne, dbając o koherencję decyzji sądowych i szukając <i>one right answer</i>, bowiem <i>integrity</i> znaczy nie tylko spójność, lecz także uczciwość, prawość, czystość etyczna.</p>
---	-------------------	---	--	---	---	---	---

1	Socjologiczna	2	<p>Prawo to więcej niż wypowiedzi normatywne i ich znaczenia. To także lub głównie fakt społeczny, np. forma kontroli społecznej zachowania ludzi czy koherentne pasmo decyzji sądowych i administracyjnych stosujących przepisy prawne. Prawo to stosunki społeczne regulowane przez normy, a nie same te normy. Dla rozumienia istoty prawa ważne jest badanie postaw ludzi wobec treści norm i instytucji prawnych oraz porównywanie kulturowych kontekstów i podtekstów po to, aby dobrać rozumieć teksty. Kulturowa interpretacja i ustalanie znaczenia norm.</p>	3	<p>Realizm prawniczy postulujący poza badaniem <i>law in books</i> także <i>law in action</i>, poza przepisami i zawartymi w nich normami także badanie skutków społecznych tych norm, sposobów egzekwowania odpowiedzialności za naruszenie norm, sposobów podejmowania i uzasadniania decyzji stosujących normy do konkretnych sytuacji w życiu zbiorowym ludzi. Realne funkcjonowanie prawa i jego funkcje (skutki, a nie cele) w życiu społecznym to główny przedmiot refleksji funkcjonalistów w amerykańskiej jursprudencji. Procedury są ważniejsze niż prawo materialne, bo bez nich nie byłby możliwy <i>due process of law</i>. Procedura ma samoistną wartość i głęboki sens moralny. Kryterium prawdziwości wiedzy jest jej skuteczność w praktycznym stosowaniu.</p> <p>Faktyczność prawa dotyczy jego związków z władzą państwową, przesłanek obowiązywania i legitymizacji prawa, skuteczności prawa i jego funkcji jawnych i ukrytych. Jest ona nie mniej ważna niż jego normatywność.</p>	4	<p>Oliver W. Holmes (prekursor): uważał za prawo prze-widywanie tego, co sądy rzeczywiście zrobią w danej sprawie.</p> <p>Roscoe Pound: „Law is a social control through systematic application of the force of politically organized society”.</p> <p>Karl N. Llewellyn: praca prawa (<i>law-job</i>) to rozstrzy-ganie sporów, aby zapewnić ludziom bezpieczeństwo.</p> <p>Karl Olivecrona: prawo to układ faktów złożonych z norm, instytucji je stosujących i świadomości ludzi na temat tych reguł i tych instytucji.</p> <p>Alf Ross: analiza związków norm i faktów.</p> <p>Philip Selznick: teoria <i>responsive law</i>, czyli prawa wrażliwego na zmiany społeczne i kulturowe.</p> <p>Instytucjonalne teorie prawa (Neil MacCormick, Ota Wienberger), systemowe (Niklas Luhmann), komuni-kacyjne (Jurgen Habermas), rozmaite warianty mar-kszizmu i ruch Critical Legal Studies (Roberto Mangabeira Unger): mają wiele cech podobnych do socjologicznych wariantów realistycznego myślenia o prawie.</p> <p>Antropologiczne badania nad prawem ludów pierwotnych i społeczeństw pokolonialnych (np. Leopold Pol-spisyl): pokazały fakt wielości systemów prawnych obowiązujących na tym samym terytorium (pluralizm prawny).</p>
---	---------------	---	--	---	--	---	---

1	Psychologiczna	2	Prawo to coś więcej niż przepisy i zachowania ludzi względem tych przepisów. Prawo to również emocje towarzyszące egzekucji norm zawartych w przepisach. Prawo to fakt psychiczny, a nie wypowiedź normatywna, bowiem taka wypowiedź, która nie rodzi poczucia obowiązku kogoś względem kogoś innego, nie mogłaby mieć żadnego wpływu na zachowania ludzi i stosunki między nimi. Prawo jest systemem społecznych fan- tazji podobnych do mitów, snów, marzeń, bowiem istnieje tylko w umysłach ludzi (Thomas Glyn Watkin).	3	Psychologiczne teorie jako wariant realizmu prawniczego, podkreślające przeżycia psychiczne ludzi powstające w związku ze stosowaniem i/lub przestrzeganiem prawa.	4	Leon Petrażycki: prawo jako zabarwione emocjonalnie wyobrażenie czynności obowiązkowych i komus należnych, jako dwustronna emocja, czyli para emocji złożona z poczucia obowiązku podmiotu A i poczucia uprawnień podmiotu B. Amerykańska <i>hunch theory of law</i> : prawo w książkach to emocjonalnie ważny symbol wpływający na wybór sposobu zachowania. Thurman Arnold: natura prawa jest wyrażona przez jego naczelną funkcję, którą jest tworzenie pocieszających złudzeń i podtrzymywanie wiary, że sprawiedliwość zostanie przywrócona i dobro zwycięży zło.
---	----------------	---	---	---	--	---	---

Źródło: opracowanie własne.

Systemowość prawa wynurza się emergentnie, bowiem system ma cechy, których nie ma żadna z norm będących jego elementami ani tym bardziej żaden przepis ustanawiany przez państwowego normodawcę (Dyrda, Gizbert-Studnicki 2016, 19–37). Emergencja nie polega na tym, że wyłania się coś niepojętego, zdumiewającego, całkowicie nieprzewidywalnego, jak zdarzenia nazywane „czarnymi łabędziami” w teorii Nicholasa Taleba, którą poddałem krytyce w studium o węzłach gordyjskich (Lamentowicz 2013). Emergencja to proces, w efekcie którego powstaje całość o cechach innych niż znane właściwości jej elementów, cechach nowych jakościowo. Systemowość prawa, w słabej lub mocnej wersji według znanego pomysłu Adama Dyrdy i Tomasza Gizbert-Studnickiego (Dyrda, Gizbert-Studnicki 2016), nie jest czymś, czego nie potrafimy wyjaśnić przyczynowo lub przez analizę funkcjonalnych współzależności i interakcji, lecz czymś innym niż prosta suma elementów, co zauważa także pozytywistyczna teoria Herberta Harta, której autor zwraca uwagę na interakcje norm pierwotnych i wtórnych wewnątrz tworzącego się systemu oraz społeczną genezę reguły uznania powstającej w świadomości praktyków uczestniczących w stosowaniu norm.

Uważam za dobrze uzasadniony pogląd Dyrdy i Gizbert-Studnickiego, że „prawo jest systemowe z tego względu, że nie będąc systemowe, nie mogłoby być prawem. Jest to zatem właściwość dobitnie odróżniająca prawo od innych porządków normatywnych, takich jak moralność czy obyczajowość. Jakaś norma jest normą moralną dlatego, że jest treściowo słuszna lub uważana za słuszną. Jakaś norma jest normą obyczajową dlatego, że jest powszechnie przyjęta. Oczywiście także normy moralne czy obyczajowe mogą tworzyć systemy, jest to jednak przygodna właściwość moralności czy obyczajów. Norma pozostaje normą moralną czy obyczajową nawet wtedy, gdy nie należy do żadnego z góry zaprojektowanego czy faktycznie akceptowanego systemu moralnego” (Dyrda, Gizbert-Studnicki 2016). Autorzy ci twierdzą, że system prawa ma cztery właściwości, których nie posiadają jego elementy – skuteczność w regulacji zachowań, całościowość, nadrzędność wobec innych norm oraz otwartość. Być może takich właściwości jest więcej, ale te cztery wystarczą, aby udowodnić, że system prawa jest czymś nowym wobec własnych części składowych, czyli poszczególnych norm.

Metodologicznie stopniowanie istnienia i realności prawa można przeprowadzać na siedmiu poziomach. Na każdym z nich może być przeprowadzany inny test realnego istnienia prawa. Prawo jako wielopłaszczyznowe zjawisko kulturowe z mocnym komponentem socjologicznym i psychologicznym istnieje w różnym stopniu na wielu poziomach coraz bardziej złożonej i zmiennej rzeczywistości. Przejawia się z różną głębią i intensywnością. Od testu pierwszego do siódmego przesuwamy się myślowo coraz głębiej, a każdy z tych siedmiu testów coraz bardziej zbliża nas do pełnego, wielopłaszczyznowego pojmowania prawa, a zarazem testy te korzystają z intelektualnego dorobku najważniejszych nurtów teorii i filozofii prawa. Jest to próba pokazania, że nurty te mogą uzupełniać się w dążeniu do głębszego zrozumienia ontologicznych podstaw myśli prawniczej.

Realne istnienie prawa jest stopniowalne – im głębszy test stosujemy, tym wyższy stopień intensywności i pełni istnienia jest osiągany przez prawo, jeżeli może ono sprostać temu testowi. Również jego obowiązywanie jest mniejsze lub większe, bo samo ustanowienie przepisów przez właściwą władzę publiczną to dopiero początek procesu społecznego, w którym ten zarodek mocy się rozwija lub nie.

Prawo jest emergentne, czyli wyłania się bardziej lub mniej, a niekiedy powraca do formy bardziej elementarnej. Przypomina fale; przypyływy i odpływy są sposobem jego istnienia, jego naturą, jeśli nie boimy się takich porównań w tej epoce sztuczności i wirtualizacji wszystkiego, co wokół nas i w nas jeszcze żyje. Prawo istnieje jako proces, a nie stan rzeczy. Jest to proces, w którym bierze udział bardzo wiele podmiotów o rozmaitych statusach. Raczej wyłania się i zanika niż po prostu jest. Jeśli coś jest, to pasmem zmian o rozmaitym tempie i kierunkach – *prawo to nie jest długie trwanie, lecz skomplikowany proces o zmiennych i niekoniecznie konsekwentnych kierunkach*. Bardzo małe i stopniowe zmiany nagle po przekroczeniu trudnego do przewidzenia punktu krytycznego lub punktu zwrotnego (*tipping point*) przekształcają się w jakościowo nowe zjawisko będące samorodnym efektem nieliniowych interakcji między elementami na niższym poziomie. Tak oto emergentnie z norm, jako elementów prostych, i niewielkich nowelizacji w instytucjach prawnych wyłaniają się często niezamierzone i zaskakujące dla prawodawców właściwości na wyższym poziomie – poziomie systemu prawa. Właściwości te są emergentne, ponieważ są nowe w stosunku do własności elementów składowych oraz często nieoczekiwane i nieprzewidywane przez podmioty uczestniczące w tym skomplikowanym procesie. Mogą zatem wyglądać dość zaskakująco dla głównych podmiotów procesu przekształcania reguł zasad i celów w system. Mogą także wydawać się trudne do zrozumienia i wyjaśnienia, jak naturalne procesy emergentne w przyrodzie. Są one wszakże wynikiem dynamiki relacji *bardzo dużej liczby coraz szybciej mnożących się elementów*. Normy i instytucje prawne to takie elementy, których ruchy emergentne, czyli wzajemne i zwrotne stosunki, wytwarzają system prawa jako złożoną całość, która nie istnieje jako prosta suma elementów składowych, lecz coś jakościowo nowego. Często te zmiany emergentne mają formę bifurkacji, czyli zmian rozdwajających to, co było kiedyś jednością. Emergencyjność systemu prawa (a nie poszczególnych reguł prawnych!) to *jakościowa różnorodność i wielokierunkowa zmienność* norm i zasad prawnych. W świetle powyższych argumentów zarzuty wobec idei emergentnej ewolucji podnoszone przez Bartosza Brożka nie wydają się racją dostateczną dla akceptacji tezy o bezużyteczności tej idei w jurysprudencji (Brożek 2012, 175–176).

Emergencja jako pojęcie obecne w rozmaitych dziedzinach nauki i oczywiście w filozofii jest nadal dość wieloznacznie rozumiana. Pojęcie emergencji (od łac. *emergere* – wynurzać się, wyłaniać się) wprowadził do filozofii G.H. Lewes w książce *Problem of Life and Mind* (Lewes 1875). Zaproponował, nawiązując do

myśli Johna Stuarta Milla, odróżnienie skutku jako prostego sumarycznego rezultatu działania przyczyn od tzw. skutków „emergentnych”, kiedy rezultat nie jest mechaniczną wypadkową kilku działających przyczyn. Emergencja w jej pierwotnym sensie łączy się ściśle z pojęciem nieprzewidywalności lub ograniczonej przewidywalności skutków.

Emergentyzm jako nurt w filozofii ukształtował się w Wielkiej Brytanii w trzeciej dekadzie XX wieku (Werner 2013, 151–162; Dziadkowiec 2012, 35–63)¹⁹. Powstały propozycje hierarchii bytów wyższych i niższych jako zarys nowej ontologii oraz wyróżniono typy zjawisk emergentnych.

Zjawiska emergentne powstają po osiągnięciu przez system pewnego poziomu złożoności, powiązań lub organizacji. Całość jest zawsze czymś więcej niż sumą swych elementów, bo dzięki interakcjom między nimi ich wielka liczba może przechodzić w nową jakość. Ontologia emergencji przyjmuje założenie, że wszelkie byty ponadjednostkowe (np. grupy społeczne, klasy, narody, plemiona, układy ról, systemy wartości i norm) są realne. Rzeczywistość społeczna ma wiele poziomów i stopni intensywności istnienia bytów jednostkowych i ponadjednostkowych.

Emergencja ma miejsce wtedy, gdy w wyniku interakcji między elementami na poziomie mikro pojawia się coś nowego na poziomie makro. System powiązanych ze sobą zjawisk (układ emergentny) wyłania z siebie inne efekty niż sumaryczny efekt działania zjawisk niepowiązanych. Przykładem takiego zjawiska jest proces myślenia powstający z interakcji pomiędzy wieloma neuronami w ludzkim mózgu, jakkolwiek żaden neuron sam nie jest zdolny do myślenia. Indywidualne cechy konkretnej świadomości i jej stanów nie mogą być zredukowane do procesów lub zjawisk czysto fizycznych – twierdzą ci badacze umysłu, którzy krytykują teorie fizykalistyczne (Jaegwon 2006).

Inny przykład zjawiska emergentnego to powietrze, bowiem żadne fizyczne cechy cząsteczek wchodzących w skład powietrza nie zapowiadają, że ich duża liczba i interakcje między nimi utworzą nowy obiekt (powietrze) mogący przekazywać fale dźwiękowe. Fizycy często określają jako emergentne nawet tak podstawowe pojęcia jak masa, przestrzeń i czas, będące efektem zjawisk bardziej elementarnych (jak bozon Higgsa czy superstruny). W przyrodoznawstwie za emergentne uważa się mrowiska, gniazda termitów, roje pszczoł, klucze ptaków, stada ssaków, ławice ryb czy watahy wilków. Stanowią one przykłady spontanicznej samoorganizacji bez ośrodka kierowniczego. Nikt tam nie wydaje poleceń i nie stanowi norm, a zwierzęta tak zorganizowane wykonują razem złożone operacje i harmonijnie współpracują w dążeniu do wspólnego celu, chociaż każde z nich pozostaje autonomiczną jednostką reagującą jedynie na impulsy płynące ze swojego otoczenia i impulsy instynktu odziedziczonych po swych przodkach.

¹⁹ Artykuł Jakuba Dziadkowca zawiera zwięzłą analizę filozofii brytyjskich emergentystów z lat 20.–30. XX wieku.

Nie brakuje prób twórczego zastosowania pojęcia emergencji poza naukami prawnymi. Na uwagę zasługują przykładowo dzieła Jaegwona Kima w zakresie badania umysłu, Davida Chalmersa w zakresie dyskusji o naturze świadomości (Chalmers 2010; 2010a; 2012) czy Marka Bedaua (Bedau, Humphreys 2008), a w polskiej literaturze znakomite książki Witolda Strawińskiego (Strawiński 1997) i Roberta Poczobuta (Poczobut 2009).

Ontologia Karla Poppera zakładająca istnienie trzech światów, czyli trzech typów rzeczywistości, i jego koncepcja ewolucyjnej emergencji stanowi cenną inspirację, bo przenosi ideę emergencji w światy społeczne i ma wpływ na myślenie prawnicze o normatywności i faktyczności, co pokazał interesująco Bartosz Brożek (Brożek 2012, 149–154).

Inspirujące dla badaczy emergencji w systemach prawa jest rozróżnienie *endostruktury*, czyli struktury wewnętrznej, od *egzostruktury*, czyli struktury zewnętrznej. Na endostrukturę składają się relacje wewnętrzne wiążące składniki systemu. Egzostrukturę tworzą relacje zachodzące między składnikami systemu i obiektami należącymi do jego środowiska. Kompletna struktura systemu prawa obejmuje wszystkie relacje, w jakich jego składniki pozostają do siebie oraz do obiektów tworzących środowisko systemu. Dzięki relacjom wiążącym system uzyskuje określony poziom wewnętrznej *integracji i jest w zmiennym stopniu otwarty na swe środowisko*. Systemy prawa różnią się *stopniem integracji i stopniem otwartości*. Szczególnie istotne jest to, że nie same normy przez swe trwanie wytwarzają emergentnie systemy prawa, lecz źródłem emergencji jest dynamika tych norm, interakcje między nimi w wielkiej sieci przepisów i innych form normatywności w ich strukturze wewnętrznej i zewnętrznej²⁰. Systemy prawa żyją dzięki dynamice wewnętrznej i dynamice relacji ze swym środowiskiem społecznym i kulturowym, a zwłaszcza z szeroko pojmowanym porządkiem prawnym.

Wskazuje się na nagłość, skokowość czy nieliniowość pojawienia się zjawiska emergentnego w wyniku samorodnej dynamiki systemu o bardzo wysokim stopniu złożoności, a nie na stopniowość wyłaniania się takiego zjawiska. Linio-we i nieliniowe formy dynamiki norm nie muszą się wzajemnie wykluczać. Te punkty widzenia są tylko pozornie sprzeczne, ponieważ zjawisko może nagle i dość nieoczekiwanie *zacząć się wynurzać*, ale nie od pierwszego momentu wynurzania się uzyskuje pełną i zupełnie dojrzałą formę. *Zatem zaczyna rodzić się nagle, ale sam poród i kolejne stadia rozwoju mogą być ewolucyjne*. Emergencja pozostaje jednak przede wszystkim procesem nieliniowym, nieciągłym i przez to jest trudna do przewidzenia.

W latach 2000–2005 w Polsce uchwalono blisko cztery razy więcej aktów normatywnych niż na Słowacji, co pokazuje, że prawotwórstwo nie jest tak racjonalnie zaplanowane i zorganizowane, jak sobie wyobrażają liczni badacze tych procesów decyzyjnych, jest w tych procesach wiele żywiołowości, chociaż zało-

²⁰ Na złożoną dynamikę norm trafnie zwracał uwagę Stanisław Ehrlich (Ehrlich 1994).

żenie o racjonalności prawodawcy sugeruje, że jest to rozumnie i sprawnie kontrolowany proces. Im więcej przepisów prawnych, im więcej norm można z nich zbudować przez interpretację oraz im bardziej trudne są te normy do zrozumienia, tym większe jest prawdopodobieństwo sprzeczności i niezgodności logicznych między nimi. Tak oto fakty związane z prawotwórczą działalnością ludzi wpływają na formę normatywności i stopień intensywności istnienia systemów i porządków prawnych. Ignorowanie wpływu faktyczności na istnienie systemu prawa i porządku prawnego jest uproszczeniem rzeczywistej złożoności procesów emergentnych, niesie skutki praktyczne i obniża jakość teorii prawa, która rezygnując z wyjaśniania, przestaje być teorią naukową.

Właśnie tak dzieje się w procesie konstytuowania się systemu prawa, który narasta i zakorzenia się dzięki licznym działaniom i decyzjom osób aktywnych w porządku prawnym rozumianym szeroko, jak to pokażemy w następnym punkcie tego rozdziału. Bez tak właśnie pojmowanego porządku prawnego nie byłoby możliwe to narastanie prawa, jego życie *sui generis* i jego praktyczne efekty w ludzkim życiu. Jeśli mówi się o koncepcji żywej konstytucji, to można przecież założyć, że całe prawo może być mniej lub bardziej żywe i zdolne do rozwoju, co zakładają także autopojetyczne koncepcje prawa Luhmanna i Teubnera.

Tradycyjne badania procesów prawotwórczych w kontynentalnej Europie skupiają uwagę na aktach woli i intencjach prawodawcy, którym jest odpowiedni organ władzy państwowej lub samorządowej (Tobor 2013). Łatwo wtedy popełnić błąd *pars pro toto* i uwierzyć, że każde prawo jest tworzone planowo i świadomie przez racjonalnego twórcę o jasnych i spójnych preferencjach. Błąd polega na tym, że wyłanianie się prawa może się odbywać także innymi drogami niż przez stanowienie, np. przez uznanie zwyczaju społecznego przez władzę publiczną i stopniowe kształtowanie się prawa zwyczajowego, przez umowy cywilne i międzynarodowe, przez przywoływanie precedensów w decyzjach sędziów szanujących zasadę *stare decisis*. Jeśli w badaniach powstawania prawa uwzględni się te różne drogi, to trudno będzie twierdzić, że system prawa jako całość jest systematycznie budowany lub świadomie tworzony. *System prawa raczej staje się niż jest tworzony przez prawodawcę, a jeśli można mówić o tworzeniu, to raczej dotyczyć będzie to konkretnych instytucji i aktów normatywnych, a nie całego systemu prawa.* Jeżeli tworzenie ma być słowem adekwatnym wobec systemu prawa, to tylko wtedy, gdy myślimy o *współtworzeniu* go przez bardzo liczne, rozmaite i niekoniecznie zgodne akty woli osób o zróżnicowanych statusach prawnych, przy czym większość tych współtwórców systemu prawa ma inne statusy niż prawodawcze, np. sędziowie, nauka prawa, grupy nacisku. Ponadto tak współtworzony system prawa jest dalej *przetwarzany* w dynamice całego porządku prawnego i jego ośrodka energetyzującego, jakim jest gra o statusy prawne. W konkluzji można postawić hipotezę, że systemy prawa są emergentne i stają się lub wyłaniają, bowiem tylko ich elementy (czyli normy i akty normatywne) są współtworzone i przetwarzane potem w ramach porządku prawnego. Sploty nor-

matywno-faktyczne i ich dynamika są podstawą procesu emergencji. Po pierwsze jeżeli norma prawna jest realizowana w zachowaniach adresatów, to staje się częścią faktyczności, a po drugie fakty odpowiednio częste, powtarzające się z odpowiednim stopniem regularności, stają się normalnością i wtedy widać normatywną moc faktyczności.

Dla koncepcji prawa stającego się nie jest optymalna tzw. klasyczna logika dla prawników, czyli dwuwartościowa logika zdań z elementami logiki deontycznej, z rzadka uzupełniona logiką pytań. Logika dwuwartościowa, gdzie między prawdą a fałszem nic nie istnieje, nie jest adekwatna do analizy i interpretacji prawa pojętego jako emergentny proces, w którym wyłaniają się i znikają rozmaite sploty normatywno-faktyczne przełamujące sztuczną dychotomię faktu i normy, dychotomię pozostawioną nam jako dziedzictwo przez koncepcje pozytywistyczne. Stosowniejsze są logiki wielowartościowe, a zwłaszcza logika rozmyta (*fuzzy logic*) Lotfi Zadeha, która zna całe pasmo stanów pośrednich między pełną prawdą a całkowitym fałszem, która pozwala pojmować prawdę i fałsz jako kategorie stopniowalne, a nie absolutne bieguny oddzielone pustką (Malinowski 2006).

Zadeh nadał formalną postać niepewności, trwale obecnej w ludzkiej egzystencji i oczywiście w samym myśleniu. Nie potrafimy myśleć tak, aby uniknąć wszelkiej niepewności, jak sugeruje logika Arystotelesa. Powszechne jest raczej zjawisko niepewności, czyli występowania obiektów, wobec których pewne określenia stosują się tylko w określonym i zmiennym stopniu. Próby naginania życia do formalistycznych schematów nie sprzyjają rozumieniu form i procesów tego życia. Zamiast scjentystycznego złudzenia pewności wiedzy, bardziej rozumne wydaje się uznanie oraz rozpoznanie stopnia i zakresu jej niepewności, w tym niepewności wiedzy o faktach i normach, z których wyłania się system prawa oraz cały porządek prawny. Analiza normatywności w zupełnym oderwaniu od faktyczności, co zaleca Kanta teoria o bycie i powinności, nie może być zgodna z elementarną wiedzą socjologiczną i psychologiczną o życiu społecznym ludzi.

Gradualistyczne myślenie pozwala także inaczej myśleć o problemach ontycznych, bowiem na gruncie logiki rozmytej nie jest nielogiczne założenie, że fakty i normy oraz procesy i stany rzeczy mogą także istnieć w niższym lub wyższym stopniu, że nie ma tu miejsca na banalne i poznawczo jałowe albo-albo, albo coś istnieje, albo nie istnieje.

Cenną inspiracją dla nauk prawnych może być także inna postać logiki nieklasycznej – logika intuicjonistyczna. Tu „prawdziwość” może być zastąpiona przez inną wartość logiczną zdania, jaką jest „uzasadnienie”. Zdanie może być „uzasadnione” bądź nie, a ponadto stopień jego uzasadnienia może być różny i zmienny. Istotną różnicą między „prawdą a „uzasadnieniem” jest to, że dla tego ostatniego nie zachodzi prawo wyłączonego środka: zdanie, które *nie jest nieuzasadnione*, nie musi być *uzasadnione*. Jestem przekonany, że większość profesjo-

nalnych prawników mogłaby usprawnić swą zdolność argumentacji, studiując logikę intuicyjną, a nie wyłącznie dwuwartościową logikę zdań i podstawy logiki deontycznej. O możliwości znoszenia schematów binarnych, o interferencjach kategorialnych i innych inspiracjach płynących z fizyki kwantowej dla analizy porządku prawnego będzie szerzej mowa w rozdziale 4.9.

W emergencyjnej koncepcji prawa istotne jest nie tylko jego wyłanianie się, lecz także zanikanie niespowodowane jednym aktem woli uchylającej określone normy. Takie stopniowe zamieranie prawa, czyli redukcja stopnia intensywności jego istnienia, ma miejsce często i wywiera to wielki wpływ na strukturę statusów prawnych. Błędy w stanowieniu prawa (sprzeczności, niezgodności logiczne, luki), interpretacji czy w decyzjach stosowania prawa obniżają stopień realnego istnienia prawa, które nie może się w pełni wyłonić i proces emergency ulega deformacjom lub nawet zahamowaniu.

Desuetudo to stopniowe zanikanie prawa bez jego formalnego uchylecia lub nowelizacji. To zaniechanie stosowania określonych norm, które stopniowo, pod wpływem zmian w kulturze i życiu społecznym, przestają być potrzebne i nie są używane ani egzekwowane. Także normy niezaniakające przez *desuetudo* mogą stopniowo zamierać i ponownie budzić się z letargu, zanim dojdzie do ich nowelizacji przez prawodawcę.

Dwie są rozpoznane formy patologii zagrażające prawu i redukujące stopień intensywności jego istnienia – anomia i destrukcja normatywności. Anomia ma miejsce wówczas, gdy ludzie świadomie nie okazują posłuszeństwa prawu, chociaż wiedzą, jaka jest treść norm obowiązujących. Destrukcja normatywności prawa występuje wtedy, gdy w bardzo licznych zachowaniach adresatów zaciera się granica między normalnością i wyjątkowością, gdy wyjątki od norm stają się częste, a przestrzeganie norm ogólnych zaczyna być zjawiskiem tak rzadkim, że można określić je jako wyjątkowe. Wtedy ludzie omijają lub ignorują prawo bez poczucia i świadomości, że to czynią, stają się jakby niewinnymi grzesznikami²¹.

Istnieją także takie regiony świata, gdzie formalnie istnieją państwa i ich systemy prawa, ale nie mogą one być efektywnie egzekwowane i nie obowiązują jako efektywny regulator zachowania ludzi. Takim wielkim regionem jest Zomia, terytorium zamieszkałe przez około 100 milionów ludzi, obejmujące górskie terytoria sześciu państw – części Wietnamu, Kambodży, Laosu, Tajlandii i Birmy oraz czterech chińskich prowincji. Zomia to teren, gdzie żyją dwójakiego rodzaju ludzie. Są to przede wszystkim grupy etniczne od lat osiadłe w górach, składające się z analfabetów, bo ich języki nie wytworzyły pisma, a rodowo-plemienny styl

²¹ Pojęcie destrukcji normatywności zaproponowałem w: Lamentowicz 1988, 261–279. Ekspansja faktyczności w sferę normatywności w obrębie splotów faktyczno-normatywnych, na którą zwracałem uwagę wiele lat temu, nie została powstrzymana i coraz mniej zrównoważone są sploty złożone z faktów i treści normatywnych.

życia jest reliktem dawnych czasów, kiedy większość ludzi żyła poza organizacją państwową. Drugą grupę ludów w Zomii tworzą ludzie peryferii, którzy uciekli z terenów podległych jakiemuś państwu i jego prawu, ponieważ nie chcieli podlegać prawu i władzy tego państwa. Jedni i drudzy są mniejszościami etnicznymi i stawiają opór prawu, a w życiu stosują tradycje i zwyczaje jako społeczny substytut prawa. James C. Scott, profesor antropologii i nauk politycznych Uniwersytetu Yale, badający Zomię, twierdzi, że istnieje cywilizacyjna różnica między społeczeństwami południowo-wschodniej Azji, uwarunkowana położeniem geograficznym: od 0 do 300 metrów wysokości bezwzględnej położone są tereny podległe władzy państwowej, charakteryzujące się osiadłym trybem życia ich mieszkańców, natomiast wyżej, na wysokości 300 do nawet 4000 m n.p.m. zamieszkują plemiona koczownicze, zróżnicowane etnicznie i niepodległe rządowi państw narodowych. Tu zanikanie prawa i porządku prawnego wynika z faktu, że ludzie są tam tak zmarginalizowani kulturowo, iż prawo nie może wśród nich działać ani nawet istnieć *in abstracto* (Scott 2009; 1990; 1985).

Emergentność prawa i jego stopniowalna egzystencja, wielowartościowa logika oraz metoda wielopłaszczyznowego badania prawa to intelektualne przesłanki poniższej propozycji siedmiu testów istnienia prawa. Oczywiście przesłanką ontologiczną jest teza, że prawo wraz z jego normami jest efektem złożonych interakcji między ludźmi i wyłania się ono także dla zaspokajania określonych kulturowo ludzkich potrzeb. Pytanie organizujące tę typologię jest następujące: w jakim stadium swego społecznego istnienia prawo pojawia się w pełni lub w formie bardziej zakorzenionej w życiu społecznym ludzi? Ciekawe jest także pytanie pomocnicze: kto w myśli prawnej skupia swą uwagę właśnie na tym lub wyłącznie na tym poziomie intensywności istnienia prawa i pomija lub nie docenia innych stadiów emergencji prawa? Tablica synoptyczna na początku tego segmentu mojego studium jest ilustracją i jednym z uzasadnień tego poglądu.

Prawo istnieje realnie i w wysokim stopniu poczynając od jednego z poniżej prezentowanych momentów, który jest dzięki temu momentem konstytutywnym narodzin prawa:

1. **Akt stanowienia przepisów lub ich uznania przez kompetentny organ państwa.** Jako akt woli i zachowanie jest faktem społecznym, który ma mieć skutki normotwórcze w intencji organu państwa stanowiącego przepisy zawierające normy prawne. Ten najniższy poziom intensywności realnego istnienia prawa szczególnie lubią pozytywiści naiwni/tradycyjni, którzy podejmują karkołomne próby zamykania prawa w konwencjonalnym, sztucznym języku tekstów prawnych, dla których prawo jest zawarte tylko tam i można je stamtąd wydobyć dzięki logice prostych rozumowań i sylogistycznej wykładni. Gdyby mieli rację, to studiowanie prawa byłoby łatwiejsze i krótsze, bo jest to redukcja prawa do trywialności i nudnego banału. Samo zagrożenie sankcją nie może być podstawą obowiązku przestrzegania prawa, bowiem to jedynie przymuszanie, a nie zo-

bowiązywanie ludzi do czegokolwiek, na co trafnie zwrócił uwagę Herbert Hart w polemice z Johnem Austinem. Pozytywiści wyrafinowani, idąc śladami Harta, zmiękczyli swą wiarę w imperatywny charakter prawa i normatywną moc samych sankcji.

2. **Akt ogłoszenia i promulgacji przepisów już ustanowionych.** Dla pozytywistycznej mentalności, z charakterystycznym dla niej formalizmem i sztywnością binarnych dychotomii, ogłoszenie i promulgacja to testy ostatecznie przesądzające o ważności aktu prawotwórczej woli właściwego organu państwa. Dla twardego pozytywisty po takim teście może on rozwiązać problem walidacyjny (ustalić, co obowiązuje), bowiem prawo już z pewnością istnieje. Dla bardziej wymagających analityków i interpretatorów potrzebne będą jednak kolejne testy, aby stwierdzić, czy prawo jest i w jakim stopniu jest.
3. **Akt interpretacji** przepisów budujący z nich normy prawne lub/i ustalający ich właściwe znaczenie. Prawo konstytuuje się w twórczych aktach rozumienia go przez ludzi, którzy o nim myślą z zamiarem rozumienia – twierdzi Arthur Kaufmann. Ronald Dworkin w swej krytyce pozytywizmu H. Harta dowodził, że prawo jest integralne dzięki temu, że sędziowie interpretują i stosują je tak, aby było spójną i sensowną całością. Teoria Dworkina jest interpretacyjną koncepcją prawa, które jest tym, co wyłania się po interpretacji rozmaitych aktów w obrębie instytucjonalnej historii konkretnego systemu prawa.
 Modele stosowania prawa w różnym stopniu doceniają interpretację jako czynnik współtworzący prawo, jako kreatywne wytwarzanie sensu i poczucia rozumienia norm. Najmniejszą wagę do interpretacji przywiązuje sylogistyczny model stosowania prawa stworzony i rozwijany głównie przez prawników o przekonaniach pozytywistycznych. Modele hermeneutyczny i argumentacyjny jednoznacznie przypisują interpretacji wielką rolę w określeniu wyższego stopnia istnienia prawa. Zwolennicy hermeneutycznych i argumentacyjnych modeli stosowania prawa na ogół nie są tak radykalni jak Stanley Fish, który twierdzi, że tekstu przed interpretacją po prostu nie ma i każdy, kto interpretuje, dopiero tworzy ten tekst. Prawnicy zakładają, że teksty prawne istnieją nawet, gdy ich nikt nie interpretuje, ale są skłonni uznać, że po interpretacji stają się one jednoznaczne, jasne, zrozumiałe, a nawet oczywiste. I dopiero w takim ulepszonym stanie mogą być dalej opracowywane, aby w pełni zaistnieć i spełnić swe zadania w życiu społecznym ludzi.
4. **Uzasadnienie norm już poddanych interpretacji.** Argumentacja jest koniecznym uzupełnieniem interpretacji norm, aby mogły one być zastosowane przez właściwy organ państwa wobec innych podmiotów prawa. Robert Alexy czy Chaim Perelman, rozwijający argumentacyjny model stosowania prawa, bezspornie będą domagać się tego testu egzystencjal-

nego od prawa stającego się, wyłaniającego się z nieokreśloności lub niedostatecznej jasności jego treści po testach nr 1 i 2. Sawa Frydman już w latach 30. XX wieku trafnie uważał, że również każda wykładnia prawa powinna być uzasadniana, co nie zostało wtedy docenione jako myśl nowa i ważna.

Legitymizacja (uzasadnienie lub w szerszym rozumieniu nadanie prawowitości przez argumentację), zdaniem Maxa Webera, jest konieczną przesłanką realnego istnienia prawa, aktu interpretacji prawa, a nawet samej władzy publicznej zdolnej stanowić prawo. Wiedza nie w każdej kulturze jest ważnym tytułem do władzy, w tym do władzy współtworzenia prawa. Odwołanie się do wartości i opartych na nich reguł to na ogół konieczny argument legitymizacyjny. Dzięki temu wartości, oparte na nich oceny i argumenty legitymizacyjne zapewniają pełne istnienie prawa i stanowią aksjologiczną podstawę systemu prawa.

Czysta sfera faktów, podobnie jak czysta sfera norm, istnieje w sposób niepełny, połowiczny. Dopiero dodanie do niej elementów aksjologicznych i/lub normatywnych jako podstawy uzasadniania faktów nadaje jej pełnię istnienia, kompletność ontyczną. Dlatego sensowna jest idea splotu faktyczno-normatywnego jako koncepcyjnej całości użytecznej w analizowaniu społecznego życia prawa.

Ruch idei wyrażających zróżnicowanie interesów kreuje zjawiska realne, bowiem to ruch sprawia powstawanie, zmianę lub istnienie również zdarzeń faktycznych. Samo trwanie idei w bezruchu nie nadaje im mocy wpływania na procesy społeczne czy świadomość ludzi. Ruch i zderzenia wielu idei są podstawą dynamiki systemów wartości i norm, w tym także systemów prawa. Prawo ma charakter perswazyjny, tzn. kształtuje wyobrażenia, postawy polityczne i zachowania obywateli w takim stopniu, w jakim wyraża treści aksjologiczne.

5. **Akt woli organu państwa stosującego zinterpretowane normy** wobec innych podmiotów prawa, np. decyzja sądu lub organu administracji. Treścią prawa w działaniu jest to, co zdecydują sądy w oparciu o normy zawarte w przepisach lub innych źródłach prawa. Realności w teorii prawa już od blisko stu lat tak myślą. Realne istnienie prawa ma miejsce dopiero w orzeczeniach sądów czy decyzjach administracyjnych. Sylogizm, jako metoda wnioskowania często stosowana przez prawników, jest także metodą scalania faktów i norm, bowiem jedne i drugie są konieczne w strukturze sylogizmu. Dzięki temu sylogizm jest ważnym etapem powstawania splotu normatywno-faktycznego, jakim jest prawo. Prawo, nawet bezbłędnie zinterpretowane i uzasadnione, nie istnieje w pełni, jeżeli organ władzy publicznej o właściwych kompetencjach nie zastosuje go wobec określonej sytuacji faktycznej i nie dokona ponownej reintegracji splotu normatywno-faktycznego. Jeśli chcesz poznać prawo jakiegoś pań-

stwa czy regionu, to badaj decyzje sądów i administracji, a nie ograniczaj się do czytania ustaw, rozporządzeń czy aktów prawa lokalnego. Prawo powstaje jako produkt procesu decyzyjnego mniej lub bardziej sformalizowanego, toczącego się najczęściej w ramach takiej zorganizowanej zbiorowości, jaką jest państwo. Również wybitny pozytywista Georg Jellinek wiele lat przed realistami twierdził, iż „prawem jest w każdym społeczeństwie najpierw to, co faktycznie wykonywane jest jako prawo”. Legitymizacja obowiązującego prawa przez jego odzwierciedlenie w świadomości ludzkiej doprowadziła do opracowania przez Jellinka koncepcji normatywnej siły faktu. Jego teoria normatywnego działania rzeczywistości zrodziła się z opinii, iż pierwsze wzory normatywne rozwinęły się z faktów (Anter 2004).

Prawo jest formułowane i sankcjonowane przez społeczeństwo za pośrednictwem organów państwa, bowiem to one podejmują decyzje kształtujące prawo. W ramach tego etapu emergencji prawa istotne są dwie wersje stosowania testu jego obowiązywania. Teoria przepowiedni – normę prawną uznaje się za obowiązującą, jeżeli jest dostatecznie prawdopodobne, że norma ta będzie realizowana, a w przypadku jej przekraczania – sankcjonowana. Teoria uznania – normę prawną uznaje się za obowiązującą, jeżeli adresaci tej normy nie będą skłonni do stawiania oporu, gdy za przekroczenie normy zostanie wymierzona sankcja.

6. **Rzeczywiste realizowanie lub przestrzeganie norm prawnych** przez obywateli i przez wszystkie państwowe i niepaństwowe podmioty prawa. Sens testu nr 6 wyraża się w tym, że zachowania zgodne lub niezgodne z normami świadczą o realnym istnieniu tych norm, a nie samo ich ustanowienie, uzasadnienie, interpretowanie czy ogłaszanie. Realne obowiązywanie norm prawnych uzależnione jest od społecznego przyzwolenia dla prawa. Istnienie przewidywalnych statusów prawnych w porządku prawnym jest testem realnego istnienia prawa. Postawy legalistyczne, konformistyczne i oportunistyczne sprzyjają realnemu istnieniu prawa, a postawy nihilistyczne i cyniczne wobec prawa niszczą prawo i wszelką normatywność jego źródeł. Nurty socjologiczne w teorii prawa i sami socjologowie zainteresowani społecznym działaniem prawa tak właśnie testują realność prawa, jego rzeczywistą moc normatywną widać nie tyle w aktach woli organów państwa tworzącego i stosującego normy, lecz w zachowaniu osób, których powinnością jest przestrzeganie tych norm w swym codziennym życiu.
7. Ostatecznym testem istnienia prawa, sięgającym najgłębiej w istotę ludzką, jest **emocja i motywacja określająca postawę adresatów norm wobec tych norm**. To w indywidualnej psychice pojawia się lub nie poczucie obowiązku i/lub uprawnienia oraz poczucie prawowitości prawa stanowiącego i stosowanego przez organy państwa. Leon Petrażycki i przed-

stawiciele psychologicznych nurtów w teorii prawa przekonują nas o tym w teście nr 7, najgłębiej sięgającym w psychikę osoby adresata. Dopiero gdy takie poczucia istnieją w psychice ludzi i mają wpływ na zachowania adresatów norm, można sensownie powiedzieć, że owe normy istnieją. Normy nierodzące emocji dwustronnych, czyli uprawniająco-zobowiązujących, nie są prawem w ramach teorii Leona Petrażyckiego. Prawo to przeżycia psychiczne konkretnych osób, które czują, że są uprawnione i/lub zobowiązane do określonego zachowania. Prawo to układ emocji imperatywno-atrybutywnych, dwustronnych, w odróżnieniu od etycznych, które mogą być także jednostronne. Nawet ci, którzy taki pogląd uznają za ekstrawagancki wyraz idealizmu posuniętego zbyt daleko, nie zaprzeczają, że warto wiedzieć, co ludzie czują i sądzą o swych uprawnieniach i obowiązkach, a zatem o swych statusach. Dopóki norma prawna nie zakorzeni się w przeżyciach psychicznych, a zwłaszcza w emocjach i postawach adresatów norm prawnych, dopóty nie można stwierdzić, że to prawo istnieje w pełni. Proces internalizacji to przekształcanie się racji obiektywnej w subiektywny motyw postępowania podmiotu. Gdy podmiot rozumie rację obiektywną zawartą w normie prawnej jako rację dostateczną lub rozstrzygającą swych decyzji, może zacząć się proces internalizacji treści tej normy, który ma szansę (ale nie jest to nieuchronne i pewne) stawania się motywem działania tego podmiotu. Procesy przekształcania racji w motywy, tego, co intersubiektywne w to, co subiektywne, są niedokładnie rozpoznane przez psychologię i dlatego hipotezy sformułowanej powyżej nie można traktować jako zweryfikowanej empirycznie.

Godne uwagi jest to, że Georg Jellinek, wszakże klasyk pozytywizmu, sądził, iż obowiązywanie prawa opiera się na społecznym przekonaniu, że normy te istotnie obowiązują. Podstawowym źródłem obowiązywania prawa jest według Jellinka przede wszystkim mechanizm psychologiczny i nieorganizowany przez państwo. Przymus państwowy uważał on za „niekonieczne wzmocnienie gwarancji zewnętrznych obowiązywania prawa”, bowiem wierzył, że skuteczność i ważność normy prawnej zależy głównie od subiektywnej psychiki indywidualnej. Prawo osiąga swe cele przez pobudzanie właściwych motywacji (przymus wewnętrzny). Przymus państwowy (różny od groźby sankcji) sam nie gwarantuje realizacji prawa w życiu społecznym.

Na doniosłość racji służących do świadomego uzasadniania własnych decyzji i zachowania adresatów praw w konstytuowaniu się normatywności reguł trafnie zwraca uwagę Bartosz Brożek, gdy tak oto definiuje normatywność – „[...] pewna reguła postępowania ma przymiot normatywności, czyli jest racją działania, jeśli spełnia trzy warunki: jest obiektywna, może służyć uzasadnianiu decyzji i jest zwykle stosowana świadomie” (Brożek 2012, 13). Jest to rozwinięcie tezy Christine Kørsgaard, która twierdzi, że reguła jest normatywna, gdy

jest obiektywną racją działania, a nie tylko psychicznym subiektywnym motywem postępowania człowieka (Kørsgaard 1996)²². Jeżeli ludzie masowo nie przestrzegają normy ustanawiającej obowiązek prawny, to stopień istnienia takiej normy jest niski. Zgadzam się do pewnego stopnia z opinią Brożka, że „norma, która jest nieprzestrzegana, nie zasługuje na miano normy. System etyczny lub prawny, z którym nikt się nie zgadza i którego nikt nie akceptuje, stanowi co najwyżej pewną fikcję” (Brożek 2012, 16). Pogląd, że czegoś nie robi nikt, jest jednak zbyt radykalny. Można powiedzieć, jaka część populacji adresatów i w jakim stopniu akceptuje/respektuje określone reguły, ponieważ socjologicznie nieprawdopodobny jest fakt, że nikt tego nie robi. Trafniejsze jest podejście gradualistyczne – reguły akceptowane przez niewielką część adresatów i w niskim stopniu nie są fikcją, lecz istnieją, ale stopień intensywności tego istnienia jest niewielki, proporcjonalny do ich zakorzenienia w sferze intersubiektywnych racji działania ludzi.

Dla moich testów nr 6 i 7 dobrym wsparciem jest *par excellence* socjologiczna argumentacja przedstawicieli orientacji analitycznej w teorii prawa: „istnienie i właściwości prawa nie zależą od stanów mentalnych żadnego pojedynczego człowieka, lecz od kolektywnej świadomości społecznej. Prawo nie mogłoby istnieć, gdyby świadomość społeczna nie przypisywała mu istnienia. Właściwości prawa są co najmniej współkonstituowane przez przekonania członków danej społeczności, a zatem prawo ma pewne właściwości dlatego, że te właściwości są mu przypisane przez kolektywną świadomość” (Dyrda, Gizbert-Studnicki 2016).

Prawo w działaniu przechodzi, moim zdaniem, co najmniej siedem **etapów wyłaniania swej mocy i swego bytu**, chociaż nie każdy segment systemu prawa osiągnie taki sam poziom pełni swego realnego istnienia, a sam proces stadialnego przejścia niekoniecznie jest płynny i wolny od turbulencji, jak zakładają zwolennicy liniowego ewolucjonizmu. Często jest to *punctuated evolution*, jak współcześni ewolucjoniści opisują procesy naturalne. Wiadomo każdemu badaczowi prawa, że między treścią normy ustanowionej i promulgowanej (testy nr 1 i 2) a treścią normy zinterpretowanej i zastosowanej (testy nr 3, 4 i 5) może być niekiedy bardzo istotna różnica. Tym bardziej to, co zakorzeni się w świadomości adresatów pierwotnych jako prawo i stanie się ich indywidualnym przeżyciem powinności i/lub uprawnienia (test nr 7), nader rzadko jest identyczne z tym, co znajdowało się w samym akcie ustanawiania prawa lub uznawania zwyczaju za prawo zwyczajowe przez organ władzy publicznej. Realistycznie jest wziąć ten fakt pod uwagę i *budować takie pojęcia ogólne, które dają szansę badania tego*,

²² Wykład wygłoszony przez autorkę na Uniwersytecie Cambridge 16–17 listopada 1992 roku, ogłoszony w Internecie na witrynie: <http://www.tannerlectures.utah.edu/lectures/documents/korsgaard94.pdf>, 1994, a także później opublikowany jako książka pt. *The Sources of Normativity* (Cambridge University Press: New York 1996). Brożek i jego wydawca popełnili błąd w cytowaniu tytułu tego dzieła, nadając mu własny tytuł *The Senses of Normativity*.

co rzeczywiście dzieje się z prawem w tym emergentnym procesie wynurzania się. Alternatywą takiej konstrukcji pojęć jest daleko posunięta idealizacja, która zakłada, że dzięki sylogizmom prawniczym i kilku dość prostym wnioskowaniom uzyskujemy poczucie oczywistości, pewność treści norm i pełną identyczność treści na każdym z siedmiu poziomów istnienia prawa. Założenie o samorodnej, autopojetycznej zmienności i nieuchronnych niespodziankach emergencji w prawie żywym jest bliższe prawdy, prawdy osiągananej zarówno metodami logiki dwuwartościowej, jak i wielowartościowej.

Składnikami systemu prawa są reguły pierwotne i wtórne w rozumieniu Herberta Harta oraz zasady i normy programowe (*policies*) w rozumieniu Ronalda Dworkina. I to właśnie te formy przejawiania się treści normatywnych wyłaniają się i istnieją w różnym stopniu. To obecnie wiedza banalna i raczej bezsporna. Także oczywiste jest, że systemy prawa mają swą podstawę aksjologiczną, czyli konfigurację wartości uporządkowaną na ogół jako hierarchia preferencji, pozwalających wybierać cele działań prawotwórczych, legitymizować normy i wpływać na motywacje podmiotów prawa, na co trafnie zwrócił uwagę Krzysztof Pałeczki (Pałeczki 1997, 18). Wartości te należą do zawartości treściowej systemu prawa „nawet wtedy, gdy nie są wyraźnie w przepisach wyartykułowane”, a ich rozwinięciem jest ideologia prawnicza (Pałeczki 1997, 20). Pogląd o niezbędności podstawy aksjologicznej i ideologii prawniczej jest spójny z szeroką koncepcją systemu prawa, którą od wielu lat proponuje Krzysztof Pałeczki. Autor ten w systemie prawa trafnie dostrzega normy i fakty połączone w spójną całość i oparte na podstawie aksjologicznej. Jego zdaniem w ramach systemu prawa poza zbiorem przepisów są obecne behawioralne składniki niebędące normami zachowania, takie jak „działania instytucji tworzących te przepisy (w sensie określania ich treści i nadawania im mocy obowiązującej), a także działania instytucji szeroko rozumianej kontroli prawnej (przede wszystkim stosujących prawo i wdrażających decyzje instytucji stanowiących)” (Pałeczki 1997, 17; 1988, 63 i n.). System prawa powstaje, istnieje i działa jako całość złożona z norm, wartości i działań ludzi zorganizowanych w formach instytucjonalnych. Podzielam ten pogląd o zespoleniu normatywności z faktycznością i wspierając go uzasadnieniem.

Istotny i potencjalnie kontrowersyjny jest inny aspekt struktury wewnętrznej systemu prawa. Źródłem kłopotów poznawczych i praktycznych jest osobliwy konserwatyzm intelektualny powodujący, że definicje systemu prawa w większości dzieł prawniczych, zarówno z dogmatyki, jak z teorii prawa, są tak zbudowane, że ich ukoronowaniem jest konstytucja wewnątrz hierarchii źródeł prawa danego państwa. Takie wąskie ujęcie zakresu systemu prawa było adekwatne w świecie względnie zamkniętych państw, zazdrośnie strzegących swej suwerenności w stanowieniu i egzekucji prawa. We współczesnych warunkach, w efekcie globalizacji, internacjonalizacji i rozwoju regionalnych integracji w Europie, w Azji i w Ameryce powstaje dogodna sytuacja dla recepcji i unifikacji prawa ponad granicami. Zatem systemy prawa emergentnie wyłaniają się z norm nie

tylko stanowionych przez konkretne państwo, ale także z innych norm często pochodzących spoza granic państwa.

Polski system prawa to wszelkie formy normatywne, które *de iure* i *de facto* obowiązują na terytorium państwa polskiego w jego obecnej formie ustrojowej wraz z jego statusem we wspólnocie międzynarodowej. Status prawny państwa polskiego oznacza wszakże uprawnienia i obowiązki wyznaczone przez prawo międzynarodowe publiczne i prawo Unii Europejskiej. Status prawny państwa określony przez prawo międzynarodowe i unijne wpływa na zakres i treść jego systemu prawa, chociaż również treść tego systemu prawa wpływa na jego status.

System prawa Polski współczesnej to cztery kręgi rozmaitych form wyrażania normatywności:

- międzynarodowe prawo publiczne, które polskie władze we właściwym trybie dobrowolnie podpisały i ratyfikowały,
- prawo Unii Europejskiej, zarówno pierwotne, jak wtórne,
- prawo krajowe oraz
- elementy pozaprawnych systemów normatywnych potrzebne do interpretacji i stosowania norm prawnych.

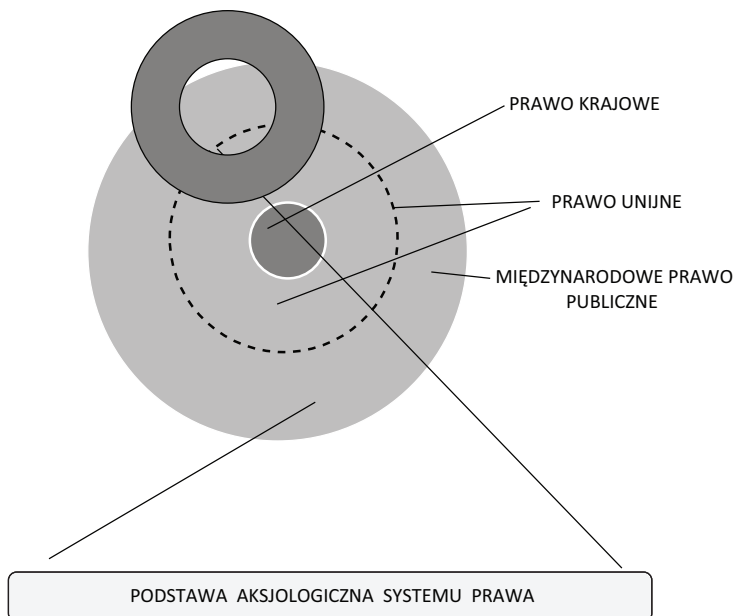
Relacje między tymi kręgami określa Konstytucja RP oraz niektóre normy prawa międzynarodowego i instytucjonalne prawo Unii Europejskiej.

Rysunek 5 ilustruje tę koncepcję systemu prawa i jego otwarty charakter. Mały krąg zewnętrzny na diagramie to strefa interferencji systemu prawa z zewnętrznymi systemami prawa i pozaprawnymi systemami normatywnymi wpływającymi na stosowanie prawa danego systemu. Oczywiście to model ideowy, w którym wielkości kręgów nie są proporcjonalne do wielkości poszczególnych warstw systemu prawa. Istotą tego modelu nie są proporcje ilościowe, lecz prezentacja graficzna złożoności jakościowej systemu prawa. Ilościowy aspekt można jednak oszacować. Według szacunków niektórych ekspertów prawo tworzone z inicjatywy i według własnych preferencji w kraju to około 30% tej całości, która jest systemem prawa państwa należącego do Unii Europejskiej.

Szeroka koncepcja porządku prawnego, którą przedstawię w dalszych częściach tego studium, zawiera w sobie warunki konieczne pełnej emergencji prawa w działaniu. Pozwala ona także na spełnianie rozsądnych oczekiwań obywateli państwa prawnego w licznych sferach życia, a zwłaszcza w zakresie:

- ochrony i rozwoju statusów prawnych;
- ochrony bezpieczeństwa prawnego w warunkach wolności i równości szans;
- sprawiedliwego rozstrzygnięcia konfliktu interesów i wymierzania sankcji;
- wychowywania adresatów prawa przez wpływanie na ich postawy wobec prawa i całego porządku prawnego;
- ewolucyjnej adaptacji form instytucjonalnych do nowych wyzwań cywilizacyjnych.

Rysunek 5. Złożoność struktury systemu prawa



Źródło: opracowanie własne.

Sam system prawa bez porządku prawnego w szerokim sensie byłby prawdopodobnie nieskuteczny (nieracjonalny instrumentalnie), znacznie bardziej niezrozumiały (nieracjonalny w sensie komunikacyjnym) oraz słabo zakorzeniony w kulturze (nieracjonalny w sensie kulturowym).

3.2. Koncepcje porządku prawnego

Wielu znawców prawa, zwłaszcza w państwach anglosaskich, nie rozróżnia systemu prawa i porządku prawnego. Termin *legal order* i *legal system* są używane wówczas zamiennie, mniej więcej w tym samym znaczeniu (Bobbio 1960)²³. Taka redukcja siatki pojęciowej, moim zdaniem, nie sprzyja wnikliwym studiom nad prawem w szerszych kontekstach.

Sebastian Urbina trafnie podkreśla, że porządek prawny to sfera praktyki społecznej, w której istotne są intencjonalne działania celowe, wartości i interesy ludzi, a nie jedynie normy prawne (Urbina 2002, 25). Nie jest to zatem po prostu zorganizowany przez państwo system obowiązujących norm zachowania.

²³ Kontynuator myśli Hansa Kelsena oczywiście nie widzi różnicy między systemem prawa i porządkiem prawnym.

Nie jest to także – jak proponował Wiesław Lang – system norm uznanych przez państwo, zbiór dyrektyw ich interpretacji i ich logicznych następstw oraz reguł i zasad moralnych, zwyczajowych, politycznych i technicznych, do których odsyłają normy prawne (Lang 1989, 10). Takie rozumienie porządku prawnego jest za wąskie i zbyt bliskie pojęciu systemu prawa w działaniu. Lang bierze pod uwagę otoczenie systemu prawa w bardzo ograniczonym zakresie – jedynie normatywne sfery tego otoczenia i to tylko takie, do których odsyła system prawny. Tak wąskie pojmowanie porządku prawnego stawia pod znakiem zapytania jego metodologiczną i heurystyczną użyteczność w badaniu prawa. Wąskie rozumienie porządku prawnego niewiele różni się od pojęcia systemu prawa i dlatego nie wzbogaca pola myślenia, nie zbliża się do prawa działającego w życiu społecznym, prawa obecnego nie tylko na papierze lub w przestrzeni Internetu.

W nowszej pracy Wiesław Lang trafnie uwzględni międzynarodowy porządek prawny i porządek prawny Unii Europejskiej oraz szerzej pojmuje krajowy porządek prawny, skoro jest nim „zbiór norm tworzących system prawa oraz *zbiór działań i realnych stosunków między ludźmi*, wyróżnionych i uporządkowanych według reguł systemu prawa. W skład porządku prawnego wchodzi nie tylko normy generalno-abstrakcyjne, lecz również *normy konkretno-indywidualne oraz wykładnia prawa, doktryna prawnicza i orzecznictwo sądowe*. Wykładnia prawa i orzecznictwo sądów najwyższych są elementami porządku prawnego, niezależnie od tego, czy są formalnymi źródłami prawa w systemie źródeł prawa. Porządek prawny jest *działającym faktycznie systemem prawa*” (Lang 2008, 13)²⁴. Tenże autor trafnie dodaje, że taka koncepcja porządku prawnego jest zbliżona do koncepcji prawa w działaniu jako przeciwieństwa prawa zapisanego w książkach. Do takiej realistycznej i otwartej na społeczne życie prawa koncepcji porządku prawnego świadomie będziemy nawiązywać przy precyzowaniu własnej propozycji określania porządku prawnego.

Leszek Leszczyński w swej teorii stosowania prawa bardzo wąsko określa porządek prawny jako „zbiór wszystkich reguł funkcjonujących w obrocie prawnym i stanowiących potencjalne podstawy normatywne podejmowania decyzji stosowania prawa” (Leszczyński 2004, 35)²⁵. W swej analizie uwzględni trafnie luzy decyzyjne w sądowym i administracyjnym stosowaniu prawa oraz pozaprawne kryteria w interpretacji przepisów, ale jego definicja porządku prawnego ma istotną wadę, bowiem włącza nieokreślone pojęcie „obrotu prawnego”, które ma być kryterium decydującym o tym, które reguły należą, a które nie należą do porządku prawnego. Dopóki nie jest jasne, czym jest „obrot prawny”, ani w języku naturalnym ani w języku prawniczym, to definicja porządku prawnego Leszka Leszczyńskiego zawiera błąd *ignotum per ignotum*. W takiej sytuacji przyj-

²⁴ Kursywą wyróżniłem te fragmenty w analizie Wiesława Langa, które są realistycznym wyjściem poza wąskie rozumienie porządku prawnego.

²⁵ Tak samo postępuje Joseph Raz (Raz 1980).

mowane przez Leszczyńskiego założenie racjonalności porządku prawnego (a nie tylko systemu prawa) jest wysoce wątpliwe, bowiem zakłada się tu, że „obróć prawny” jest racjonalny, co łatwo zakwestionować w oparciu o łatwo dostępne dane o zachowaniach podmiotów prawa. W dalszym ciągu naszej analizy zakładamy określony poziom racjonalności prawodawcy, ale nie całego porządku prawnego, ani w wąskim, ani tym bardziej w szerokim rozumieniu, które preferujemy, bo takie szerokie pojmowanie porządku prawnego zbliża teorię i socjologię prawa, co wydaje się poznawczo ważne i społecznie potrzebne dla dobra obu sfer refleksji nad zjawiskami prawnymi. Właściwy stopień takiego zbliżenia zawiera krótka, lecz ważna myśl Wiesława Langa, że porządek prawny jest „obiektywnym faktem społecznym” (Lang 2008, 26).

Pojęcie porządku prawnego, w którym nie ma żywych ludzi, ich działań, interesów czy wartości, wyznacza bardzo wąski horyzont poznawczy. Zgodnie z szerokim, socjologicznym i pragmatycznym rozumieniem porządku prawnego – nawiązującym do koncepcji Sebastiana Urbina i późniejszej koncepcji Wiesława Langa – będą dalej rozważał rolę statusów prawnych w tym porządku i w całości innego rodzaju, czyli w ramach instytucjonalnych ustroju/porządku społecznego.

Podobna szeroka koncepcja porządku prawnego jest założeniem studium o kontekstach kulturowych prawa i innych prac Marka Zirk-Sadowskiego (Zirk-Sadowski 1998; Zirk-Sadowski i in. 2009; Zirk-Sadowski i in. 2009a). Rozważając minimum homogeniczności „porządku prawnego związane z kulturą prawną państw” Unii Europejskiej, M. Zirk-Sadowski rozważa następujące komponenty porządków prawnych: „pojęcie prawa, legitymizacja prawa, koncepcja normatywnych źródeł prawa, koncepcja prawotwórstwa, zawody prawnicze, ideologie prawnicze i edukacja prawnicza”. Szczególnie zaznaczył „typ relacji prawa do innych porządków normatywnych występujących w jego otoczeniu. Prawo jest traktowane jako względnie autonomiczny podukład kultury, który nie powinien być podporządkowany sferze politycznej, ekonomicznej, religijnej i moralności. Kolejnym wskaźnikiem jest sposób legitymizacji prawa w kulturze. Autorytet prawa nie bierze się ani z intelektualnego autorytetu jego przedstawicieli, ani z władzy państwowej opartej na groźbie użycia siły lub zastosowania innych sankcji, lecz z powszechnego przekonania jednostek, że należy się podporządkować ustaleniom interpretacyjnym sędziów i innych urzędników, gdyż reprezentują oni prawo będące samo w sobie wartością, którą trzeba szanować. Zatem nie siła i przymus używane przez państwo i kryjące się za prawem, lecz wartość instytucji prawnych jest źródłem legitymizacji prawa. W zbiorze wartości konstytuujących te instytucje bardzo istotną rolę odgrywa racjonalność uzasadnień decyzji podejmowanych przez nie, która daje podstawy do przyjęcia konstrukcji racjonalnego prawodawcy w wykładni prawa” (Zirk-Sadowski 2012). Jest to cenna inspiracja, tym bardziej że jej autor, będący jednocześnie teoretykiem i sędzią, dobrze wie z praktyki, jak prawo funkcjonuje społecznie.

Porządek prawny społeczeństwa w szerokim realistycznym rozumieniu, moim zdaniem, składa się z wielu komponentów. Kluczowe z nich to:

- System prawa, który w państwie należącym do Unii Europejskiej składa się z trzech warstw obowiązujących reguł, zasad i standardów: międzynarodowego prawa publicznego ratyfikowanego w konkretnym państwie, norm prawa unijnego oraz prawa krajowego. Częścią systemu prawa są oczywiście również instytucje prawne jako celowo zorganizowane konfiguracje norm i zasad prawnych wspólnie regulujące określoną sferę stosunków społecznych. Trafna jest opinia, że „porządek prawny charakteryzuje się pewnym stopniem tolerancji na niezgodności zachodzące między normami wyższego i niższego rzędu” (Lang 2008, 22).
- Pozaprawne normy postępowania, np. moralne, zwyczajowe, obyczajowe, do których wprost lub pośrednio odsyłają normy prawa i które mogą być lub są używane w interpretacji norm prawnych i decyzjach stosowania prawa.
- Całokształt stosunków prawnych na określonym terytorium państwowym lub międzynarodowym w przypadku takich wspólnot unifikujących prawo jak np. Unia Europejska. W stosunkach prawnych szczególnie istotna jest dynamika statusów podmiotów, pojmowana jako treść stosunków prawnych, czyli konfiguracja ich uprawnień i obowiązków.
- Układ organów państwa współtworzących, stosujących i egzekwujących prawo oraz kulturowo określony styl egzekucji prawa.
- Modele stosowania prawa, w tym reguły interpretacji i legitymizacji norm prawnych oraz zwyczaje związane z egzekucją odpowiedzialności tworzące określone style egzekucji prawa (Biernat i in. 2004).
- Zawody prawnicze: zasady wykonywania i dopuszczania do tych zawodów, formy edukacji prawniczej. Statusy zawodów prawniczych w prawie i w świadomości społecznej. Role prawników w integrowaniu systemu prawa i w całym porządku prawnym. Prestiż zawodów prawniczych i jego podstawy.

Także ojciec normatywizmu Hans Kelsen twierdził w swej *Czystej teorii prawa*, że system prawa jest tworem prawników, którzy przez swe interpretacje systematyzują normy i nadają jednoznaczność często niespójnym przepisom stanowionym przez organy legislacyjne państwa. Ponadto nigdy nie izolował systemu prawa od faktów pozaprawnych, a zwłaszcza od moralności, kontekstu społecznego i kulturowego czy faktów psychicznych (Kelsen 2014).

- Postawy społeczne wobec prawa i ich struktura. Struktura w sferze postaw to ich względnie trwałe ilościowe proporcje przy podziale na postawy zasadnicze (jak np. legalistyczne posłuszeństwo wobec prawa czy cywilne nieposłuszeństwo wobec konkretnej regulacji prawnej) i celowościowe (jak np. oportunizm, konformizm prawny, cynizm i nihilizm prawny) oraz ich związki ze strukturą klas i warstw społecznych. Realny

wpływ prawa na postawy i zachowania adresatów pierwotnych i wtórnych wyraża się w postawach i zachowaniu; można dzięki temu ustalić, kto i dlaczego przestrzega norm prawnych, a kto tak nie robi. Postawy wobec prawa są zaliczane do kultury prawnej obok wiedzy o prawie, wartości i opinii o prawie w określonych grupach społecznych. Styk porządku prawnego z kulturą prawną można jednakże konceptualizować także inaczej. Pomostem łączącym kulturę prawną i porządek prawny byłyby wówczas właśnie postawy częściowo obecne w kulturze, a częściowo w obrębie porządku prawnego. Ta druga konceptualizacja wydaje mi się trafniejsza i potencjalnie heurystycznie bardziej owocna. Zrozumienie porządku prawnego z pominięciem analizy postaw wobec prawa byłoby albo niepełne, albo bardzo utrudnione.

- Pamięć o dawnym prawie i prawnie relewantne tradycje kulturowe. Tradycje i zwyczaje kształtujące się przez stulecia nie umierają w pamięci ludzi wraz z ustanowieniem nowych regulacji prawnych. Nowe prawo może zderzać się z treścią normatywną dominującą w pamięci społecznej i przez to wpływać na zachowanie adresatów prawa, w tym także profesjonalnych strażników prawa. Jeżeli bardzo długo obowiązywała reguła prawa rodzinnego mówiąca, że sąd powierza dzieci wyłącznie ojcom w sytuacji rozvodu, to trudno zmienić radykalnie orzeczenia sędziowskie po zmianie prawa przyznającego matkom i ojcom równe szanse w staraniu się o prawa opiekuńcze. Tak właśnie było w Grecji przed wstąpieniem do wspólnot europejskich w 1981 roku. Zmieniono zatem prawo rodzinne w Grecji, ale sędziowie nadal w nieproporcjonalnie dużej liczbie przypadków powierzają dzieci jak dawniej ojcom, a nie matkom, niezależnie od tego, czy to jest właściwe ze względu na dobro dzieci.

W granicach porządku prawnego znajdują się także pozaprawne systemy normatywne, które są albo w konflikcie, albo w stosunku współpracy z prawnym systemem normatywnym, a przez to stanowią normatywny kontekst dla norm i instytucji prawa. Są one takim kontekstem, gdy prawo swymi klauzulami generalnymi wprost odsyła do pozaprawnych norm postępowania. Nawet bez takich odesłań normatywność pozaprawna ma znaczny wpływ na interpretację i legitymizację norm prawnych. Dlatego uzasadnione jest przyjęcie, że pozaprawna normatywność relewantna dla tworzenia, interpretacji i stosowania norm prawnych należy do porządku prawnego. Przyznają to nawet twardzi pozytywiści. Tym bardziej jest to oczywiste dla realistów prawnych, otwartych na socjologiczną wiedzę o prawie i ludziach żyjących w ramach porządku prawnego.

Dynamika stosunków prawnych i postaw wobec prawa jest w wysokim stopniu efektem gry podmiotów o ich statusy własne (czyli zakresy uprawnień i obowiązków oraz sposoby powiązania uprawnień innych podmiotów) oraz statusy istotnych dla nich rzeczy i przestrzeni kulturowych i fizyczno-geograficznych, a zwłaszcza powietrznych, lądowych i wodnych. Dobre zrównoważenie statusów

oczywiście sprzyja budowaniu i konkretyzowaniu stosunków prawnych, które są przewidywalne dla podmiotów i dobrze służą realizacji ich interesów chronionych przez normy prawne. Także zaufanie do osób i instytucji jest wyższe tam, gdzie statusy są stabilne, dobrze zrównoważone i sprawnie chronione przez władze publiczne.

Podmioty prawa oczywiście same chronią swoje statusy i w określonym stopniu szanują statusy innych podmiotów. Bywa, że statusy są kwestionowane lub nawet agresywnie atakowane. Im bardziej skuteczna jest ochrona statusów podmiotów przez państwo i inne organy władzy publicznej, tym rzadziej są one kwestionowane lub podważane w życiu społecznym. Decyzje stosowania prawa, a zwłaszcza decyzje administracyjne i orzeczenia sądowe, grają szczególnie ważną rolę w kształtowaniu struktury statusów w konkretnym społeczeństwie. Egzekucja prawa, która jest bardzo spóźniona lub niezgodna z obywatelskim poczuciem sprawiedliwości, oczywiście nie sprzyja poczuciu pewności statusów prawnych i osłabia wiarę w osiągalność bezpieczeństwa prawnego. Te fakty sugerują, że porządek prawny, wbrew swej nazwie, nie jest doskonale uporządkowany, ale raczej jest dynamicznym kłęczem, które rozgałęzia się wielokierunkowo i samorzutnie, mimo że jest wewnętrznie splecione i niezbyt przejrzyste.

Podmioty zwykle podejmują próby samodzielnej obrony tych elementów swego statusu, które są dla nich szczególnie cenne, którym przypisują najwyższą wartość. Są to najczęściej takie elementy ich rozmaitych statusów, od których zależy samo ich istnienie, tożsamość czy wolność i bezpieczeństwo. Oczekują jednak także działań ochronnych ze strony władz publicznych oraz poszanowania swych statusów przez inne podmioty prawa. Okoliczności pobudzające takie zachowania są godne systematycznych badań empirycznych.

Nie mamy empirycznej, socjologicznej i psychologicznej wiedzy o okolicznościach powodujących wyższą lub niższą skłonność ludzi do obrony lub ulepszenia własnych statusów, szanowania statusów innych ludzi czy kwestionowania tych statusów. Badacze praw i wolności obywatelskich, badacze dyskryminacji i przywilejów stworzyli pewien zasób wartościowej wiedzy na ten temat. Socjologia statusów nadal jednak czeka na pomysłowych badaczy postaw i zachowania ludzi ze względu na wiązki przysługujących im praw i obowiązków.

Socjologiczna wyobraźnia podpowiada następującą hipotezę – wysoki poziom wiedzy o prawie, pozytywna opinia o jego jakości ze względu na uznawane wartości oraz legalistyczna postawa wobec prawa są warunkami sprzyjającymi aktywnej i skutecznej obronie własnego statusu prawnego wobec zagrożeń i gotowości do walki o jego poprawę w przyszłości. Nieznana jest mi wiedza pozwalająca odrzucić taką hipotezę, co oczywiście nie wystarczy do jej weryfikacji.

3.3. Stabilność i zmienność statusów prawnych: równowaga wewnętrzna i zewnętrzna statusów

Statusy prawne różnego rodzaju w różnym stopniu dynamizują i/lub stabilizują porządki prawne. Inaczej na dynamikę tę wpływają statusy osób niż statusy prawne rzeczy, w tym zwierząt i innych obiektów przyrodniczych. Statusy rzeczy (np. nieruchomości) raczej stabilizują *status quo* w porządku prawnym, są bliskie temu, co nazywamy stanem prawnym, czyli czymś względnie trwałym i niezmiennym. Natomiast statusy osobowe są czynnikiem dynamizującym systemy norm i instytucji prawnych, postaw wobec tych norm i instytucji oraz takich wartości prawnie relewantnych, jak: słuszność, sprawiedliwość, wolność czy zasada rządów prawa. W statusach prawnych osób często wyraża się pozycja tych osób w hierarchii klas i warstw społecznych. Nie są one biernym refleksem pozycji osoby w strukturze klasowo-warstwowej, ale mogą być także używane jako środek w konkurencji ekonomicznej czy walce politycznej. Status prawny może być jako środek walki zarówno tarczą potrzebną do obrony, jak i mieczem użytecznym w ataku na rywali czy konkurentów.

Dla istnienia i płynnej reprodukcji porządków prawnych konieczna jest kulturowo właściwa proporcja czynników dynamizujących i stabilizujących. Jeżeli taka proporcja jest właściwa, to znaczy, że statusy osobowe i rzeczowe też są odpowiednio względem siebie skonfigurowane. Właściwa proporcja statusów w porządku prawnym sprzyja ewolucyjnemu rozwojowi prawa bez rewolucyjnych turbulencji, które rzadko przynoszą pożytek dla kultury prawnej i jakości porządku prawnego.

Porządek prawny zmienia się, ponieważ trwają żywe i wielopodmiotowe interakcje podmiotów prawa, a niekiedy także walka o statusy prawne między podmiotami. Dynamikę statusów prawnych osób fizycznych i osób prawnych wywołuje dążenie ludzi albo do zachowania swych statusów, gdy są z nich zadowoleni, albo do ich zmiany na lepsze, gdy są z nich niezadowoleni. Na ogół większość ludzi nie jest w pełni zadowolona ze swych statusów społeczno-prawnych i dlatego dąży do zmiany prawa i całego porządku prawnego, czyli systemu prawa, a ponadto stosunków prawnych, instytucji prawnych i wszystkich aspektów kultury prawnej, a zwłaszcza postaw ludzi wobec prawa. Im więcej osób ma interes w tym, aby poprawiać swój status prawny i społeczny, tym szybciej następują zmiany w systemie prawa i porządku prawnym państw i całych regionów na świecie. Zmiany w układzie statusów mogą być analizowane w dwóch płaszczyznach – jako wzmocnienie lub osłabienie statusu ewentualnie jako podwyższenie lub obniżenie statusu. W pierwszym przypadku analizujemy układ uprawnień i obowiązków w ramach jednego statusu oraz zakres uznania społecznego dla takiego układu. Wzrost uprawnień bez zmiany zakresu obowiązków jest *wzmocnieniem statusu*, zwłaszcza wtedy, gdy taka zmiana jest uznawana przez inne

podmioty prawa. Natomiast zwiększenie obowiązków bez zmiany uprawnień może być postrzegane jako *osłabienie określonego statusu* prawnego. W drugiej płaszczyźnie o podwyższeniu lub obniżeniu statusu prawnego decyduje porównanie konkretnego statusu prawnego do innych statusów w celu ustalenia, czy i jaka zmiana zachodzi w relacjach między statusami prawnymi różnych podmiotów. Jeżeli status podmiotu Alfa był niższy niż podmiotu Beta w określonej sferze aktywności, a po zmianie jest wyższy lub mniejszy jest dystans tych statusów, to mamy do czynienia z podwyższeniem statusu podmiotu Alfa i relatywnym obniżeniem statusu podmiotu Beta, nawet jeżeli formalnie status Beta nie został zmieniony. Podwyższanie i obniżanie statusów prawnych jest dodatkowo warunkowane zmiennością uznania społecznego, które albo wzmacnia, albo osłabia samą zmianę instytucjonalną.

Szczególną odmianą dynamiki statusów jest *wytwarzanie zupełnie nowych statusów*, a nie jedynie przekształcanie układu statusów już istniejących. Carl Schmitt, jak wcześniej wielu geopolityków, przywiązywał wielką wagę do różnienia cywilizacji morskich i lądowych. Te pierwsze były dynamiczne, otwarte na ruch i ekspansję na nowe przestrzenie oraz odkrywanie nowości, a nie tylko nowych lądów²⁶. Cywilizacje lądowe natomiast były zachowawcze, konserwujące *status quo* i niechętne innowacjom. Morze skłaniało do rewolucji, a ląd do kontrrewolucji i stagnacji (Schmitt 1993). Morskie państwa Europy podbijały i kolonizowały świat przez wiele stuleci. Ten dynamizm cywilizacji morza miał wpływ na tworzenie nowych statusów prawnych i oczywiście na nowe statusy społeczne. Żeglarz-odkrywca, konkwistador, korsarz czyli rabuś w służbie legitymizowanego monarchy czy wreszcie wicekról Indii Brytyjskich – aby wspomnieć tylko niektóre owoce inwencji statusowej ekspandującej Europy. To odkrywcy i kolonizatorzy z Hiszpanii, Portugalii, Holandii i Wielkiej Brytanii także na nowo określili status prawny ziemi odkrytej i zabranej ludom na niej żyjącym; uznali po prostu, że to rzecz niczyja i znaleziona, a zatem należąca znalazcy. Nie rozważali ani prawnie, ani etycznie, czy i jakie prawa do tej ziemi mają ludy na niej żyjące od wieków. Chrześcijańskie sumienia nie utrudniały im takiego postrzegania cudzej własności i obcej tożsamości kulturowej, gdy przemocą zmuszali innych do ochrzczenia się i przynajmniej werbalnie do uznania się za chrześcijan. Tak to wyglądało w Ameryce, Australii i Afryce. Jedynie w Azji, gdzie były bardzo stare i nadal mocne cywilizacje, ekspansywni Europejczycy nie próbowali traktować ziemi jako rzeczy znalezionej, bez pana i gospodarza.

²⁶ Błyskotliwie zauważył Sloterdijk, że kulminacją morskiego kultu ruchu jest kapitan Nemo, czyli Nikt, literacki bohater Juliusza Verne'a, który sam niepoznawalny poznaje tajemnice podmorskiego świata, a ponadto w swej podwodnej łodzi jest ruchliwy w bardzo ruchliwym otoczeniu. Dewiza kapitana Nemo brzmiała „Być ruchomym w ruchomym świecie”. Był jej wierny i dlatego jest nadal fascynujący dla mądrych czytelników (Sloterdijk 2011a, 115).

Późniejsza ekspansja cywilizacyjna anglosaskich państw morskich, a zwłaszcza Brytyjczyków i Amerykanów, w wysokim stopniu ukształtowała wszystkie etapy globalizacji świata, wraz z westernizacją pojmowaną jako jedyna lub przynajmniej główna droga modernizacji kultur i cywilizacji, włącznie z kulturami i porządkami prawnymi. Niezależnie od tego, czy ocenia się ten dynamizm jako pożyteczny czy raczej niszczyielski, pozostaje bezspornym faktem, że niedocenywanie przemożnego wpływu zwycięskich anglosaskich cywilizacji morskich na historię świata to błąd intelektualny, którego nie tłumaczy żadna poprawność polityczna. Żadna teoria prawa nie będzie dostatecznie uniwersalna i wszechstronna, jeżeli nie doceni właściwie, czym była i jest westernizacja w obecnej, zapewne nie ostatniej fazie globalizacji²⁷.

Globalny kapitalizm wielkich korporacji, wielki dziedzic ekspansywnych cywilizacji morskich, na początku XXI wieku w coraz szybszym tempie pogłębia asymetrię w rozwoju, w tym zwłaszcza nierówności majątkowe i dochodowe między ludźmi. Coraz więcej dóbr i pieniędzy skupia w swoich rękach coraz mniejsza oligarchia finansowa licząca kilka procent ludności świata. Coraz mniej posiada cała reszta, w której globalna elita bogactwa i władzy ponadto systematycznie wytwarza klasę średnią, jednocześnie powstrzymując dalsze bogacenie się klasy średniej we własnych krajach, w krajach metropolitalnych.

Coraz bardziej prawdziwie brzmi gorzka refleksja Bernarda Shawa: „Demokracja zastępuje mianowanie zepsutej mniejszości wyborem dokonany przez niekompetentną większość”. Zepsuta mniejszość ma nadal pozycję ekonomicznie uprzywilejowaną, podczas gdy niekompetentna większość nadal nie jest w stanie przy pomocy instytucji demokratycznych ograniczyć supremacji interesów globalnej elity.

Ten ekonomiczny mechanizm, łączący ekspansję wielkiego kapitału ze wzrostem nierówności społecznych i innych asymetrycznych układów mocy, powoduje coraz bardziej dynamiczne gry interesów i konflikty wokół statusów prawnych. Prawdopodobnie w przyszłości statusy prawne osób będą zmieniane jeszcze szybciej niż obecnie. Samo prawo mnoży się w wyniku działania rozmaitych czynników, ale przyczyny destabilizujące statusy prawne są bardzo ważne i godne krytycznego namysłu. To nie tylko nowe statusy zawodowe tworzone dzięki postępowi technicznemu. To także wielka liczba nowych statusów prawnych w wielkim sektorze usług dominującym w gospodarkach współczesnych, tak jak niegdyś tymi sektorami były rolnictwo, a po nim przemysł.

Bardzo częste zmiany w przepisach prawnych nieuchronnie zmieniają statusy. Taka destabilizacja nie sprzyja zakorzenianiu się statusów w pamięci ludzi

²⁷ W czołowych uczelniach amerykańskich, np. Harvard University, istnieje przedmiot badania i dydaktyki pod nazwą *global law*, który jest jednak czymś innym niż tradycyjne *international law*.

i w instytucjonalnej pamięci organizacji, nie sprzyja postrzeganiu statusów jako czegoś naturalnego i oczywistego. Takiej oczywistości i poczuciu pewności statusu osoby sprzyja wewnętrzna i zewnętrzna równowaga statusu prawnego. Ułatwia ona także legitymizację tych statusów, co jest nie bez znaczenia w tymotejskim klimacie rynkowych rywalizacji i licznych rozczarowań wytwarzających nowe generacje ludzi o cynicznych postawach wobec prawa i wobec wszelkich innych form kultury, zwłaszcza kultury wysokiej.

Istnieją dwie główne formy równoważenia statusu prawnego. Kiedy uprawnienia i obowiązki w ramach jednego statusu są względem siebie proporcjonalne i harmonijne w takim stopniu, że można je jedno i drugie skutecznie wypełniać, to status jest wewnętrznie zrównoważony. Równowaga wewnątrz statusu polega na tym, że obowiązki nie uniemożliwiają *de facto* realizacji uprawnień i odwrotnie. Ta równowaga wewnętrzna statusu istnieje tylko *de facto*, bowiem *de iure* nie ma związku uprawnień z obowiązkami. Statusy współczesnego człowieka gwarantują uprawnienia jako należne mu niezależnie od wykonywanych przez niego obowiązków. Uprawnienia te są niekiedy niezbywalne; żaden ośrodek władzy nie może ich człowieka pozbawić lub te prawa zawiesić. Sam uprawniony także nie może ich skutecznie zawiesić lub pozbyć się ich w sposób legalny. Z tych względów wiele praw człowieka ma uniwersalny zasięg, równą ochronę w prawie międzynarodowym i jest traktowanych jako prawa podmiotowe nienaruszalne i niezbywalne.

Przejawem dość typowym braku wewnętrznej równowagi statusu prawnego jest sytuacja, gdy podmiot ma zbyt wiele takich obowiązków prawnych, które są przeszkodą w korzystaniu z uprawnień, które mu się należą w ramach konkretnego statusu, np. nabywcy, pracownika, lekarza, przedsiębiorcy. Rzadziej zdarza się, aby obowiązków było zbyt mało, a uprawnień zbyt dużo dla osiągnięcia równowagi wewnętrznej.

Zewnętrzna równowaga statusu ma miejsce wtedy, gdy uprawnienia i obowiązki statusu Ω są właściwie zharmonizowane z innymi statusami tego samego podmiotu lub/i innych podmiotów prawa, które są *sui generis* kontekstem dla statusu Ω . Inne statusy powinny być kompatybilne ze statusem Ω , aby między statusami nie wytwarzały się turbulencje lub interferencje. To jest tylko minimalne wymaganie spójności. Znacznie lepiej, gdy w danym porządku prawnym jest tak harmonijna interakcja statusów, że powstaje efekt synergii, czyli wzajemnego wzmacniania się statusów, dzięki czemu każdy z nich jest mocniejszy, trudniejszy do podważenia.

Zewnętrzna równowaga statusów może być systemowa (czyli wyznaczona przez zasady fundamentalne całego systemu prawa) i kategoriałna (czyli występująca jedynie w ramach określonej kategorii podmiotów). Obie formy są łatwiejsze do osiągnięcia w państwie, w którym istnieje system instytucjonalnego równoważenia i ograniczania się różnych pionów władzy publicznej. Potrzeba uznania, tak ważna dla większości ludzi, oczywiście dodaje intersubiektywnego

charakteru tym wewnętrznym i zewnętrznym równowagom, a raczej nierównowagom w ogólnym układzie statusów.

Szczególnie szkodliwym przejawem braku równowagi systemowej statusów są zbyt duże różnice uprawnień rozmaitych kategorii podmiotów. Zbyt wielkie różnice uprawnień, a zwłaszcza ich zakresów przedmiotowych, w ramach rozmaitych statusów mogą wytwarzać instytucjonalne blokady, które powodują zakłócenia w realizacji uprawnień i/lub obowiązków.

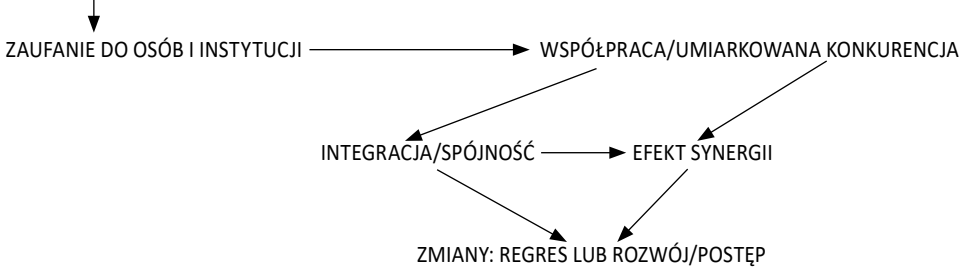
Ogólna intuicja ontologiczna, która jest mi bliska, zakłada, że rzeczywistości lub światów jest dużo i ich dokładnej liczby nie znamy. Technika wytwarza nowe typy rzeczywistości, czasem nazywane rzeczywistością rozszerzoną, co ma bezpośrednie znaczenie dla statusów zawodowych osób obsługujących te nowe rzeczywistości oraz dla nowych form naruszania prawa, jak np. przestępstwa cybernetyczne lub związane z eksploracją kosmosu. Ponadto sądzę, że te rzeczywistości to raczej procesy zmian niż stany rzeczy, to dynamika, a nie statyka. Dlatego modele homeostatyczne są w tej perspektywie tylko metodą myślenia, a nie sposobem opisu i wyjaśniania. Używam tu terminu równowaga z poczuciem względności, ograniczoności i przejściowości tej równowagi. Rzecz w tym, że takich równowag nie ma w rzeczywistościach społecznych, o których mamy wiedzę. Aby zrozumieć, czego nie ma, trzeba wcześniej określić, czym to byłoby, gdyby istniało w sposób zadowalający.

W związku z procesualnym i dynamicznym charakterem rzeczywistości warto przypomnieć, że niemieckie słowo *Wirklichkeit* pochodzi od czasownika *wirken*, który znaczy działać, dźiać się czy skutkować. W języku niemieckim zatem rzeczywistość kojarzy się z aktywnością i ruchem, a w polskim, podobnie jak w łacinie – z pasywnym byciem, z rzeczą po prostu. Rzeczywistość to intuicyjnie stan rzeczy w danym momencie. *Wirklichkeit* to proces działania i wywoływania skutków tego działania. Niemieckie synonimy czasownika *wirken* to takie słowa jak *arbeiten*, *handeln*, *schaffen*, *fungieren* oraz inne wyrażające aktywność i ruch. Szkoda, że polski sposób myślenia w tym ontycznym wymiarze jest tak różny od niemieckiego. Po tej dygresji wracam do zagadnienia bezruchu i ruchu oraz ich przenikania się w sferach normatywności.

W rzeczywistości społecznej często zachowanie określonych wartości, zasad czy instytucji, a zatem *niezmiennność sprzyja zmianom* w innych sferach. Jak to jest możliwe? Czy proste zasady i kondensacje normatywności trwające długo mogą tworzyć dogodniejsze warunki do zmian niż brak takich trwałych zasad i/lub instytucji? Zapewne nie wszelkie formy normatywności są czynnikiem ułatwiającym zmiany kulturowe i cywilizacyjne. Te, które prezentuje diagram (rys. 6), mają dość ugruntowaną pozycję w zachodnich i zwesternizowanych porządkach prawnych.

Rysunek 6. Jak stabilność zasad sprzyja zmianom społecznym?

STABILNE ZASADY (zrównoważone statusy prawne osób, zasada wzajemności i proporcjonalności, zasada formalnej sprawiedliwości, zasada restytucji porządku prawnego, zasada kompensacji szkód, zasada ekwiwalentnej wymiany)



Źródło: opracowanie własne.

Diagram ten pokazuje, że wiele zasad moralnych i prawnych dobrze zakorzenionych w tradycji i pamięci społecznej sprzyja ochronie lub umocnieniu wzajemnego zaufania i przez to pośrednio ułatwia zmiany, które najszybciej zachodzą tam, gdzie współpraca łączy się z umiarkowaną konkurencją²⁸. Zaufanie do osób i instytucji jest oczywiście silnie skorelowane z poziomem rozwoju cywilizacyjnego.

Nieprzypadkowo liderami rankingów dobrobytu, innowacyjności, konkurencyjności, poczucia szczęścia etc. są społeczeństwa państw nordyckich, które sto lat temu były jednym z zacofanych, peryferyjnych regionów Europy. Tam zaufanie do nieznanymi osobami i kluczowych instytucji jest najwyższe, a wskaźniki korupcji najniższe²⁹. Nic dziwnego, że społeczeństwa nordyckie zmodernizowały się skutecznie: dawno przestały być biednym peryferium Europy i stały się wzorcowym liderem większości rankingów. Niepotrzebne im były rewolucje polityczne, bowiem dobrze opanowały sztukę wprowadzania kierowanych zmian ewolucyjnych i pokojowych w formie polityki reform. Nie uczestniczyły w kolonizatorskiej ekspansji na kontynencie europejskim czy na innych kontynentach.

²⁸ Nie jest prawdą, że ostra i bezwzględna konkurencja osób i organizacji jest czynnikiem sprzyjającym rozwojowi gospodarki i dobrobytowi społecznemu. Umiarkowana konkurencja przy jasnych i bezstronnie egzekwowanych normach prawnych jest bardziej efektywna, ale także taka forma *competition by the rules* wymaga współpracy i potrzebnego do niej zaufania wzajemnego ludzi oraz zaufania ludzi do instytucji, a zwłaszcza do instytucji chroniących własność i władzę w życiu społecznym. Behawioralna i instytucjonalna ekonomia udowodniły to, wykazując niezgodność neoliberalnych modeli racjonalności *homo economicus* z wiedzą empiryczną.

²⁹ W Europie po rewolucji przemysłowej XIX wieku były trzy regiony peryferyjne – północ, wschód i południe. Jedyne północne peryferium zostało zastąpione przez społeczności przodujące cywilizacyjnie. Wschodnie i południowe peryferia nadal mają trudną drogę przed sobą. Dzisiaj nie jest pewne, czy i kiedy osiągną poziom rozwoju cywilizacyjnego rdzenia Europy. Za rdzeń uważa się przestrzeń wyznaczoną przez zamknięty pięciokąt wykreślony między Mediolanem, Berlinem, Amsterdamem, Londynem i Paryżem.

Nigdy także nie padły ofiarą dyktatorskich form rządów, chociaż niektórzy ich przodkowie, a mianowicie Wikingowie, byli wojownikami. Tak, niektórzy, bowiem we wczesnym średniowieczu ogromna większość ludów nordyckich to byli spokojni rolnicy, walczący o przeżycie i rozwój nie z innymi ludami, lecz wyłącznie z surową przyrodą³⁰.

Od ponad stu lat, a zwłaszcza w ciągu ostatnich pięćdziesięciu, nastąpiło radykalne przyspieszenie tempa zmian cywilizacyjnych. O gospodarczym tempie świadczy trafna generalizacja Andrzeja Lubowskiego: „Wielka Brytania potrzebowała stu pięćdziesięciu lat, aby podwoić swój dochód na głowę. Stanom Zjednoczonym i Niemcom zabrało to trzydzieści do sześćdziesięciu lat, Chinom i Indiom mniej niż dziesięć” (Lubowski 2013, 95). Tempo bogacenia się narodów wzrosło i powoduje wzrost tempa zmian społecznych i kulturowych, w tym także zmian w porządkach prawnych i układzie statusów prawnych osób.

Nie ma jednakże bezpośredniej zależności między tempem zmian gospodarczych a tempem zmian w statusach prawnych. Wiele z nich jest nadal takich, jak ukształtowały je bardzo stare tradycje prawne i religijne oraz kultura honoru. Indie szybko podnoszą ogólny poziom zamożności i stały się nawet eksporterem pszenicy, ale status prawny kobiet, mimo formalnych gwarancji równości wobec prawa, jest nadal określany przez patriarchalną kulturę honoru. Gdy kobieta zdradzi męża, ma on prawo wystąpić do sądu przeciw mężczyźnie, z którym został zdradzony, z roszczeniem związanym z naruszeniem jego praw własności wobec żony. Zdradzana przez męża kobieta nie ma takich możliwości, bo mąż nie jest jej własnością. Z kolei w sytuacji gwałtu poszukuje się sprawcy (częste w tym kraju są także gwałty zbiorowe), aby go zmusić do poślubienia zgwałconej, a nie do zastosowania sankcji prawa karnego. Dzieje się tak dlatego, że takie wymuszone małżeństwo z gwałcicielem przywraca honor kobiecie i jej rodzinie, a to jest ważniejsze niż karanie sprawcy gwałtu. Obrona honoru rodziny jest zatem ważniejsza niż obrona statusu prawnego kobiety. Jednym ze skutków istnienia takiej sytuacji w porządku prawnym jest zjawisko gwałcenia kobiet, które odmawiały poślubienia kogoś, ponieważ po takim gwałcie zwyczaj wymaga, aby odrzuconych kandydatów na męża zaakceptować dla ratowania honoru.

Nadzwyczajne tempo rozwoju gospodarczego Chin nie spowodowało zniszczenia bardzo tradycyjnych norm postępowania opartych na myśli konfucjańskiej – szacunku dla hierarchii pozycji oraz dla starszych i przodków, dążenia do harmonii, szacunku dla władzy publicznej i prywatnej, szczególnej roli poczucia wstydu jako moralnego regulatora zachowania. Samodyscyplina opiera się tam

³⁰ Moja młodzieńcza fascynacja tym nordyckim cudem cywilizacyjnym była powodem głównym wyboru tematu rozprawy doktorskiej, której około połowy weszło do opublikowanej w 1977 roku przez PWN mojej pierwszej książki pt. *Reformizm szwedzki*. Jedną z najważniejszych konkluzji tej książki było stwierdzenie, że państwo może pełnić także funkcje innowacyjne, a Szwecja w połowie lat 70. minionego wieku osiągnęła najwyższy pułap postępu społecznego w warunkach kapitalistycznej gospodarki i demokracji parlamentarnej.

nadal na kontrolowaniu uczucia i okazywania gniewu; gniew odczuwany to powód do wstydu, a okazywany na zewnątrz to po prostu hańba. Status kobiet tradycyjnie nadal jest gorszy, chociaż brak kandydatek na żony dla milionów młodych Chińczyków spowodował kryminalne zjawisko porywania młodych kobiet, aby sprzedać je jako przyszłe żony.

Z kolei w arabskich społeczeństwach islamskich (poza bogatymi w ropę enklawami) bardzo powolne tempo zmian w bogactwie tych narodów, a czasem stagnacja lub regres, współwystępuje razem z bardzo powolnym tempem zmian w statusie prawnym kobiet, zwłaszcza tam, gdzie nie następuje sekularyzacja prawa i jest ono nadal zgodne z wyobrażeniami założycieli tej religii żyjącymi kilkanaście stuleci wcześniej. Powołanie się na domniemaną wolę Allaha podtrzymuje patriarchalną i nieegalitarną kulturę honoru, która jest substytutem kultury prawa.

Rozdział 4

Status prawny w ramach porządku prawnego

W rozdziale tym w sposób systematyczny rozważymy wszystkie istotne składniki porządku prawnego w szerokim rozumieniu *sub specie* statusów prawnych. W pierwszych czterech podrozdziałach przedstawione zostaną kluczowe składniki dyskursu dogmatyczno-prawnego. Następnie główne problemy dyskursu legitymizacyjnego, dalej szczególna rola zawodów prawniczych i *last but not least* postawy wobec prawa, co jest zgodne z kierunkiem emergencji w porządku prawnym. Na koniec zostanie zaprezentowany model ram instytucjonalnych ustroju społecznego, które w fundamentalny sposób określają właściwości porządku prawnego i statusów prawnych generowanych w tym porządku. Zmienne pośredniczące między ramami instytucjonalnymi a statusami prawnymi to także inne formy instytucjonalne obecne w danej społeczności i skomplikowane procesy instytucjonalizacji życia społecznego. Dlatego w ostatnim podrozdziale jest miejsce dla analizy kluczowych aspektów tych procesów.

4.1. Trzy modele stosowania prawa

Modele stosowania prawa są istotnym czynnikiem określającym rzeczywistą treść statusów osób. Wyróżnimy trzy główne modele stosowania i wykładni prawa: sylogistyczny, hermeneutyczny i argumentacyjny.

Model sylogistyczny oparty jest na pozytywistycznej filozofii prawa i preferencji analizy językowo-logicznej wśród stosowanych metod wykładni. Lech Morawski trafnie dostrzegł ewolucję w koncepcjach prawa przebiegającą od systemów zamkniętych i definitywnych do systemów coraz bardziej otwartych i niedefinitywnych. Wskazał także na kilka cech systemów zamkniętych i dających definitywne odpowiedzi na problemy prawne:

- tekstową koncepcję prawa;
- dążenie do maksymalnej ścisłości i precyzji norm;

- konceptualizację norm prawnych raczej w języku reguł niż zasad i norm programowych;
- dążenie do tego, by normy, uprawnienia i obowiązki miały charakter definitywny;
- bezwzględne związanie prawem organów państwa i obywateli (Morawski 2005, 199).

Zarzuty wobec modelu sylogistycznego opartego na tych cechach systemu zamkniętego są liczne i bardzo rozmaite. Tu przypomnę tylko te najważniejsze:

- Model sylogistyczny jest trywialny, nic nie wnosi do analizy zjawiska prawnego, ponieważ same akty subsumowania są rzadko wystarczające dla racjonalnego zastosowania prawa.
- Zarzut Chaima Perelmana podkreśla, że istotą rozumowania prawnika jest wartościowanie, które z logiką formalną nie ma nic wspólnego. Wartościowanie lub ocenianie nie mieszczą się w formalnej logice zdań, jednak mają strukturę logiczną i można częściowo takie rozumowanie poddać udanej próbie formalizacji, czego dowodzi np. Roberta Alexy'ego formuła ważenia zasad (*Gewichtsformel*) (Alexy 2010, 9–28). Wartościowaniu można zatem nadać pewną formalną strukturę, choć nie wyczerpuje ona z pewnością całego procesu wartościowania, ponieważ podstawowe przekonania aksjologiczne nie poddają się żadnym formalizacjom. Nie wynika jednak z tego, że są nieważne i że Perelman nie miał racji.
- Model sylogistyczny jest sztywny i formalistyczny jak każdy system logiki niepodważalnej i przez to nie nadaje się do ważenia zasad, które ze względu na swą ogólność i treść aksjologiczną nie mogą być stosowane w podobny sposób jak reguły prawne. Wobec zasad prawa nie są stosowane reguły kolizyjne pozwalające jednoznacznie wskazać regułę właściwą w przypadku kolizji norm, lecz w rozmaitych odpowiednio wyważonych proporcjach należy je stosować wszystkie, jeżeli odnoszą się do faktów sprawy.
- Myślenie sylogistyczne sztucznie izoluje normy prawa od innych systemów normatywnych i absolutyzuje wartość/zasadę autonomii prawa.
- Model sylogistyczny nie docenia właściwie aksjologicznych składników kultury określonego społeczeństwa, które są znaczącym kontekstem pozwalającym dookreślić sens norm prawnych.
- Jest to model etatystyczny lub państwo-centryczny, bo nie docenia roli niepaństwowych podmiotów prawa i skupia się niemal wyłącznie na tym, co robią lub powinni robić funkcjonariusze aparatu państwa.
- Sylogistyczny model zakłada, że procesy intelektualne związane z interpretacją są liniowe i etapowe, są sekwencją kroków przebiegających w jednej linii prowadzącej do celu, jakim jest zrozumienie właściwego sensu normy prawnej. W rzeczywistości podmioty myślące rzadko potra-

fią myśleć liniowo, bez nawrotów do poprzednich etapów pracy nad tekstem. Filozofia hermeneutyczna udowodniła, że ludzie myślą w sposób kolisty i często wielokrotnie muszą powracać do poprzednio już wykonanych operacji myślowych, kiedy znajdują się na nowym poziomie rozumienia badanego tekstu normatywnego. Kreślenie takich myślowych kręgów nie jest patologią, lecz normalnym, a nawet zalecanym sposobem myślenia, jeżeli pragnie się głęboko i w pełni zrozumieć wypowiedzi normatywne.

Myślenie liniowe zakładane w modelu sylogistycznym miałyby zatem następujący przebieg:

Przepisy → Normy → Fakty → Rozumienie → Decyzja → Uzasadnienie

Tabela 4. Liniowy model interpretacji

Walidacja	Interpretacja	Subsumpcja	Percepcja	Argumentacja
Ustalenie, co obowiązuje	Rekonstrukcja normy z przepisów i ustalenie jej sensu	Dopasowanie norm do faktów relevantnych i udowodnionych	Zrozumienie sensu normy	Uzasadnienie decyzji organu stosującego normę

Źródło: opracowanie własne.

Sylogistyczna interpretacja prawa jest związana z pojmowaniem prawa jako systemu norm i środka do celu oraz z racjonalnością instrumentalną. Ignoruje inne formy racjonalności, np. kulturowej i komunikacyjnej, w których rozumienie i porozumienie są efektem pewnego dyskursu między ludźmi. Dyskursywne pojmowanie prawa stanowi innowację, której nie zaakceptowała większość zwolenników pozytywizmu i sylogistycznego modelu stosowania prawa.

Zakłada się, że sylogistyczna logika ma dawać bezwzględną pewność wnioskowania o odpowiedzialności podmiotów prawa oraz o sankcjach wyznaczonych przez normy prawa. Ogólna struktura logiczna sylogizmu może być przedstawiona następująco: „Jeżeli w warunkach określonych przez hipotezę H normy prawnej podmiot swym zachowaniem narusza dyspozycję D tej normy, to podlega sankcji S”, co wymaga porównywania faktów i norm w procesie subsumpcji.

Załóżmy, że dyspozycja D to zakaz częsty w prawie karnym lub administracyjnym, a odpowiedzialność za złamanie takiego zakazu jest egzekwowalna na zasadzie winy. To dość banalna konstrukcja prawna. Jednakże nawet w takim banalnym przypadku myślenie sylogistyczne prawników nie daje wniosków pewnych, niezawodnych i bezwzględnie trafnych. W rzeczywistości jest przecież tak, że do tego prostego sylogizmu muszą być dodane warunki dodatkowe, określone w prawie karnym jako okoliczności wyłączające odpowiedzialność, oko-

liczności wyłączające karalność czynu lub okoliczności wyłączające orzekanie i wykonanie sankcji (np. przedawnienie, *res iudicata*). Bez dodania tych warunków z sylogizmu powyższego nie wynika poprawny wniosek o stosowności sankcji, chociaż logika sylogistyczna sugeruje taki wniosek.

Model hermeneutyczny kojarzy się z komunikacyjną/dyskursywną koncepcją prawa Habermasa i Alexy’ego, gdzie prawo postrzega się jako rozmowę, której celem jest rozumienie i porozumienie uczestników dyskursu. Egzegeza tekstu nie ogranicza się tu do czysto językowego aspektu jak w modelu sylogistycznym, a ponadto tekst traktowany jest jak otwarte pole znaczeń. Hermeneutyczne podejście dostrzega oczywisty fakt psychologiczny, że myślenie interpretacyjne jest nieliniowe i ma formę koła lub kręgu. Ta kolistość myślenia jest bardziej adekwatna niż liniowość do poszukiwania jasnego i precyzyjnego sensu wypowiedzi normatywnej. Kolistość ruchu myśli w pracy interpretacyjnej jest zarówno opisem tego, co rzeczywiście robią podmioty interpretujące prawo, jak i postulatem metodologicznym oraz elementem teorii poznania.

Krąg hermeneutyczny to koliste myślenie przebiegające przez kolejne przybliżenia w poszukiwaniu sensów tekstu lub innego układu znaków. Oczywiście, najczęściej przedmiotem wykładni prawa są teksty aktów normatywnych i różnego rodzaju dokumentów (np. umów) istotnych dla kwalifikacji prawnej określonego zachowania i innych elementów stanu faktycznego sprawy.

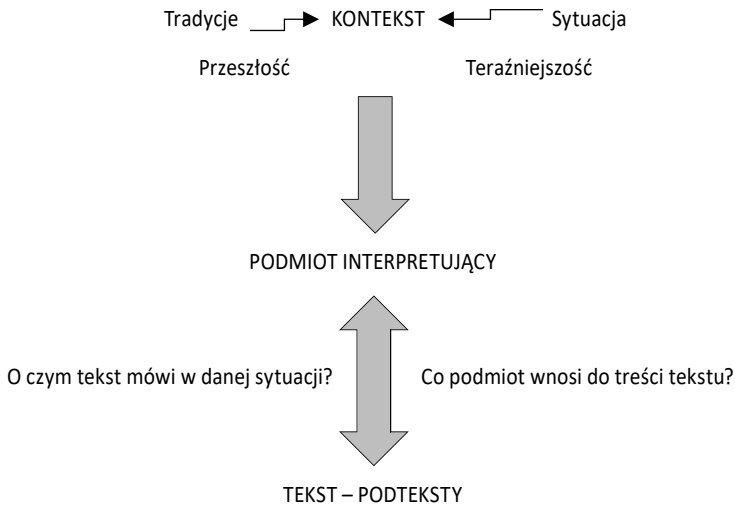
Interpretator pracujący z tekstem w poszukiwaniu sensów stosuje kilka metod:

- przedrozumienie, przed-sąd powstaje, zanim zaczyna się proces myślenia analitycznego lub interpretacyjnego na określone tematy. To własne przed-rozumienie podmiot wnosi do swego przyszłego dialogu z sensami tekstu;
- spirala wewnętrzna – czytanie coraz szerszych kręgów tekstu i coraz głębsze rozumienie całości tekstu. Koliste myślenie od szczegółu do ogółu i z powrotem oraz od znaczeń znanych do nieznanymi i z powrotem.
- spirala zewnętrzna – to ruch myśli między czytaniem tekstem a otaczającym światem, badanie i porównywanie sensu tekstu z tym, co jest rzeczywistością pozatekstową. Jest to droga myśli na zewnątrz, poza tekst, bowiem tekst znaczy tylko w kontekstach zewnętrznych. Tekst – konteksty – podteksty to krąg hermeneutyczny stosowany jako metoda myślenia pożyteczna także dla prawników.

Jak podmiot powinien pracować z tekstem, aby znajdować jasny i pełny sens? Dyrektywa hermeneutyczna jest bardzo prosta, choć niełatwa do wykonania. Myśleć kolistnie od treści ogólnych do szczegółowych i z powrotem do ogólnych, a ponadto zataczać to koło w myśli wiele razy aż do osiągnięcia poczucia jasności lub oczywistości znaczeń tak ustalonych. Te kręgi myśli interpretującej są jednakże liczniejsze i dlatego niezbędne jest uzupełnienie znanych propozycji Heideggera i Gadamera. Spróbujemy wymienić wszystkie relewantne kręgi myślowe w punktach poniżej:

- Ogólne – szczegółowe elementy treści. Ten ruch kolisty myśli odbywa się po spirali wewnętrznej.
- Sensy znane (przed-rozumienie) – sensy nieznane oraz sensy widoczne na pierwszy rzut oka i sensy zrozumiałe dopiero po zbadaniu kontekstów bliższych i dalszych oraz podtekstów. Przedrozumienie zawiera wiedzę, choćby niepewną, oraz przypuszczenia i intuicje semantyczne dotyczące poszukiwanego sensu normy. To drugi aspekt spirali wewnętrznej.
- Fakty – normy. Faktyczność i normatywność to dwa aspekty praktycznych problemów prawnych, np. problemów walidacyjnych, interpretacyjnych czy argumentacyjnych. Jest to spirala zewnętrzna. Pojęcie splotu faktyczno-normatywnego nawiązuje do inspiracji płynącej z odróżnienia „faktów instytucjonalnych” dokonanej przez Mac Cormicka i Weinberga, ale bardziej jednoznacznie podkreśla funkcjonalną konieczność równoczesnego myślenia o faktach wskazywanych przez normy i poszukiwaniu sensu tych norm w procesie interpretacji.
- Tekst – kontekst (tradycje i sytuacja) – podtekst, czyli sensy głębokie, istniejące na drugim lub trzecim dnie pod powierzchnią pola semantycznego. Jest to drugi aspekt spirali zewnętrznej. W kulturowym i społecznym kontekście warto wyróżnić to, co należy do przeszłości (tradycje) i co nadal trwa w czasie teraźniejszym, co nazywam tu sytuacją.
- Przeszłość – teraźniejszość – przyszłość. Ten krąg hermeneutyczny daje szansę wykładni historycznej i prognostycznym wyobrażeniom o przyszłych kontekstach. W znanych mi teoriach hermeneutycznych ten krąg nie jest dostrzegany, co uważam za błąd o rozległych i negatywnych skutkach dla jakości myślenia. Ignorowanie różnicy między tym, co pamiętamy, a tym, co zapomnieliśmy z przeszłości przy interpretacji zjawisk kulturowych lub naturalnych zwiększa ryzyko naiwnego prezentyzmu w aktach interpretacji i rozumienia. Przyjęcie założenia, że istnieje tylko „tu i teraz” oraz ignorowanie historii i możliwych kształtów przyszłości jest błędem wszelkich form myślenia, w tym myślenia o prawie w działaniu, o prawie wyłaniającym się z życia społecznego i zakorzeniającym się w świadomości i motywacjach podmiotów prawa.

Wszystkie z wymienionych kręgów myśli są w procesie wykładni użyteczne, chociaż najważniejsza jest relacja podmiotu i tekstu zaznaczona na diagramie (rys. 7) dużą pionową strzałką dwukierunkową, bowiem ani tekst nie jest pasywny, ani jego interpretator. Tekst przekazuje różne treści w różnych sytuacjach i różnym podmiotom myślącym. Także interpretator jest aktywny i może zmieniać sensy tekstu, uzupełniać, rozwijać, a nawet dość radykalnie je zmieniać. Sensy nie są jednoznacznie przesądzone i określone przez autora w tekście, ale współtworzone przez rozmaitych interpretatorów (Brożek 2014). Akty rozumienia norm są zatem także procesem twórczym, a nie mechanicznym stosowaniem sylogizmu lub innych znanych odmian wnioskowania prawniczego.

Rysunek 7. Model myślenia interpretującego tekst

Źródło: opracowanie własne.

Akt rozumienia sensu normy i jej zastosowanie nie są od siebie oddzielone, co zauważył Ludwig Wittgenstein. Stanowią jedność, co wyraża się w tym, że sensem reguły jest sposób, w jaki się ją powszechnie stosuje w społecznej praktyce. Ten element metody hermeneutycznej otwiera teorię prawa na analizę zachowania podmiotów prawa (perspektywa socjologiczna) i ich przeżyć psychicznych (perspektywa psychologiczna). Jest więc krokiem w stronę koncepcji realistycznych w teorii prawa.

Umiejętność myślenia kolistego w obrębie wyżej wymienionych kręgów hermeneutycznych nie wyklucza liniowego lub sylogistycznego modelu stosowania prawa. Na tej linii (porównaj model sylogistyczny i tabelę 4 ze str. 89) możliwe i zapewne pożądane są kręgi myślowe przy ustalaniu przepisów obowiązujących przy dowodzeniu faktów sprawy, rekonstrukcji normy z przepisów, przy aktach subsumpcji, percepcji i uzasadniania. Liniowość i kolistość myślenia związanego ze stosowaniem prawa mogą się uzupełniać. Dzięki temu łatwiej dodać do efektów tego myślenia metody wypracowane w argumentacyjnych modelach stosowania prawa.

Model argumentacyjny stosowania prawa rozwija ideę prawa jako rozmowy, wskazując na to, że w każdej rozmowie istotne są racje uznawania wypowiedzi o faktach za prawdziwe, a wypowiedzi normatywnych za słuszne (argumenty), a ponadto każdy uczestnik dyskursu prawnego (sędzia, adwokat, oskarżony, prokurator, świadek) dąży do przekonania kogoś innego do swych racji. Sztuka przekonywania audytorium (którym jest ten inny lub ci inni) to podstawa retoryki i argumentacji topicznych uzasadniających przekonania o prawdziwości lub słuszności wypowiedzi.

Argumentacyjny model stosowania prawa zakłada lub zaleca korzystanie z formuły ważenia zasad, a w istocie ważenia wartości wyrażanych w tych zasadach lub chronionych przez te zasady. Koncepcje Ronalda Dworkina rozwijane przez Roberta Alexy'ego nie są jeszcze kompletną i spójną ogólną teorią zasad prawnych (Wronkowska, Zieliński, Ziemiński 1974; Morawski 2001; Kordela 2007, 11–28). Jednakże taka teoria już jest wyraźnie zarysowana, potwierdza swą użyteczność w dyskursie dogmatyczno-prawnym i z pewnością będzie doskonałona. Trafnie stwierdza Marzena Kordela, że „R. Alexy definiuje zasady prawa jako normy charakteryzujące się tym, iż w swojej strukturze zawierają nakaz realizacji czegoś w maksymalnym stopniu – maksymalnym ze względu na faktyczne i prawne możliwości. Cała konstrukcja stosowania zasad prawa porządkowana jest wokół trzech tez: 1) tezy optymalizacyjnej; 2) prawa kolizji oraz 3) prawa wyważania” (Kordela 2007, 12).

W dalszym procesie pracy nad teorią zasad istotne jest znalezienie odpowiedzi na pytanie o wpływ zasad na dynamikę statusów osób. Trzeba porządnie rozważyć, czy częste odwoływanie się do zasad prawa lepiej chroni statusy prawne czy gorzej niż odwoływanie się do reguł. Niedefinitywne regulacje normatywne są trudniejsze do stosowania niż reguły definitywne, bo w systemie reguł definitywnych łatwiej ustalić, co obowiązuje i bezbłędnie rozwiązać problem walidacyjny.

Model argumentacyjny zakłada, że potrzebne są niedefinitywne i luźne standardy w systemie prawa, takie jak: klauzule generalne, normy programowe (*policies* w rozumieniu R. Dworkina), zasady słuszności (*equity principle*) i inne zasady pozatekstowe, czyli będące efektem interpretacji tekstów, a nie ich elementem wyrażonym *expressis verbis*. Te standardy pozwalają nadać elastyczność regułom, zredukować ich formalizm i przybliżyć je do rzeczywistego życia ludzi.

W teoriach argumentacyjnych silne jest przekonanie o wszechobecności i kreatywnej roli interpretacji w poznawaniu i konstytuowaniu prawa. Podobnie jak realiści, zwolennicy argumentacyjnego modelu stosowania prawa traktują sędziów jako aktywnych współtwórców prawa w działaniu. To ci Herkulesowie, jak nazywał sędziów z niejaką emfazą Dworkin, są budowniczymi integralności i wewnętrznej spójności systemu prawa, przez co dowodzą, że zawodowi prawnicy, tak ważni w porządku prawnym, nie tylko odczytują przepisy prawa, lecz biorą udział w jego permanentnym stawianiu się, w emergencji tworzenia i znikania. Porządek prawny czynnie wpływa na treść systemu prawa, który jest elementem tego porządku. Mówiąc hermeneutycznym językiem, całość dookreśla swe części, które przez swą dynamikę konstytuują tę całość.

Uznanie otwartości granic systemu prawa na inne systemy normatywne i na pozaprawne systemy wartości akceptowane przez liczne grupy społeczne jest istotnym składnikiem modeli argumentacyjnych. W praktycznym dyskursie prawnym uznawana jest konieczność wykorzystania norm i argumentacji etycznych w interpretacji prawa.

Dyskursywne koncepcje prawa Habermasa i Alexy'ego oraz koncepcje topiczne Theodora Viehwega i Chaima Perelmana to współczesne warianty teorii prawa postulujących i rekomendujących argumentacyjny model stosowania prawa (Alexy 2006). Praktyczny dyskurs argumentacyjny ma miejsce nie tylko w sądach, lecz także we wszelkich negocjacjach biznesowych, politycznych, dyplomatycznych czy wojskowych. Zasady słusznego argumentowania nie zawsze są takie jak zasady skutecznego argumentowania. Modele topiczno-retoryczne ułatwiają właśnie skuteczne argumentowanie, a także rozwijają strategie efektywnych negocjacji (strategie *top/down* i *bottom/up*) (Stelmach, Brożek 2006; 2010).

W polskiej teorii prawa obecnie są rozwijane dwie koncepcje wykładni – starsza klaryfikacyjna i nowsza derywacyjna. Ta pierwsza oparta na zasadzie *clara non sunt interpretanda* jest związana genetycznie z sylogistycznym modelem stosowania prawa i pozytywizmem prawniczym. Bardziej wymagająca wykładnia derywacyjna zakłada, że *omnia sunt interpretanda* i jest bardziej dostosowana do modelu hermeneutycznego i argumentacyjnego (Zieliński 2010).

Statusy prawne są pewniejsze i bardziej stabilne tam, gdzie dominuje sylogistyczny model stosowania prawa. Modele hermeneutyczny i argumentacyjny zwiększają rolę wiedzy i wartości uznawanych przez sędziów i urzędników administracji publicznej w dookreślaniu statusu osób i rzeczy, co zwiększa ryzyka związane z naturalną subiektywnością profesjonalnych strażników norm prawnych. Z drugiej strony argumentacyjne modele stosowania prawa poszerzają pole wartości branych pod uwagę, zwiększają wpływ aksjologicznych przesłanek myślenia na wnioski prawnie relewantne i przez to pozwalają doskonalić statusy prawne, rozwijać je przez mądrą interpretację.

Otwieranie systemu prawa na normy moralne, kontekst społeczny i kontekst innych systemów norm czy na treści prawno-naturalne dokonuje się od wielu dziesięcioleci, poczynając od miękkiego, wyrafinowanego pozytywizmu Herberta Harta, przez bogatą twórczość Ronalda Dworkina, Jürgena Habermasa, Roberta Alexy'ego, Arthura Kaufmanna, aż po nową jurysprudence historyczną czy neorealizm prawniczy rozwijany obecnie w Stanach Zjednoczonych.

Twardy pozytywizm znajduje się w defensywie wśród teoretyków prawa, ale jego bastiony są nadal mocne w mentalności wielu praktyków zawodów prawniczych. Często ten pozytywizm praktyków jest bezrefleksyjnym nawykiem podtrzymywanym przez dążenie do minimalizowania własnego wysiłku przy stosowaniu prawa. Niepozytywistyczne koncepcje wykładni derywacyjnej są bardziej pracochłonne niż dyrektywy wykładni klaryfikacyjnej, praca z wieloma słownikami naturalnego języka ogólnego jest trudniejsza niż odwoływanie się do własnych skojarzeń i intuicji semantycznych, dyrektywa *omnia sunt interpretanda* jest oczywiście bardziej wymagająca niż stara reguła *claritas* określająca moment zakończenia wykładni.

Hipoteza, że te trzy modele uzupełniają się wzajemnie i mogą wspomagać się w ramach procesów emergencji norm prawnych, wydaje się *prima facie* traf-

niejsza niż hipoteza o wzajemnym wykluczaniu się tych modeli interpretacji i stosowania prawa. Do liniowego schematu sylogistycznego można wszak dołączyć także koliste ruchy myśli interpretatora postulowane przez model hermeneutyczny i potrzebne uzasadnienia postulowane przez argumentacyjny model wykładni.

Inspiracja płynąca z postmodernistycznej koncepcji dekonstrukcji, którą jako pierwszy zaproponował Jacques Derrida, niestety nie jest wykorzystywana przez prawników. Są dwa kluczowe etapy interpretacji dekonstrukcyjnej. Etap pierwszy to intelektualne rozbijanie binarnych hierarchii i opozycji między symbolami i pojęciami. W drugim etapie należy poszukiwać znaczeń ukrytych, marginalizowanych, represjonowanych w dyskursie i uwikłanych w przestrzeniach między wierszami interpretowanego tekstu, aby dotrzeć do głębokiego sensu i drugiego dna. Do problemu schematów binarnych w myśleniu powrócę w dalszej części tego studium.

4.2. Idealizacyjne założenia o podmiotach prawa: konieczny warunek istnienia i działania prawa

Dla dookreślenia statusowych wymagań wobec uczestników dyskursu prawnego myśl prawna, a zwłaszcza teoria prawa, sformułowała idealizacyjne modele zachowania twórców prawa i adresatów prawa. Treść tych założeń idealizacyjnych określa także w ogólnych zarysach statusy prawne prawodawcy i adresata prawa. Dla profesjonalnych strażników porządku prawnego te założenia kontrfaktyczne są uniwersalnym instrumentem utrzymywania dynamiki porządku prawnego i jego funkcjonowania w życiu społecznym. Dlatego warto poświęcić im kilka refleksji.

Model racjonalnego prawodawcy jest powszechnie akceptowany jako ogólna rama pojęciowa analizowania statusu prawodawcy i badania jego intencji w procesie wykładni norm prawnych (Tobor 2014)³¹. W modelu tym zakładamy jego racjonalność kulturową, komunikacyjną, prakseologiczną i ekonomiczną *a priori*, czyli przed badaniem empirycznym, a nawet niezależnie od jego rezultatów. Dlatego model ten jest fikcją – świadomie przyjętą kontrfaktyczną konstrukcją intelektualną pozwalającą interpretować prawo i chronić jego autorytet nawet wtedy, gdy występują w nim luki, sprzeczności lub oczywiste absurdy. Za kontr-fakty uważać można zdarzenia lub właściwości, które mogą się rzeczywiście pojawiać, ale często nie pojawiają się.

³¹ Autor trafnie udowodnił, że badanie intencji prawodawcy obecne jest w każdej wykładni prawa, a nie tylko w wykładni funkcjonalnej. Każda wykładnia, nawet językowo-logiczna, jest w pewnym sensie wykładnią funkcjonalną.

Podmioty stosujące prawo mają prawny obowiązek tak interpretować prawo, aby było ono maksymalnie spójne, niesprzeczne, jasne, jednoznaczne i zapewniające przewidywalność decyzji aparatu państwa, a zwłaszcza sądów i organów administracji publicznej. Po to stworzono wzory wnioskowania prawniczego, logiczne modele sylogizmu prawniczego czy reguły kolizyjne, aby możliwe było prezentowanie prawa jako maksymalnie racjonalnego i redukcjonowanie jego niedoskonałości. Interpretatorzy i podmioty stosujące prawo mają stałe zadanie – podwyższać domniemaną racjonalność prawa i prawodawcy, a nie osłabiać ją krytyką stanu *de lege lata*.

Każdy rodzaj działalności człowieka ma nieco inny, swoisty typ racjonalności, czego nauczył nas Max Weber, rozróżniając cztery typy idealne racjonalności: celowościową, aksjologiczną, emocjonalnie uwarunkowaną oraz racjonalność ugruntowaną w tradycji i zwyczajach. Nie ma zatem jednej złotej reguły myślenia i działania racjonalnego. Weber wiedział także, że u podstaw racjonalności wyborów leżą wybory bardziej fundamentalne, moralne wybory wartości, które cenimy i bez których nie byłibyśmy osobami zdolnymi do wyborów rozumnych. Zatem konieczną przesłanką racjonalności jest wybór nie-racjonalny dotyczący wartości. I ten wybór stanowi także granicę racjonalności, być może najtrudniejszą do pokonania.

Rozważymy tu cztery typy racjonalności, częściowo nawiązując do klasycznych propozycji Webera:

- kulturową – podobną do weberowskiego modelu *Wertrationalität*,
- prakseologiczną – podobną do jego *Zweckrationalität*,
- ekonomiczną – podobną do liberalnego nurtu teorii gospodarowania i
- komunikacyjną – zaproponowaną przez Habermasa,

aby zrozumieć, jaki typ racjonalności jest stosowny dla myślenia idealnego prawodawcy lub twórcy polityki prawa. Każda z tych koncepcji zakłada wybór kryteriów i wartości, co jest wyborem oczywiście nie-racjonalnym, ale takim, o którym możliwa jest racjonalna dyskusja. Dyskurs o wyborze wartości może być racjonalny nawet wtedy, gdy sam akt wyboru jest mało racjonalny lub racjonalny jedynie w najbardziej ogólnym, kulturowym znaczeniu racjonalności.

Koncepcja kulturowa $R \clubsuit = f(W, N)$

W – wiedza o warunkach działania,

N – wartości i normy uznawane przez aktora.

W sensie kulturowym racjonalna jest decyzja/działanie, która jest funkcją dwóch zmiennych: wiedzy o warunkach działania i wartości/norm uznanych przez aktora i inne osoby należące do tej samej kultury. Treściowa zawartość W i N może być bardzo różna w zależności od kontekstu sytuacyjnego, dziedzictwa historycznego czy osobistych preferencji człowieka/grupy podejmującej

działanie. Ludzie, wybierając wartości i style życia, są zarazem w określonym stopniu zakorzenieni w tradycji kulturowej, a ich tożsamość jest w wysokim stopniu funkcją tego zakorzenienia, a nie swobodnego wyboru. Same kryteria racjonalności zawarte w W i N są także produktem treści żywych w głównym nurcie tradycji, do której należy podmiot podejmujący decyzje i budujący strategię.

Dla konserwatystów może to być wspólnota wierzeń religijnych i pamięci historycznej. Dla krytycznego neomarksisty Jürgena Habermasa, analizującego działania komunikacyjne jako podstawowe, rdzeniem N jest zapewne redukcja represyjności i zwiększanie stopnia dobrowolności akceptacji norm przez uczestników dyskursu prowadzącego do ustanowienia tych norm jako obowiązujących. Dla tradycyjnych liberałów będzie to indywidualna wolność wyrażania idei i wolność wyboru, a dla eudajmonistycznej filozofii może to być ogólna suma szczęścia. Na gruncie kulturowo uwarunkowanej koncepcji racjonalności może być uznane za racjonalne działanie, które dobrze służy ochronie i rozwojowi wartości i norm zawartych w komponencie N. Działanie kwestionujące taki tradycyjny fundament kulturowy zapewne nie byłoby postrzegane jako racjonalne przez obrońców *status quo*, a byłoby racjonalne dla zwolenników radykalnej zmiany. Relatywny sens kulturowej koncepcji racjonalności jest godzien szczególnego podkreślenia. Wspólnota normatywna i zakres zgody co do norm oraz wspólnota komunikacyjna oparta głównie na znajomości języka to warunki konieczne dyskursu, w którym budowana jest racjonalność kulturowa.

Rawls dokonywał rozróżnienia między racjonalnością a rozumnością jako dwiema odmiennymi właściwościami moralnymi, składającymi się łącznie na pełną koncepcję osoby ludzkiej. Są to, jak określał, dwie władze moralne (*two moral powers*), które stanowią łącznie warunki bycia pełnym i zarazem równym członkiem danej społeczności. Mówiąc najkrócej, rozumność dotyczy (w terminologii Rawlsa) tej właściwości moralnej osób, która związana jest z ich poczuciem sprawiedliwości i poszanowaniem uprawnień innych członków społeczności; z kolei racjonalność dotyczy umiejętności kształtowania, realizowania i modyfikowania własnej koncepcji „dobra” i – w oparciu o to kryterium – osiągnięcia przez każdego najbardziej „racjonalnych korzyści”. Z tego sformułowania wynika, że – mówiąc w pewnym uproszczeniu – racjonalność dotyczy moralnego dobra pojedynczej jednostki, rozumność zaś – miejsca jednostki względem innych, a zatem jednostki w społeczeństwie. Z tym wiąże się zasada, iż podstawą rozumności jest współpraca jednostki z innymi członkami wspólnoty „na takich warunkach, które inni mogą zaakceptować”, czyli coś, co można określić jako zasadę wzajemności. To prowadzi nas do kluczowej kategorii w filozofii politycznej Rawlsa, a mianowicie „rozumu publicznego” (Sadurski 2008).

Rozum publiczny stanowi w filozofii politycznej liberalizmu naczelne kryterium prawowitości decyzji władczych w sytuacji nieuchronnego i trwałego pluralizmu moralnego w społeczeństwie. Idea ta wyraża przekonanie o konieczności istnienia pewnych *ograniczeń* nałożonych na typy *uzasadnień* stojących za pro-

pozycjami użycia przymusu publicznego wobec jednostek, a więc za propozycją nowych norm prawnych i działań politycznych mających przynajmniej pośrednio (a częściej bezpośrednio) charakter przymusowy względem jednostek. Rozum publiczny stanowi rodzaj testu: pyta, czy proponowane prawo oparte jest na uzasadnieniach, które wszyscy mogliby racjonalnie zaakceptować. Wysuwamy tylko takie propozycje ustawowe i polityczne, które są – naszym zdaniem – *rozumne* w tym sensie, że mogą być zaakceptowane przez wszystkich *rozsądnych* ludzi. Ale tak sformułowany wymóg jest bardzo słaby, a być może wręcz pusty, gdyż – jak zauważa Ronald Dworkin – nie jest pewne, czy *jakiegokolwiek* uzasadnienia norm prawnych mogłyby być przy użyciu tego testu zdyskwalifikowane (Sadurski 2008).

Założenie o racjonalności ustawodawcy sprowadza się do założenia, że skoro określone przepisy zostały ustanowione, to należy przyjąć, że wyrażają wolę ustawodawcy i to wolę racjonalną, a przez to powinny być przestrzegane, a nie kwestionowane. Oczywiście w polskiej teorii prawa podkreśla się, że model racjonalnego prawotwórstwa to ogromne uproszczenie rzeczywistych procesów legislacyjnych i wymaga on poważnych modyfikacji, a z kolei zasada racjonalnego ustawodawcy w procesie stosowania prawa jest założeniem kontrfaktycznym uzasadnionym przez potrzebę zapewnienia autorytetu prawa i posłuchu wobec prawa.

Koncepcja prakseologiczna $R \heartsuit = f(S, C)$

S – środki zastosowane,

C – cele wybrane (w jakiś sposób uzasadnione lub tylko dające się uzasadnić).

Można wyróżnić kilka wariantów racjonalności prakseologicznej:

- S są **adekwatne** do C, a zatem pozwalają osiągnąć C lub
- S są **proporcjonalne** do C, a zatem nie są ekscesywne
- S są **etycznie lub w inny sposób normatywny właściwe** do C.

Kryterium racjonalności tego rodzaju jest zatem skuteczność, podobnie jak w teorii *Zweckrationalität* Maxa Webera, racjonalności instrumentalnej lub technicznej Jürgena Habermasa czy założenia o skutecznym działaniu w prakseologii Tadeusza Kotarbińskiego. Racjonalne jest to, co jest skuteczne w praktyce, w działaniach. Dobieranie środków do celów jest istotą strategii. Jednak można to czynić dwiema drogami: realistyczną i idealistyczną. Realista tak dobiera środki do celów, że liczy się z ograniczonością dostępnych zasobów i środków, a zatem rozsądnie dostosowuje same cele do dostępnych środków. Idealista jest racjonalny inaczej, chociaż również dąży do skuteczności. Punktem wyjścia dla niego jest marzenie, czyli bardzo ambitnie pomyślane cele, a dopiero potem poszukuje on środków do takiej konfiguracji celów i tylko pod wpływem porażek lub krytycznej refleksji redukuje poziom celów wyobrażonych do tego, co okazuje się osiągalne przy środkach, jakie zdołał pozyskać.

W orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego rozumność traktowana jest jako jedno z kryteriów proporcjonalności, będącej z kolei wymogiem demokratycznego państwa prawnego; słowna formuła brzmi: „racjonalna i odpowiednia proporcja środków do celów” (przy czym słowo „racjonalna” odpowiada tu w pełni słowu „rozumna”). Generalnie o „mocnym” rozumieniu rozumności można mówić, gdy wymóg ten nakłada na ustawodawcę konieczność stosowania nie tylko *dopuszczalnych* środków prowadzących do *prawowitych* (prawnie dopuszczalnych) celów, ale także gdy wymaga istnienia odpowiedniego związku *proporcjonalności* między tymi środkami a celami. Jest to „mocne” rozumienie kategorii rozumności, gdyż zastosowanie jej skutkuje unieważnieniem większego zakresu decyzji, *ceteris paribus*, niż w przypadku „słabego” rozumienia rozumności.

W prawie międzynarodowym kategorię rozumności znaleźć można np. w Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów. Artykuł 32, dotyczący metod interpretacji traktatów, stanowi, że gdyby główne metody interpretacyjne (wymienione w artykule 31 tejże Konwencji) doprowadziły do rezultatów, które są „w sposób oczywisty absurdalne lub nierozsądne” (*manifestly absurd or unreasonable*; w wersji francuskiej to ostatnie słowo występuje jako *deraissonable*, w wersji hiszpańskiej: *irrazonable*), wtedy można odwołać się do „dodatkowych” metod wykładni (Konwencja wiedeńska 1969, 331).

Racjonalność komunikacyjna zakłada dyskurs rzetelny i uczciwy, w którym celem jest porozumienie lub przynajmniej wzajemne rozumienie się uczestników takiego dyskursu. Komponentem racjonalności komunikacyjnej rozmówców prawniczych byłaby tu zatem umiejętność argumentacji, wykazania słuszności przyjętych rozwiązań czy norm w warunkach szczerzej i inkluzywnej debaty krytycznej nad każdą z możliwych interpretacji i argumentacji.

Jeśli celem rozumowania prawniczego jest między innymi uzasadnienie podjętej decyzji, to ze względu na uwikłanie aksjologiczne realizacja decyzji wymaga doprowadzenia do jej akceptacji przez adresatów tej decyzji. Ta zaś może wszakże być osiągnięta tylko w drodze dyskursu, i to uczciwego dyskursu. Powinniśmy zatem myśleć raczej w kategoriach racjonalności komunikacyjnej niż racjonalności instrumentalnej. Bez tego nie zdołamy wyjść z zakłętego kręgu paradygmatu pozytywistycznego (Stawecki 2008).

Koncepcja ekonomiczna R ♦ = (Korzyści > Koszty)

Ex post – korzyści osiągnięte są większe od poniesionych kosztów,

Ex ante – korzyści oczekiwane są większe od przewidywanych kosztów.

Dwie są koncepcje ludzkiego zachowania – prospektywna i retrospektywna – pozwalające na pełniejszą eksplikację ekonomicznej koncepcji racjonalności. W teorii gier zakłada się, że gracze są racjonalni w tym sensie, że w swym postę-

powaniu kierują się **przewidywanymi** działaniami innych graczy i **oczekiwanymi** przez siebie korzyściami, które chcą maksymalizować i minimalizować koszty ich osiągnięcia. Są więc zorientowani ku przyszłości i ze względu na **przyszłe** zdarzenia i strategie innych graczy dokonują wyborów. Jest to prospektywna racjonalność ekonomiczna.

Inną możliwą do pomyślenia, lecz niestosowaną w teorii gier, koncepcją ludzkiego zachowania jest wyjaśnianie tego, co ludzie robią, ich **poprzednimi doświadczeniami z przeszłości** oraz innymi czynnikami z przeszłości lub stymulatorami zawartymi w czasie teraźniejszym, które albo determinują, albo tylko prefigurują ich obecne zachowania. W tym modelu przeszłość wyjaśnia teraźniejszość, czyli obecne zachowania i strategie albo jest to wariant teorii behawioralnej, w której występuje wyjaśnianie typu bodziec–reakcja. Ta druga koncepcja wzbogacona o perspektywę socjologii interakcjonizmu może mieć duże znaczenie dla wyjaśniania, modelowania i symulacji strategii uczestników gry o statusy prawne.

W polskiej teorii prawa za podstawę rozważań o pozytywistycznej orientacji przyjmuje się decyzyjny model stosowania prawa (a nie np. model interpretacyjny lub model proceduralny). Jest to umiarkowanie szerokie ujęcie rozumowań prawniczych. Jerzy Wróblewski trafnie dowodził, że rozumowanie prawnicze obejmuje rozumowanie interpretacyjne i rozumowanie uzasadniające. Pierwsze ma na celu ustalenie znaczenia normy prawnej, a drugie uzasadnienie podjętych decyzji lub głoszonych twierdzeń (Wróblewski 1990).

Mamy tu do czynienia z idealizacyjnym modelem rozumowania opartym na regułach. Nie jest to natomiast realistyczny obraz rzeczywistych procesów myślowych, którego istotę stanowi interpretacja oparta na kolistym myśleniu analizowanym przez hermeneutyczne koncepcje interpretacji oraz rozstrzygnięcie spraw poprzez nieliniowe odwoływanie się do wszelkich typów racji (formalnych, etycznych, faktycznych itd.), bez jednoczesnego faworyzowania wybranych przesłanek decyzji i bez rygorystycznie sformułowanych dyrektyw wykładni i decydowania. Jeśli tak jest rzeczywiście, to znaczy, że wbrew deklarowanej uniwersalności opracowany przez Wróblewskiego model decyzyjny stosowania prawa okazuje się uogólnieniem rozstrzygnięcia w prostych przypadkach, a nie odnosi się do *hard cases*, jak w tradycji Common Law określa się sytuacje prawnie niedookreślone. Teoria Wróblewskiego jest w gruncie rzeczy zastosowaniem ideologii związanej z decyzją stosowania prawa, bowiem ignoruje prawotwórcze aspekty działania podmiotów stosujących reguły, zasady i dyrektywy programowe nazywane przez Dworkina *policies*.

Zdaniem Wróblewskiego termin „racjonalny” oznacza, że zdanie, norma lub ocena są poprawnie uzasadnione przez odpowiednią argumentację. Inaczej mówiąc, decyzja jest racjonalna, jeśli jest oparta na ustalonej wiedzy (*determined knowledge*) i ustalonych ocenach (*determined evaluations*). Nawiązuje on zatem wprost do kulturowej, kontekstowej koncepcji racjonalności.

Rozmaite za i przeciw sylogizmowi prawniczemu omawiali już w 1969 roku Opalek i Wróblewski (Opalek, Wróblewski 1969, 308–315). Autorzy ci uznali jednak, że nie sposób zrezygnować z tego sposobu myślenia w procesie stosowania prawa, co jest zapewne trafne, ale nie wyklucza możliwości uzupełniania go niepozytywistycznym myśleniem hermeneutycznym i argumentacyjnym. Pewne podobieństwa można też znaleźć pomiędzy koncepcją prawa formalnie racjonalnego, ważnego komponentu idei racjonalności, którą tradycyjnie preferuje kultura europejska, a postmodernistycznymi teoriami prawa jako zimnej i zrjonalizowanej przemocy symbolicznej, podporządkowującej sobie spontaniczne formy społecznej komunikacji. Zgodnie natomiast ze współczesnymi koncepcjami postmodernizmu, prawo powinno być wrażliwe na społeczne doświadczenia, a zatem na wiedzę lokalną, czy – jak chce Michel Foucault – wiedzę ujarzmioną, zdominowaną przez formalne systematyzacje naukowe, wiedzę naiwną, leżącą poniżej wymaganego poziomu naukowości, na „bardzo szczególną, regionalną wiedzę zwykłych ludzi” .

Amerykańscy realisci krytykowali samo pojęcie *legal reasoning* jako zakładające ich zdaniem uproszczoną ideę dedukcji. Wierzyli, być może zbyt mocno, w indeterminizm prawa i w to, że reguły bardzo rzadko okazują się tak neutralne, jak się je przedstawia. Juryści realistyczni twierdzili, że właśnie dlatego potrzebne jest wyjaśnianie i uzasadnianie decyzji, bowiem reguły prawne nie są neutralne i bezstronne (por. Bix 2006, 78).

W anglosaskiej kulturze prawnej rozwinięto standard zdrowego rozsądku (*reasonableness*). W systemie Common Law służy on przede wszystkim jako zasada interpretacji oświadczeń woli, jeśli budzą one wątpliwości. Wówczas należy odpowiedzieć na pytanie „jak rozsądny i zarazem uczciwy człowiek rozumiałby określone postanowienia umowne”. Standard rozsądku bywa też wykorzystywany jako dyrektywa interpretacji przepisów prawa stanowionego oraz jako jedno z kryteriów oceny zgodności zachowań adresatów prawa z regułami tego prawa (podobnie jak w prawie polskim kryteria „należytej staranności działania”, „rzetelności kupieckiej”).

Standard rozsądku ma jednak w myśli anglosaskiej szersze znaczenie niż w tradycji kontynentalnej. Obejmuje bowiem wyraźnie elementy ocenne, składające się na idee słuszności (jako idei modyfikującej rygoryzm sprawiedliwości legalnej) oraz uczciwości, rzetelności, prawości. Taka wyraźnie Arystotelesowska formuła pozwala z jednej strony łagodzić skutki zasady *dura lex, sed lex*, a z drugiej ograniczać dyskrecjonalność władzy publicznej (np. sędziowskiej). W tym znaczeniu bywa też wprowadzana do systemów prawnych Europy kontynentalnej. Bez względu wszakże na subtelne różnice znaczeniowe, nie ma wątpliwości, że standard rozsądku jest odrębny od idei racjonalności instrumentalnej w jej kontynentalnych wersjach.

W Wielkiej Brytanii w prawie administracyjnym obowiązuje zasada ustanowiona w 1948 roku mówiąca, że sąd może uchylić decyzję administracyjną m.in.

w przypadku, gdy decyzja ta jest tak nierozsądna (*unreasonable*), że żadna rozsądna instytucja publiczna nawet nie rozważałaby możliwości jej podjęcia.

Warto przypomnieć stanowisko Neila MacCormicka, który postulował, aby dostrzegać dwa typy racjonalności, którą zakładamy lub której szukamy w rozumowaniach prawniczych. Pierwsza to racjonalność, którą nazywa się *purpose-rationality*, odwołująca się do celów przez nas postawionych, a druga to ta, która się odwołuje do wartości – *value-rationality*. Relacje tych typów racjonalności zdaniem MacCormicka przedstawić można następująco:

- myślenie o wartościach koryguje nasze działanie podejmowane ze względu na cel

i *vice versa*

- nie jesteśmy w stanie realizować wartości, jeśli nie „przełożymy ich” na określone, bardzo precyzyjne cele. Nie wystarczy deklaratywne zapisanie wartości w ustawach, niezbędne jest jeszcze urzeczywistnienie ich w procesie stosowania prawa (MacCormick, Weinberger 1986, 190 i n.).

Kontynuacją poglądów Maksa Webera jest teoria prawa jako autoreferencyjnego i samoreprodukującego się systemu autopojetycznego Niklasa Luhmanna. Zdaniem Luhmanna, szczególnie trudna sytuacja dla prawników powstaje wtedy, kiedy muszą oni odpowiedzieć na pytanie, czy jest prawnym (uprawnionym) samo odróżnianie prawa od bezprawia, a zatem samo posłużenie się kodem prawo–bezprawie, czyli gdy stosują binarny schemat analizy. Możliwe, i zgodnie z kodem binarnym dopuszczalne, są tu bowiem obydwie odpowiedzi: zarówno ta, iż jakieś zachowanie jest uprawnione, jak i ta, że nie jest. O wadach schematów binarnych szerzej będę mówił w dalszych fragmentach tej książki.

Racjonalność jest rozumiana przez prawników o pozytywistycznych skłonnościach jako zdolność do wykorzystywania zdobytej obiektywnej i sprawdzalnej wiedzy o świecie w taki sposób, aby jak najskuteczniej osiągnąć cele założone przez twórcę prawa. Nieprzypadkowy jest też związek takiej idei racjonalności w stosowaniu prawa oraz klauzul generalnych w unikaniu pojęć nieostrych i niejednoznacznych, bowiem wszelka nieokreśloność norm utrudnia dochowanie zasad rządów prawa i może poszerzać pole dla dyskrecjonalnych decyzji stosowania prawa.

Racjonalność w takim ujęciu wyraża się przede wszystkim w dwóch fazach funkcjonowania prawa: w procesie jego stanowienia oraz w procesie jego stosowania. W pierwszym przypadku racjonalne działanie polega na kolejnym spełnianiu określonych wymagań modelu racjonalnego prawotwórstwa: wyznaczaniu precyzyjnego stanu rzeczy (celu), który zamierza się osiągnąć za pomocą prawa; określaniu prawidłowości łączących cel ze zjawiskami, które mogą być użyte jako środki do jego osiągnięcia, wyodrębnianiu spośród nich środków prawnych i stanowieniu stosownych przepisów.

Natomiast w procesie stosowania prawa idea racjonalności, zwykle formułowana jako zasada racjonalności ustawodawcy, sprowadza się do założenia, że

skoro określone przepisy zostały ustanowione, to należy przyjąć, iż wyrażają one wolę ustawodawcy i to wolę racjonalną, a przez to powinny być przestrzegane, a nie kwestionowane. Oczywiście w polskiej teorii prawa podkreśla się, że model racjonalnego prawotwórstwa to ogromne uproszczenie rzeczywistych procesów legislacyjnych i że wymaga on poważnych modyfikacji, a zasada racjonalnego ustawodawcy w procesie stosowania prawa z kolei jest założeniem kontrfaktycznym uzasadnionym przez potrzebę zapewnienia wiernego posłuchu wobec prawa. Szczególną rolę idei racjonalności mało kto jednak podejmuje się podważać.

Sędziowie dbają raczej o formalną poprawność rozumowania i podjętej w jego wyniku decyzji niż o sporną sprawiedliwość lub słusność decyzji, rozumianą aksjologicznie lub faktycznie. Jest to, mówiąc żartobliwie, jakby jedenaste przykazanie, którym sędziowie się kierują. Pierwszych dziesięć wszyscy znamy, choć nie zawsze ich przestrzegamy. Najważniejsze jest jednak jedenaste: „Dbaj, aby ci tylko nie uchylili wyroku w wyższej instancji!”. Przy takim kryterium praktycznej racjonalności cała finezja modeli racjonalności ulega trywializacji i okazuje się zbędna.

W świetle koncepcji prawa Emila Durkheima i jego kontynuatorów, aż po komunikacyjną teorię prawa Jürgena Habermasa, prawo i rozumowanie prawnicze, jeżeli nie mają się przekształcić w czysto techniczne instrumentarium oraz czysto techniczno-biurokratyczny żargon (bełkot, jak chcą niektórzy), powinny być wrażliwe na inne, pozaprawne systemy wartości i normy, a także na najważniejsze społeczne cele oraz znaczenia wyrażen języka prawnego w języku potocznym. Przede wszystkim znaczenia takich otwartych i wieloznacznych, a ważnych społecznie pojęć języka konstytucji, jak: sprawiedliwość, godność człowieka czy państwo prawa. Otwarcie formalnego języka prawnego na kategorie języka potocznego i to takie, które są ideologicznie zabarwione, może zmniejszać precyzję dyskursu prawniczego, ale jednocześnie zbliża ten dyskurs do rozmowy ludzi zatroskanych o swe codzienne sprawy.

Model racjonalnego adresata prawa dotyczy trzech założeń dotyczących jego wiedzy o prawie, gotowości przestrzegania prawa oraz zdolności praktycznej do wypełniania obowiązków nakładanych przez prawo na adresatów pierwotnych i wtórnych. Idealny adresat prawa *wie, jakie jest prawo oraz chce i może go przestrzegać*. Ma rację Sloterdijk, komentując idee Hobbesa, że „logikowi teorii państwa do poddania wszystkich jednemu suwerenowi służy antropologiczna redukcja jednostek do pewnej stałej, naturalnej, wspólnej podstawy motywacyjnej” (Sloterdijk 2012, 54). Właśnie taka redukcja antropologiczna staje się intelektualną i aksjologiczną przesłanką wszelkich decyzji stosowania prawa i jego wcześniejszej interpretacji. Zakłada się bowiem, że ogromna różnorodność osobowości adresatów prawa musi być zredukowana do pewnego wspólnego mianownika, aby formalna/proceduralna sprawiedliwość mogła być realizowana.

Przyjęcie innego założenia prowadziłoby do niemożności egzekwowania odpowiedzialności, jeżeli powołanie się na nieznaną prawo lub niezdolność do

jego realizacji miałyby zwalniać od tej odpowiedzialności. W efekcie odrzucenie modelu idealizującego adresatów prawa musiałyby prowadzić do chaosu, nieprzewidywalności zachowania ludzi i nader częstej niesprawiedliwości. Uważam, że są trzy takie założenia dotyczące adresatów, a nie jedno, jak dość powszechnie się sądzi. Pierwsze z nich jest powszechnie uznawane, dwa pozostałe błędnie nie są nawet dostrzegane.

1. **Założenie o powszechnej znajomości prawa ogłoszonego we właściwym trybie i we właściwym czasie.** Zasady *ignorantia iuris semper nocet* oraz *dura lex, sed lex* są wyrazem rygorystyki prawnego opartego właśnie na tej fikcji. Bez niej trudno wyobrazić sobie możliwość egzekwowania odpowiedzialności prawnej, bowiem osoby podejrzewane o naruszanie prawa zawsze mogłyby skutecznie ekskulpować się, powołując się na nieznaną treść norm, które naruszyły. Te założenia są powszechnie akceptowane w doktrynie prawniczej i nazywa się je fikcją powszechnej znajomości prawa. Przez analogię do tej fikcji dwie dalsze idealizacje także będę nazywał fikcjami. Nie są one dostrzegane jako ukryte założenia idealizujące adresatów prawa i dlatego pewnej śmiałości wymaga wyciągnięcie takich właśnie wniosków z innych składników obecnych w porządkach prawnych istniejących współcześnie.
2. **Założenie o powszechnej gotowości przestrzegania prawa.** Milcząco i apriorycznie zakładamy w rozumowaniach prawniczych, że adresaci prawa mają dobrą wiarę (i działają na ogół *bona fide*) oraz dobrą wolę przestrzegania prawa. Właśnie takie założenie sprawia, że domniemanie niewinności podejrzanego i oskarżonego jest fundamentalną zasadą procedur karnych. Dopóki nie udowodni się przed sądem ponad wszelką wątpliwość (zasada *in dubio pro reo*), że ktoś nie przestrzegał prawa, dopóty aparat wymiaru sprawiedliwości i inne podmioty prawa mają obowiązek zakładać, że podejrzan i/lub oskarżony był gotów przestrzegać prawa i nie naruszył go. Podobnie w sferach życia regulowanych przez prawo cywilne zakładamy, że podmioty działają na ogół w dobrej wierze, bowiem deliktową odpowiedzialność cywilnoprawną można ustalić, ale w tym celu należy także udowodnić winę z podobną starannością jak w postępowaniu karnym. Przejawem założenia o powszechnej gotowości i woli przestrzegania prawa przez adresatów jest obecność w prawie podatkowym państw demokratycznych zasady interpretacyjnej lub nawet domniemania interpretacyjnego *in dubio pro tributario*. W niższym stopniu wyrażają to założenie zasady *in dubio lenius* oraz *in dubio pro libertate*.
3. **Założenie o powszechnej zdolności spełniania wymagań prawnych i wykonywania obowiązków.** Skoro prawo wymaga od swych adresatów rozmaitych działań (np. starannego i porządnego wypełniania skomplikowanych deklaracji podatkowych czy dokonywania skomplikowanych

czynności prawnych wymaganych przez prawo cywilne), to znaczy, że prawodawca zakłada, iż adresaci mają dostateczne zdolności i umiejętności praktyczne, aby te wymagania spełniać. Doświadczenie praktyczne dowodzi jednak, że ludzie bardzo często nie są w stanie i rzeczywiście nie mogą wykonywać obowiązków prawnych, nawet jeżeli je znają i mają psychiczną gotowość ich wypełniania. Stara zasada dobrej legislacji postuluje, aby nie żądać od adresatów prawa czynów niemożliwych, bardzo trudnych lub heroicznych. Ale nawet czyny o przeciętnym stopniu trudności dla wielu adresatów prawa są zbyt trudne i nie mogą oni im podołać mimo podejmowanych wysiłków. Dlatego założenie o powszechnej zdolności spełniania wymagań prawnych jest idealizacją adresatów, choć moim zdaniem jest to idealizacja konieczna i pożyteczna dla jakości porządku prawnego.

O praktycznej użyteczności modeli idealizacyjnych w argumentacjach i rozumowaniach prawniczych świadczy przede wszystkim to, że bez tych czterech założeń kontrfaktycznych prawo nie mogłoby być spójnie interpretowane i stosowane wobec wszystkich adresatów z zachowaniem zasady równości wobec prawa. Bez modeli fikcyjnych i kontrfaktycznych, a zatem jawnie sprzecznych z wiedzą socjologiczną i psychologiczną o ludziach, nie byłaby możliwa racjonalizacja życia zbiorowego poprzez prawo, która od czasów Maxa Webera uchodzi za banalną prawdę o podstawowym celu i efekcie działania prawa. Michelangelo Buonarroti, wybitny rzeźbiarz florencki, mawiał, że piękna forma jest wtedy, gdy nie ma w niej nic zbędnego. Modele kontrfaktyczne są niezbędne i ich eleganckie piękno polega na ich kompletności.

Z budowaniem modeli idealizacyjnych mamy do czynienia także poza naukami prawnymi. W teorii ekonomii występuje model racjonalnego egoisty *homo oeconomicus* maksymalizującego korzyści własne i minimalizującego koszty własne. Model ten podtrzymują neoliberalne i neoklasyczne nurty w myśli ekonomicznej, mimo wybitnych i empirycznie bezspornych ustaleń Kahnemanna i Tversky'ego zasadniczo podważających prawdziwość tych modeli. Także w fizyce istnieją liczne modele idealizacyjne, chociaż jej przedmiotem jest materia i energia, o której można mieć twardą empiryczną wiedzę. Fikcyjne podstawy wiedzy nie muszą zatem prowadzić do błędów poznawczych. Jeżeli stosujemy modele idealizacyjne świadomie i odpowiednio krytycznie, to są one pożyteczną metodą poznawania rzeczywistości.

Modele idealizacyjne prawodawcy i adresata prawa pozwalają głębiej zrozumieć statusy ludzi wykonujących zawody prawnicze. Skoro prawodawca z założenia jest racjonalny, czy taką cechę można przypisać idealizacyjnie profesjonalnym operatorom prawa, a zwłaszcza sędziom, prokuratorom, adwokatom i radcom prawnym – to pytanie o wielkiej doniosłości dla studiów nad porządkami prawnymi i ich dynamiką. Kultury prawne Common Law w porównaniu z kulturami prawa stanowionego większym zaufaniem obdarzają sędziów, ponie-

waż godzą się na częściowo prawotwórcze działania sądów poprzez precedensy i zasadę *stare decisis*.

Wątpliwe jednak, czy w kulturach Common Law tak daleko idącą racjonalność przyznaje się zawodom prawniczym jak prawodawcom. To właśnie zawodowi prawnicy powinni dbać o to, aby w praktyce stosowania prawa była respektowana idealizacyjna koncepcja racjonalności prawodawców. Profesjonalna wiedza o prawie zawodowych prawników jest na ogół znacznie większa niż polityków wybieranych do organów prawodawczych w państwach demokratycznych. A jednak to prawodawców uznaje się za modelowo racjonalnych, a zawodowi prawnicy nie są tak statusowo określani w istniejących współcześnie porządkach prawnych. Jednakże wspomniane powyżej trzy założenia idealizacyjne dotyczące adresatów prawa, ta konieczna redukcja wielości motywacji ich postępowania, jest powierzana do praktycznego stosowania właśnie prawnikom, co świadczy o niemałym, być może przesadnym zaufaniu do ich kompetencji profesjonalnej i moralnej.

4.3. Style egzekucji prawa i status prawny

Style egzekwowania odpowiedzialności prawnej są składowymi szerszej całości – stylów rządzenia państwem³². Rządzenie państwem wymaga oczywiście określonej polityki prawa, a przede wszystkim stanowienia prawa i jego egzekucji. Pojęcie egzekucji prawa jest zbyt rozległe, aby próbować jego zwęższej definicji. Opisowa analiza pola semantycznego może spełnić lepiej tę rolę.

Proponuję wyodrębnić kilka wymiarów analizy porównawczej stylów egzekucji prawa, które mogą także umożliwić wypracowanie kryteriów oceny rozmaitych aspektów egzekucji prawa i ewentualnych działań optymalizujących. Opisowa charakterystyka stylu egzekucji prawa może obejmować następujące aspekty, w których bada się nie tylko, co robi aparat państwa, ale także, jak to się robi, jakimi metodami i technikami.

- *Predyktywność zachowania instytucjonalnych strażników prawa i samych norm*. W tym wymiarze ustala się, w jakim stopniu przewidywalne są zachowania organów stosujących prawo i innych podmiotów prawa. Ta przewidywalność zależy od stopnia respektowania prawa w ogólności, stopnia, w jakim te organy i podmioty działają na podstawie i w granicach prawa. Poza postawą aparatu egzekucji prawa ważne są same normy i instytucje prawne. Wśród tych ostatnich szczególnie ważne miejsce mają zasady stabilizujące statusy prawne. Do takich zasad należy zasada ochrony praw nabytych zgodnie z prawem, zasada *lex retro non agit* czy zasady

³² Szerzej na ten temat zob.: Lamentowicz 1996.

określające domniemania interpretacyjne *in dubio pro reo, pro libertate, pro tributario* czy *in dubio lenius. Executio iuris non habet iniuriam* to piękna i mądra zasada, ale bardzo trudna do realizowania w świecie pełnym pokus korupcyjnych, przypadków uzależnienia funkcjonariuszy państwa od grup interesów prowadzących często do porwania państwa (*capture of the state*), a często jedynie do daleko idącej prywatyzacji władzy publicznej.

- *Derywacyjne czy klaryfikacyjne typy wykładni prawa* są częściej wybierane przez organy państwa stosujące prawo? To kryterium pokazuje stopień ambicji profesjonalnych strażników porządku prawnego. Im bardziej są ambitni i zależy im na najwyższej jakości wykonywanej pracy, tym częściej stosują derywacyjne wykładnie wykraczające poza wymagania wykładni klaryfikacyjnych.
- Jakie *modele stosowania prawa* są dominujące w porządku prawnym – sylogistyczne, hermeneutyczne czy argumentacyjne?
- *Pewność, nieuchronność sankcji* za naruszenie prawa zależy przede wszystkim od wykrywalności przestępstw i innych czynów bezprawnych, w tym także naruszeń zakazów administracyjnych i deliktów prawa cywilnego. Ponadto po wykryciu niezbędne jest sprawne przygotowanie aktów oskarżenia lub powództw oraz – *last but not least* – wydanie i wykonanie orzeczenia przez wszystkie instancje sądowe. Im wyższy jest poziom pewności sankcji, tym pewniejsze są statusy prawem chronione.

Sytuacja, w jakiej znajduje się polski porządek prawny jest wyzwaniem dla statusów prawnych sędziów, prokuratorów i samych skazanych wyrokami prawomocnymi, które nie mogą być wykonane, gdyż skazani wiele miesięcy muszą czekać, aby znalazło się dla nich miejsce w zakładzie karnym lub innej instytucji penitencjarnej.

- *Szybkość podjęcia decyzji stosowania prawa* w I instancji i późniejszego uprawomocnienia tej decyzji w kolejnych instancjach wewnątrz państwa, jakość pierwszych decyzji stosowania prawa, ich uzasadnianie, częstość zmian decyzji I instancji na wyższych poziomach. Statystyki porównawcze dotyczące czasu niezbędnego do tego, aby w trybie sądowym uzyskać należną kwotę pieniędzy z tytułu zobowiązania, pokazują duże różnice istniejące między państwami, nawet wtedy, gdy należą one do tego samego kręgu kulturowego i osiągnęły podobny poziom rozwoju społeczno-gospodarczego. Polska jest niestety daleko od czołówki w tej dziedzinie.
- *Surowość sankcji* za określone, wskaźnikowe typy zachowania bezprawnego. Znaczenie ma poziom represywności orzecznictwa oraz warunki wykonywania orzekanych sankcji. Te dane łatwo uzyskać i na ogół są porównywalne.
- *Formalna sprawiedliwość* decyzji stosowania prawa na wszystkich poziomach hierarchii władzy wykonawczej, od głowy państwa do szeregowego

policjanta, to równe traktowanie każdego, kto należy do określonej przez prawo kategorii adresatów i działa w takich samych okolicznościach jak inni w tej kategorii. O zagadnieniu tym szerzej w rozdziale piątym tej książki.

- *Zakres ochrony praw i wolności człowieka* w trakcie egzekwowania prawa, a zwłaszcza praw osób ze statusem podejrzanego, oskarżonego o czyny bezprawne oraz świadka w postępowaniach karnych i stron w postępowaniach administracyjnych.
- *Uczciwość, rzetelność i bezstronność* działań egzekucyjnych może być analizowana w oparciu o dane ilustrujące zakres i formy korupcji oraz częstość występowania dyskryminacji w stosowaniu prawa.
- *Adekwatność kulturowa* stylu egzekucji prawa: dostosowanie tego stylu do dominujących wartości i norm w kulturze prawnej i politycznej społeczeństwa. Przy wysokiej adekwatności wysoki będzie prawdopodobnie także poziom legitymizacji stylu i aparatu egzekucji prawa. Zagadnienie adekwatności prawa jest szersze i nie bywa dyskutowane we współczesnej jursysprudencji. Adekwatność prawa to stopień odpowiedniości treści i formy prawa do:
 - potrzeb i interesów wielkich grup społecznych;
 - wartości dominujących w kulturze danego społeczeństwa, a zwłaszcza w pozaprawnych systemach normatywnych, szczególnie moralnych i religijnych;
 - osiągniętego poziomu rozwoju cywilizacyjnego;
 - sytuacji społeczno-gospodarczej państwa i społeczeństwa;
 - pilnych problemów wymagających rozwiązania w polityce bieżącej i długofalowej oraz mocy przymusu wprowadzania innowacji cywilizacyjnych;
 - zagrożeń transgranicznych i wyzwań cywilizacyjnych o ponadpaństwowym zasięgu;
 - potrzeby reprodukcji ram instytucjonalnych ładu społecznego przez elitę rządzącą.
- *Stopień akceptacji* stylu egzekucji prawa przez opinię publiczną jest ważny dlatego, że postawy ludzi wobec prawa i jego oceny częściej są kształtowane przez wiedzę o stylu egzekucji prawa niż przez wiedzę o jego treści, gdy jest jeszcze *law in books*.
- *Finansowy koszt* egzekucji prawa dla budżetu państwa: stopień realizacji zasady *clean and lean* w stosowaniu prawa.
- *Typy układów organów państwa uczestniczących w egzekucji prawa*, w jego społecznej realizacji są rozmaite. Należą do nich organy ścigania, kontroli państwowej, nadzoru administracyjnego, wymiaru sprawiedliwości, realizacji kar i innych sankcji, resocjalizacji osób naruszających prawo, formacje antyterrorystyczne, służby specjalne, a zwłaszcza wy-

wiad i kontrwywiad. Ich przejrzystość i efektywność działania to szczególnie istotna cecha stylu egzekucji prawa.

Jakie modele stosowania prawa sprzyjają osiągnięciu wysokich standardów sprawiedliwości formalnej w większym stopniu? Czy logiczny i egzegetyczny formalizm sylogistycznego stosowania prawa jest czynnikiem sprzyjającym respektowaniu zasady formalnej sprawiedliwości? Jakie są negatywne skutki posługiwania się wyłącznie modelem sylogistycznym? Czy derywacyjne, post-pozytywistyczne metody wykładni prawa mają wpływ i jaki na pewność sankcji i szybkość jej wymierzania? Jaki jest wpływ struktur statusów prawnych osób i rzeczy na wymiary optymalizacji stylu egzekucji prawa?

Ten katalog pytań, na które w tej książce nie będziemy jednak odpowiadać, pokazuje metodologiczną i inspirującą moc syntetyzującego pojęcia „styl egzekucji prawa” dla otwierania nowych horyzontów wiedzy o społecznym życiu prawa.

4.4. Status jako konstytutywny składnik stosunku prawnego

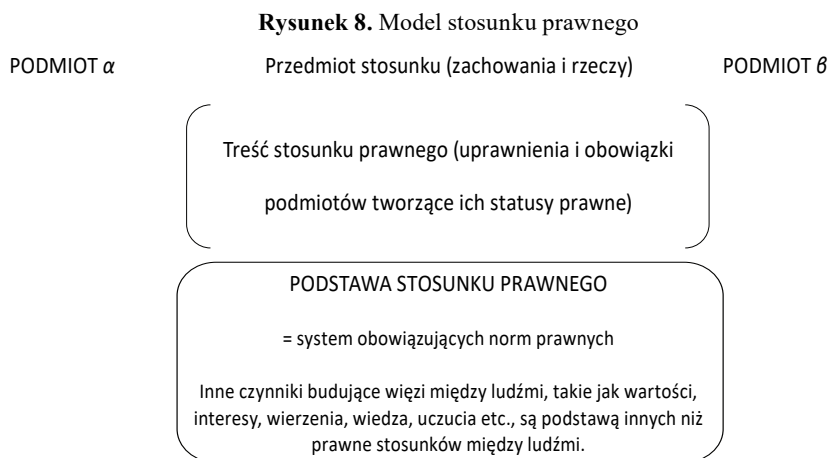
Częścią istotną socjologii porządku prawnego i statusów prawnych będzie zapewne teoria stosunków prawnych otwarta na wzory zachowania wytworzone w rozmaitych kulturach. Stosunki prawne są trafnie pojmowane jako szczególna forma stosunków społecznych opartych na specyficznej podstawie, którą tworzą normy prawne.

Stosunek prawny to względnie trwałe wzajemne oddziaływania podmiotów prawa (osób fizycznych i prawnych, organów władzy państwowej i samorządowej, organów organizacji międzynarodowych) ze względu na zmienne konfiguracje ich statusów (konfiguracji uprawnień i obowiązków) powstających na podstawie systemu norm prawnych obowiązujących w określonym miejscu i czasie. Do podstawy takich stosunków nie wchodzi np. układ interesów, wartości i norm pozaprawnych. Oczywiście, są one aktywne w otoczeniu społecznym stosunków prawnych, czyli wśród wszelakich innych stosunków społecznych, których podstawą nie jest prawo, lecz np. normy moralne, religijne wierzenia, interesy ekonomiczne czy emocje.

Jeżeli podstawą stosunku między ludźmi jest interes materialny, to mamy do czynienia ze stosunkiem ekonomicznym, ale gdy jest on także prawnie uregulowany (np. jako własność), to staje się jednocześnie stosunkiem prawnym. Ogromna większość stosunków prawnych ma w swej podstawie nie tylko normy prawne, lecz również inne składniki. Czystych, czyli jedynie prawnych stosunków, bez tej innej podstawy, po prostu nie ma, gdyż prawo reguluje zwykle stosunki między ludźmi *ex post*, gdy oczywiste już jest, że taki stosunek społeczny jest dla ludzi szczególnie ważny. Realnie mamy zatem do czynienia jedynie ze stosunkami mieszanymi, np. prawno-ekonomicznymi, prawno-rodzinnymi, prawno-woj-

skowymi czy prawno-religijnymi. Tylko stosunki społeczne mniej znaczące w konkretnej kulturze pozostają współcześnie poza regulacją prawną. W przyszłości zapewne jurydyzacja stosunków społecznych będzie pogłębiana i rozszerzana. Postęp cywilizacyjny spowoduje konieczność tworzenia nowych norm prawnych i oczywiście nowych statusów prawnych osób.

Model graficzny zaprezentowany na rysunku 8 pokazuje relacje konstytutywne dla stosunków prawnych.



Źródło: opracowanie własne.

Aktualizacja stosunku prawnego istniejącego na początku jedynie *in abstracto* to proces, w którym można dookreślić, uzupełnić czy też zmienić konfigurację uprawnień i obowiązków podmiotów tego stosunku. Życie społeczne czy historia każdego z milionów stosunków prawnych oczywiście modyfikuje statusy prawne podmiotów tych stosunków, a także innych podmiotów prawa, gdy działania podmiotów stosunku prawnego rodzą skutki skuteczne *erga omnes*.

Każdy stosunek prawny to mała komórka wielkiego organizmu, jakim jest porządek prawny. Ośrodkiem życiodajnej energii w takiej komórce są statusy prawne podmiotów, które prowadzą społeczną i normatywnie uregulowaną grę o możliwie najwyższy status prawny lub przynajmniej o najwygodniejszą dla siebie konfigurację uprawnień i obowiązków.

Stosunki prawne oczywiście bywają bardzo rozmaite i dlatego sensowne są próby ich klasyfikowania lub przynajmniej tworzenia typologii. Nauka trafnie odróżnia stosunki prawne ze względu na gałąź prawa, która stanowi podstawę ich ukształtowania (cywilno-prawne, karno-prawne, administracyjno-prawne, prywatno-prawne, publiczno-prawne). Bardziej interesująca jednak jest typologia odróżniająca stosunki niezindywidualizowane, jednostronnie zindywidualizowane oraz dwustronnie zindywidualizowane.

Tylko w pełni dojrzały, dwustronnie zindywidualizowany stosunek prawny zawiera w sobie rozwinięte statusy prawne podmiotów tego stosunku. Pogląd tu wyrażony opiera się na przekonaniu, że statusy, podobnie jak stosunki prawne, mają wewnętrzną dynamikę, mogą się rozwijać i zamierać, umacniać się i słabnąć. Nie tylko upływ czasu ma znaczenie dla mocy i trwania statusów, lecz przede wszystkim działania podmiotów i zmiany treści prawa w trakcie trwania stosunków przy zachowaniu ochrony stabilności praw nabytych zgodnie z normami prawa. Dynamika statusów jest właśnie podstawowym źródłem zmian w porządku prawnym, a porządek prawny jest polem działania ludzi, na którym ich statusy społeczne i prawne mogą się zmieniać.

4.5. Podstawy legitymizacji władzy i prawa

Pytanie o prawowitość prawa jest związane z socjologiczną i filozoficzną problematyką autorytetu, godności i prestiżu. Prawo prawowite/legitymizowane to takie, które jest godne aprobaty i posłuszeństwa według wybranych kryteriów oceny i/lub za takie jest uważane przez większość jego adresatów. Prawowitość zakłada, że istnieją pozarepresywne argumenty na rzecz szacunku dla prawa i uznania go za godne przestrzegania. Prawo legitymizowane jest wówczas, gdy uważa się je za godne, aby je szanować i kierować się jego normami w postępowaniu, a zatem jest doskonale w wysokim stopniu. Strach przed przymusem państwa nie jest zatem przesłanką do uznania owej godności prawa, o której myślimy w poszukiwaniu racji dostatecznych dla uznania tego prawa za prawowite.

Pojęcie godności prawa, poza wyjątkami wymagającymi wspomnienia, jest rzadziej obecne w dyskursie prawniczym niż pojęcie autorytetu prawa. Godność prawa podkreśla jego wewnętrzną wartość, a autorytet wskazuje na szacunek, którym adresaci obdarzają prawo (Kojder 2001; Raz 2000). Jest wysoce prawdopodobne, że wysoka godność prawa jest warunkiem koniecznym dla godziwego i godnego życia ludzi będących podmiotami tego prawa i oczywiście dla ich statusów prawnych.

Pojęcie pola dyskursu legitymizacyjnego jest istotnym narzędziem myślenia o tych problemach. Pole dyskursu legitymizacyjnego określa wymiana znaków i znaczeń przez grupę rządzącą i wszystkie inne grupy społeczne, których statusy prawne i społeczne mogą być bardzo rozmaite, ale mają jedną cechę wspólną – grupy te nie rządzą państwem, na terytorium którego funkcjonuje system prawa i porządek prawny wymagający legitymizacji. Wśród tych grup nierządzących szczególny status prawny ma zorganizowana opozycja polityczna wobec grupy rządzącej. Opozycja polityczna zorganizowana w partię, stowarzyszenia i ruchy społeczne posiada określone przez prawo uprawnienia do wyrażania krytyki działań grupy rządzącej, tworzenia alternatywnych idei i strategii politycznych

oraz uczciwego rywalizowania w walce wyborczej o zdobycie władzy w państwie. Uprawnienia te są niestety możliwe tylko w państwach liberalnej demokracji i nadal nie są powszechnym standardem kultury politycznej.

Pojęcie dyskursu legitymizacyjnego zakłada, że proces legitymizacji dokonuje się w wielokierunkowych strumieniach aktów komunikowania się. Komunikacyjna koncepcja jest bardziej adekwatna dla warunków rządzenia państwem i egzekucji prawa występujących w demokracjach, a zwłaszcza w liberalnych demokracjach. Nawet jednak w dyktaturach wojskowo-policyjnych i ideologicznych niemożliwe jest zupełne zniszczenie wszelkich form komunikacji w sferze ważnej dla działania porządku prawnego. Tu dyskursy legitymizacyjne mogą wyglądać bardziej na monolog elity władzy przy wystraszonym i sparaliżowanym niemocą społeczeństwie. Jednakże nawet w autorytarnych systemach politycznych różne grupy obywateli pokazują, co myślą i jakie są ich odczucia na temat państwa i prawa, choć nie jest to idealna sytuacja rozmowy projektowana przez Habermasa lub Alexy'ego. Im trudniej jawnie stawiać zarzuty elicie władzy i porządkowi prawnemu, tym czujniej są obserwowane i brane pod uwagę przez rządzących nawet niewielkie przejawy niezadowolenia. Ten paradoks nie często jest zauważany. W liberalnej demokracji elita władzy może zignorować petycję podpisaną przez setki tysięcy obywateli lub masowy strajk generalny, nie bojąc się utraty władzy czy osłabienia legitymacji do rządzenia, bowiem ta pochodzi głównie z wyborów. W państwie autorytarnym czy totalitarnym nawet mała grupa nonkonformistów czy dysydentów jest wyzwaniem dla elity władzy, która bardzo starannie blokuje możliwość oporu wobec własnych rządów i istniejącego porządku prawnego przez cenzurowanie mediów, policję polityczną i masową inwigilację.

Trzeba pamiętać wszakże, że w krytyce jest pewna osobliwość psychologiczna – zarzuty boją tylko o tyle, o ile są prawdziwe, rani tylko cios celny, nawet gdy nie jest bardzo mocny, a zarzuty umiarkowanie trafne na ogół nie pobudzają emocjonalnie i intelektualnie osób poddawanych krytyce. Rzecz w tym, że w autorytarnym systemie władzy znacznie łatwiej stawiać zarzuty rzeczywiście bolące elitę władzy, gdyż system taki ma więcej oczywistych wad i jego manipulatorskie zdolności są znacznie mniej doskonałe niż w państwach liberalnej demokracji.

Powróćmy do refleksji ogólniejszej o istocie wszelkich dyskursów legitymizacyjnych mniej lub bardziej jawnych i porządnie wyrażanych w języku. Argumentacje legitymizacyjne są prezentowane jawnie lub sugerowane przez grupę rządzącą, która występuje niejako z roszczeniem do innych osób o uznanie jej statusu prawnego, a zwłaszcza uprawnień do rządzenia, w tym do tworzenia i stosowania prawa. Na takie roszczenie inne grupy, a zwłaszcza grupy opozycyjne, mogą odpowiadać z różną intensywnością i asertywnością, ponieważ uznawanie prawa do rządzenia jest stopniowalne, a skrajne stany rzeczy występują niezmiernie rzadko w rzeczywistych dyskursach legitymizacyjnych. Te skrajne stany na skali uznania tytułu do rządzenia i tworzenia ogólnie obowiązują-

jących norm prawnych to albo *pełna aprobata* wszelkich roszczeń grupy rządzącej przez inne grupy, albo *zupełne odrzucenie* tych roszczeń i negacja ważności tytułu do władzy, na który powołuje się grupa rządząca. Między tymi biegunami znajduje się bogata paleta realnych stopni legitymizacji, co ważniejsze te stopnie mogą ulegać nader szybkim zmianom, gdyż opinia publiczna rzadko jest stabilna i przewidywalna.

Jaki stopień legitymizacji prawa wystarcza dla utrzymania władzy w państwie, zależy od zmiennych okoliczności historycznych, w tym także od treści dominujących w pamięci społecznej kluczowych grup społecznych. Ustalenie wystarczającego, czyli progowego poziomu legitymizacji prawa, jest bardzo istotne dla projektowania strategii politycznych, bowiem większość z celów osiąganym w ramach instytucjonalnych współcześnie wymaga tworzenia prawa, rozumnego stosowania prawa i nieustannej reintegracji porządku prawnego (Lamentowicz 2015). Jurydyzacja strategii państwa pogłębia się, towarzyszy temu proces komplikowania się statusów osób pełniących liczne i zmienne role społeczne w takim państwie³³. Jurydyzują się nawet takie statusy zawodowe, które dawniej były dość odległe od prawnej reglamentacji. Na przykład podręcznik dla młodszych oficerów sił zbrojnych Stanów Zjednoczonych zawiera obecnie kilkakrotnie więcej przepisów niż bezpośrednio po zakończeniu II wojny światowej. Kandydat na oficera musi opanować intelektualnie znacznie bardziej wymagający *manual* i nauczyć się działać zgodnie z tymi regułami, co jest coraz trudniejsze w obliczu przeciwnika, którym nader często są terroryści lub partyzanci, a nie regularne siły zbrojne innego państwa.

W polu dyskursu legitymizacyjnego jest wiele elementów pełniących rolę przesłanek w argumentacjach, których wnioskiem ma być teza o tym, że dany system prawa lub konkretna instytucja czy norma są godne aprobaty i posłuszeństwa. Te przesłanki w argumentacjach legitymizacyjnych nazywam podstawami legitymizacji. Można je rozmaicie klasyfikować. Poniższa propozycja odróżnia cztery typy podstaw legitymizacji prawa;

- normatywne – odwołanie się do uznawanych norm pozaprawnych i zgodności prawa z tymi normami;
- aksjologiczne – odwołanie się do wartości ważnych w określonej kulturze;

³³ Rola społeczna i status prawny to pojęcia różne i szanują tę różność. Rola to zachowanie w określonej sytuacji oczekiwane przez innych od kogoś. Status prawny natomiast to konfiguracja uprawnień i obowiązków podmiotu oraz uznanie tej konfiguracji przez inne podmioty prawa. Interakcyjność jest założona w każdym z tych pojęć. Dla roli ważne jest *oczekiwanie* innych ludzi, a dla statusu prawnego kluczowe jest *uznanie* ze strony innych. W obu przypadkach inni współkształtują nasze role i statusy. Bez innych nie ma nas w działaniu. Interaktywny jest także czas, w którym żyjemy, jest on już mniej liniowy i coraz bardziej zależy od tempa i intensywności interakcji podmiotów i ich sił.

- proceduralne – odwołanie się do procedur tworzenia i stosowania samego prawa;
- faktyczne – odwołanie się do pozaprawnych faktów społecznych, gospodarczych, politycznych itp. postrzeganych jako cele i/lub skutki działania prawa.

Normatywne podstawy legitymizacji prawa, które można analitycznie różnić, należą do czterech kategorii. Prawo jest godne aprobaty, szacunku i posłuszeństwa, gdy chociaż jedna z tych podstaw legitymizacji jest respektowana przez to prawo w dostatecznym stopniu. Zatem prawo jest godne uznania, gdy jest zgodne z:

- normami tradycji i zwyczajów społecznie żywych i szanowanych, a zwłaszcza z normami wskazującymi na godne aprobaty zdobywanie statusów władczych przez osoby i grupy w społeczeństwie i państwie;
- normami religijnymi, w które wierzą adresaci tego prawa lub które są składnikiem religii dominującej w danej społeczności;
- normami moralnymi akceptowanymi przez ważne wzorcotwórcze grupy społeczne;
- zasadami prawa naturalnego, jeżeli jest ono uznawane za standard oceny prawa pozytywnego w konkretnej społeczności.

W społeczeństwach nowoczesnych, znajdujących się na wysokim poziomie rozwoju cywilizacyjnego, na ogół jedynie normy moralne są bezspornym standardem oceny prawa prowadzącym do jego legitymizacji. Standardy tradycyjne, religijne i prawno-naturalne są co najmniej sporne w dyskursie legitymizacyjnym albo zostają usunięte z pola takiego dyskursu jako nieadekwatne do celu, czyli ustalenia poziomu legitymizacji prawa.

Źródłem praktycznych trudności w osiągnięciu zgody lub kompromisu w dyskursie legitymizacyjnym jest wyjątkowa rzadkość sytuacji, w której prawo w całości byłoby zgodne ze wszystkimi czterema typami norm legitymizujących. Nie jest możliwe, aby wszyscy uczestnicy dyskursu legitymizacyjnego uważali, że waga poszczególnych normatywnych standardów oceny prawa jest taka sama lub chociażby podobna.

Podstawy aksjologiczne legitymizacji zależą od tego, jakie wartości w danej kulturze są postrzegane jako fundamentalne i wymagające ochrony przez prawo. Nie wszystkie wartości są dostatecznie ważne, aby oczekiwać dla nich ochrony prawnej. Ponadto nie wszystkie wartości cenione wysoko przez ludzi mogą być skutecznie chronione przez prawo. Przykładowo miłość i przyjaźń są w większości społeczeństw bardzo wysoko cenione, nikt jednak nie postuluje, aby prawo nakazywało kochać się i darzyć przyjaźnią. Mimo to prawne zasady administrowania państwem odwołujące się do idei państwa przyjaznego dla obywateli wyraźnie sugerują, że takie wartości także są obecne w polu dyskursu legitymizacyjnego.

We współczesnych warunkach cywilizacyjnych w państwach o liberalno-demokratycznej formie i kulturze rządzenia jest tylko kilka wartości, które w dyskursie legitymizacyjnym mają trwałe miejsce, chociaż są przedmiotem notorycznych sporów – bezpieczeństwo państwa, obywateli i obrotu gospodarczego, wolności i inne prawa podmiotowe ludzi oraz równość szans rozwoju osób, grup społecznych i regionów.

Faktyczne podstawy legitymizacji prawa to takie, które uważać można za funkcję prawa, czyli za efekty jego istnienia i działania. Oczywiście te efekty są przypisywane prawu nie bez sporu o to, co jest skutkiem działania prawa, a co skutkiem innych przyczyn lub czynników obecnych w danym polu społecznym. Faktyczna legitymizacja traktuje prawo jako środek do osiągnięcia określonych celów i wytwarzania pożądanych lub niepożądanych efektów. Tu napotykamy drugie sporne pole, bowiem nie jest jasne, co dla kogo, dla jakiej grupy, jest efektem pożądanym, a co niepożądanym. Spory osób i grup o legitymizacyjną moc określonych faktów, np. wzrostu gospodarki i dobrobytu społecznego, to także spory o ich statusy prawne i społeczne.

Częste formy faktycznych podstaw legitymizacji prawa można zrekonstruować następująco – system prawa jest godny aprobaty, ponieważ:

- zapewnia stabilizację stosunków społecznych, zwiększa przewidywalność zachowania ludzi i sprzyja tworzeniu zaufania wzajemnego;
- pobudza lub przyspiesza wzrost gospodarczy;
- ułatwia podnoszenie dobrobytu społecznego i jakości życia;
- sprzyja rozwijaniu bezpiecznej współpracy między ludźmi i chroni przed bezprawną przemocą ze strony innych ludzi oraz aparatu państwa;
- umożliwia regulowanie podziału dóbr tak, aby zapewnić redukcję nierówności wytwarzanych przez rynkową konkurencję;
- jego treść jest zgodna z interesami większości obywateli lub przynajmniej z interesami panującej mniejszości.

Powyższa lista oczywiście nie wyczerpuje wszystkich historycznie znanych argumentów legitymizacyjnych odwołujących się do faktów postrzeganych jako efekt działania prawa³⁴. Jest raczej przypomnieniem najczęściej powoływanych faktycznych podstaw legitymizacji prawa w państwach współczesnych.

Proceduralne podstawy legitymizacji prawa niekiedy opierają się na faktach, a niekiedy na ideach generowanych przez teorię i filozofię prawa. Procedury, o których tu mowa, to rzeczywiste formy tworzenia ośrodków władzy prawotwórczej i samego prawa w określonym państwie. Zdaniem Niklasa Luhmanna państwo ma zdolność samo-legitymizacji dzięki temu, że procedury prawne i pozaprawne tworzą stabilność i poczucie sensu (Luhmann 1988–1989, nr 41–42).

³⁴ Analizę tych argumentacji legitymizacyjnych w oparciu o polskie doświadczenia zawierają liczne moje artykuły, m.in.: Lamentowicz 1983, nr 13–14; 1988; 1991. Zob. też interesującą monografię dotyczącą tej tematyki Wojciecha Sokoła (Sokół 1997).

Prawo jest godne aprobaty, gdy tworzy je władza uznawana za legitymizowaną, np. odziedziczona zgodnie z zasadami dynastycznymi w monarchiach lub wybrana w wolnych wyborach w republikach. Źródło legitymizacji prawa jest wtedy wtórne wobec źródła legitymizacji władzy publicznej. Jest to rodzaj legitymizacji *ex situ*.

Drugi argument proceduralny domaga się, aby procedura tworzenia prawa była właściwa (np. określona w konstytucji), a ponadto akceptowana przez większość adresatów tego prawa. Jeżeli te warunki są spełnione, to prawo zasługuje na aprobatę.

Te dwa argumenty proceduralne są odwołaniem się do faktów społecznych i mogą być dość łatwo sprawdzone empirycznie. Trudniej sprawdzić idee rozwijane przez uczonych na temat jakości dyskursu, który ma być procedurą ustanawiania prawowitych norm prawnych. Zanim rozwinęła się komunikacyjna filozofia prawa Habermasa i Alexy'ego, Lon Fuller zbudował konstrukcję ośmiu zasad proceduralnych, które nazwał wewnętrzną moralnością prawa. Tylko prawo zgodne z tymi postulatami byłoby prawowite.

W koncepcji komunikacyjnej prawo uznaje się za legitymizowane, jeśli jest tworzone poprzez dyskurs społeczny maksymalnie zbliżony do wzorca idealnej sytuacji rozmowy zbudowanego przez Habermasa i nieco przeformułowanego przez Alexy'ego. W inny sposób na procedury powoływał się Niklas Luhmann w swej koncepcji autonomii prawa i jego autopojetyczności. Nie idealna sytuacja rozmowy, lecz samo odnoszenie się do siebie (*Selbstreferenz*), jako właściwość prawa, sprawia, że może ono być legitymizowane.

Pojęcie porządku prawnego jest znacznie szersze niż system prawa i zapewne często opinie wyrażane o prawie mogą być *de facto* opiniami o całym porządku prawnym, bowiem niepodobieństwem jest przypuszczać, że opinia publiczna jest w stanie precyzyjnie odróżnić te sfery życia. Oczywiście, jeżeli badamy opinie o konkretnych normach prawa czy o wyraźnie określonych instytucjach prawnych, to możemy uzyskać odpowiedź specyficzną i odpowiednio precyzyjną. Dlatego socjologia prawa ostrożnie uogólnia swe wyniki. Z badań ocen szczegółowych aspektów prawa trudno wyciągnąć bezsporne wnioski o stopniu legitymizacji całego prawa, a tym bardziej całego porządku prawnego. Być może właśnie dlatego teoria i filozofia proponują więcej myśli nietrywialnych na tematy legitymizacyjne niż empiryczna socjologia prawa. Gdy fakty nie kopią nas w głowę – jak mawiał wybitny szwedzki noblista Gunnar Myrdal – myśl śmieiej unosi ku niezwykłości. Chociaż prawda na tematy legitymizacyjne jest na ogół banalna.

Dla dyskusji o problemach legitymizacji prawa ważne są wyniki badań nad zaufaniem do instytucji tworzących prawo, czyli do parlamentów i partii politycznych w nich reprezentowanych. Badanie zaufania do takich instytucji politycznych, jak parlamenty i partie polityczne, pokazało kilka niepokojących tendencji w świadomości obywateli liberalnych demokracji. Po pierwsze, od wielu

lat zaufanie to systematycznie zmniejsza się i dotyczy to wszystkich członków Unii Europejskiej. Po drugie, socjologiczne i politologiczne próby ustalenia przyczyn tego procesu prowadzą do hipotez bardzo rozmaitych. Twierdzi się np., że zaufanie do parlamentów jest niskie, bowiem media są wobec nich bardzo krytyczne i pokazują nieustannie toczące się w nich spory, błędy polityczne, skandale obyczajowe i finansowe oraz inne patologie zachowania indywidualnego. Inną przyczyną utraty zaufania przez wybieralne organy prawodawcze to zaostrzenie napięć i kontrowersji między partiami w parlamentach, co zniechęca obywateli, którzy nie lubią kłótni i wołają rzeczową współpracę w sprawach publicznych. Niektórzy badacze zaufania do osób wskazują, że za godnych zaufania uważa się ludzi, którzy mogliby i chcieliby odwzajemnić okazane im zaufanie (Tanis, Postmes 2005, nr 35: 413–424)³⁵. Hipoteza ta jest dobrze uzasadniona i chociaż nie dotyczy wprost parlamentów, to pośrednio może wyjaśniać niskie zaufanie do polityków w ogóle, zwłaszcza tych, którzy są obecni w parlamentach i rządach. Po prostu obywatele-wyborcy nie wierzą, że ich zaufanie do takich osób byłoby odwzajemnione i dlatego nie ufają politykom. Zapewne rozczarowanie i poczucie, że interesy obywateli nie są rzetelnie reprezentowane, ma znaczący wpływ na nieufność wobec polityków (Torpe 2003, vol. 2006, 27–48; Boix, Posner 1998, vol. 28, 686–693).

Zaufanie polityczne jest często mierzone przez badanie postaw wobec parlamentu (Knack, Zak 2002, vol. 10, 91–107), będącego najważniejszym twórcą aktów normatywnych zawierających przepisy prawa, z których w procesie emergencji wyłoni się później cały system prawa. Gorzki paradoks polega na tym, że parlamenty/rządy w większości państw mają najniższe zaufanie społeczeństwa wśród ponad dwudziestu instytucji publicznych. Wielokrotnie wyższym zaufaniem obdarzane są siły zbrojne, policja, instytucje naukowe, organizacje pozarządowe. Nawet takie organizacje, jak firmy narodowe, organizacje religijne, ONZ, media, firmy globalne, cieszą się wyższym zaufaniem niż parlamenty (raporty z badań Globescan 2013, badane były 23 kraje).

Amerykańskie badania zaufania do instytucji publicznych przeprowadzone przez Instytut Gallupa w 2013 roku pokazały, że najwyższym zaufaniem obdarzane są kolejno: siły zbrojne (75%), mały biznes (63%), policja (56%) i organizacje religijne, a najniższym – Kongres, któremu ufało tylko 13% badanych. Od kilku lat znajduje się on na końcu listy szesnastu badanych instytucji, a w 2010 roku ufało mu tylko 11% badanych, co było najniższym poziomem zaufania do jakiegokolwiek instytucji badanej przez Gallupa od początku prowadzenia takich badań kilkadziesiąt lat temu. Na pytanie, jaka instytucja lub grupa ma zbyt dużo władzy w Stanach, badani wskazali prawników, lobbystów, wielki biznes i instytucje rządu federalnego.

³⁵ Dostępny w Internecie na witrynie wydawnictwa Wiley Inter Science: www.interscience.wiley.com

Tabela 5. Zaufanie do instytucji w Stanach Zjednoczonych w latach 2012 i 2015^a

Instytucja	Ufam dużo lub sporo [lata 2012/2015] ^b [w %]	Średnia liczba ufających dużo lub sporo dla lat 1993–2015 [w %]	Zmiana w 2015 roku wobec średniej historycznej
Siły zbrojne	75/72	68	+4
Mały biznes	63/67	63	+4
Policja	56/52	57	-5
Kościół (organizacja religijna)	44/42	55	-13
System medyczny	41/37	38	+1
Urząd Prezydenta	37/33	43	-10
Sąd Najwyższy USA	37/32	38	-6
Szkoły publiczne	29/31	40	-9
System sprawiedliwości karnej	29/23	24	-1
Gazety	25/24	30	-6
Wiadomości w TV	21/21	32	-9
Związki zawodowe	21/24	26	-2
Banki	21/28	40	-12
Wielki biznes	21/21	24	-3
Kongres	13/8	24	-16

^a Polecenie brzmiało: „Teraz przeczytam Ci listę instytucji w społeczeństwie amerykańskim. Powiedz mi proszę, ile zaufania masz do każdej z nich – dużo, sporo, trochę czy bardzo mało lub wcale nie ufasz im.

^b Gallup, dobrowolne odpowiedzi 7–10 czerwca 2012 i 2–7 czerwca 2015 roku. Liczba przed znakiem / wskazuje wynik dla 2012 roku, po znaku / wynik dla roku 2015.

Źródło: Witryna Instytutu Gallupa. Publikacja od 15 czerwca 2015 roku na stronie: <http://www.gallup.com/poll/183593/confidence-institutions-below-historical-norms.aspx>

Kilka faktów jest szczególnie doniosłych. Większość badanych instytucji, poza siłami zbrojnymi i małym biznesem, traci zaufanie. Największa utrata zaufania dotyczy Kongresu (-16%), organizacji religijnych (-13), banków (-12), Prezydenta (-10%), co oznacza radykalny kryzys legitymizacji dwóch głównych twórców przepisów prawa oraz organizacji religijnych, które gwałtownie tracą autorytet moralny, jak i banków jako kluczowej instytucji gospodarczej w obecnej fazie rozwoju kapitalizmu finansowego. Kongres cieszył się nader umiarkowanym zaufaniem (średnia 24%), ale od wielu lat ma absolutnie najniższe zaufanie (13% w 2012 roku i jedynie 8% w 2015 roku). Można by nieco żartobliwie powiedzieć – jeżeli chcesz stracić zaufanie w Stanach Zjednoczonych, to zostań członkiem Kongresu, kapłanem lub bankowcem. Brak zaufania do wielkiego biznesu i wysokie zaufanie do małego biznesu jest świadectwem kryzysu legitymizacji takiej formy gospodarki kapitalistycznej, która występuje obecnie w Stanach Zjednoczonych.

Według Edelman Trust Barometer (2015) zaufanie do instytucji w większości państw świata spadło do poziomu z lat wielkiego kryzysu 1929–1931. W 66% badanych krajów, w tym w Stanach Zjednoczonych, Wielkiej Brytanii, Niemczech i Japonii, mniej niż połowa osób ma zaufanie do rządu, biznesu, mediów i organizacji pozarządowych. Szefowie korporacji i wysocy urzędnicy rządowi uważani są za najmniej wiarygodne źródło informacji i niżej oceniani niż media drukowane, telewizja i Internet. Tylko 24% badanych osób wierzy, że postęp techniki jest dokonywany z intencją poprawy życia ludzi³⁶.

Kryzys zaufania do instytucji to dowód głębokiego kryzysu legitymizacji, bowiem trudno wyobrazić sobie uznawanie instytucji publicznej za godną aprobaty bez zaufania do niej. Zwiastunami zwrotu od demokracji do autorytaryzmu są kryzys wiary i zaufania, zwłaszcza do instytucji tworzących prawo jak parlamenty i rządy, oraz najwyższe zaufanie do formacji ludzi z bronią, jak wojsko i policja, które oczywiście nie pochodzą z wyborów.

Przyczyny kryzysu legitymizacji ośrodków prawodawczych są dwojakiego rodzaju. Te najbardziej powszechne to nieegalitarne skutki gospodarki kapitalistycznej i jej globalizowania się, rosnące tempo zmian utrudniające ludziom i instytucjom adaptację do nowych wyzwań, niepewność egzystencji w społeczeństwie ryzyka, płynna i nieokreślona rzeczywistość post-nowoczesności, ograniczenie racjonalności elit władzy i pieniądza oraz liczne sytuacje, w których strategie rozwoju proponowane przez te elity są nieskuteczne, a strategiczne myślenie przywódców jest na niskim poziomie. Są także przyczyny specyficzne, obecne tylko w niektórych państwach, jak np. skandale i nadużycia w działaniach polityków, ich jawny brak profesjonalizmu i umiejętności mądrego rządzenia poprzez prawo czy brak wrażliwości na potrzeby wielkich grup społecznych. W rezultacie autorytet przepisów prawnych tworzonych przez ludzi, którym się nie ufa, musi być niepokojąco niski. Nie tylko system prawa, lecz także cały porządek prawny w takich społeczeństwach jest zagrożony i prawdopodobnie już jest patologiczny.

4.6. Zawodowi prawnicy – współtwórcy statusów prawnych

Profesjonalni prawnicy uczestniczą w szczególny sposób w nadawaniu sensu instytucjom prawnym i kształtowaniu stosunków prawnych. Specyfika tego uczestnictwa ludzi wykonujących zawód prawnika oparta jest na charakterze wiedzy niezbędnej do wykonywania tej pracy oraz wysokim poziomie osobistej rzetelności i uczciwości, oczekiwanym od prawników przez większość obywateli współczesnych państw. Rola profesjonalistów zwiększa się, bowiem we współ-

³⁶ Jednym z najbardziej wnikliwych badaczy i interpretatorów zmian poziomu zaufania jest Eric M. Uslaner (Uslaner 2002; 2004; 2004a).

czesnych rozwiniętych społeczeństwach przyspieszeniu ulega osobliwa wędrówka sensów wszelkich symboli, w tym także znaczenia norm i instytucji prawnych. Sensy wypowiedzi normatywnych przemieszczają się, krążą, skaczą w przepaść absurdu lub niekiedy idą w określonym kierunku w przewidywalnym tempie, dzięki czemu są łatwiejsze do zrozumienia dla nieprofesjonalistów. Narastające tempo zmian w przepisach prawa sprawia, że bez pomocy profesjonalnych prawników, zdolnych do szybkiego uczenia się nowych reguł, inne podmioty prawa miałyby bardzo niepewne statusy z powodu niezdolności zrozumienia skutków nowych regulacji. Wysokie statusy zawodów prawniczych oparte na kompetencji profesjonalnej i etyce wpływają na statusy innych podmiotów prawa, ponieważ prawnicy nie tylko chronią statusy prawne, ale również dookreślają ich treść, zapewniają równowagę się statusów w ich interakcjach oraz tworzą przesłanki ich zmiany i rozwoju.

W dawnych kulturach politycznych, jeszcze przed pierwszymi próbami demokratyzacji rządu podjętymi w epoce mieszczańskiej rewolucji, kompetencje zawodowe prawników były ważne dla władców do tego stopnia, że pierwsze średniowieczne uniwersytety miały na początek trzy fakultety – teologii, filozofii i prawa. Kapłani i teolodzy byli potrzebni kościołowi, a wykształceni prawnicy władcom świeckim. Elity władzy rozumiały, że jurydyzacja rządu jest możliwa i potrzebna, a do tego celu niezbędni byli profesjonalisci. Jurydyzacja bez demokratyzacji trwała wiele stuleci i nawet dziś w społeczeństwach na niższych poziomach rozwoju rządu prawa traktowane są jako bardziej elementarne przesłanki postępu cywilizacyjnego niż demokracja polityczna.

Kształcenie i selekcjonowanie ludzi wykonujących zawody prawnicze zawsze wiązało się ze szczególnymi wymaganiami moralnymi, a reguły dostępu do wysokich statusów w zawodach prawniczych były skrupulatnie kontrolowane przez elity władzy i własności dominujące w ramach instytucjonalnych ładu społecznego. Za najbardziej istotną uważano lojalność kandydatów do zawodu sędziego i prokuratora wobec zasad ustroju państwa i określonego kształtu ram instytucjonalnych. Mimo istnienia takich mechanizmów kontroli, wielu ideologów i przywódców rewolucji politycznych było z wykształcenia właśnie prawnikami, jak Karol Marks, Włodzimierz Lenin czy Fidel Castro. Nie zmienia to oczywiście powszechnie znanego faktu, że ogromna większość prawników to osoby o konserwatywnych orientacjach wobec ram instytucjonalnych ładu społecznego.

Poza lojalnością wobec zasad ustroju państwa wymagano na ogół, aby profesjonalny strażnik norm i regulator statusów prawnych był człowiekiem porządnym lub przyzwoitym. Standardy owej przyzwoitości charakteru były zmienne historycznie i nie ma tu powszechnie akceptowanej ogólnoludzkiej miary. Dla dalszej refleksji o wpływie profesji prawniczych na statusy prawne ważne jest zarysowanie modelu człowieka porządnego, który jest obecny w kulturach społeczeństw Zachodu.

Charakterystyka człowieka przyzwoitego w tym kręgu kulturowym obejmuje kilka kluczowych kwalifikacji moralnych. Człowiek porządny to taki, który postępuje dobrze bez względu na to, czy jego działania są jawne lub mogą zostać ujawnione. Jest przekonany, że pewne działania są dobre lub złe bez względu na to, czy zostaną pochwalone lub zganione przez innych ludzi. Nie uzależnia moralnej oceny czynu wyłącznie od ujawnianej opinii społeczeństwa. Pozostaje sobą nawet wówczas, gdy działa anonimowo. Ma zatem wysoki poziom samo-kontroli etycznej. Drugą właściwością człowieka porządnego jest szacunek dla moralnej jakości celów i środków swych działań. Osiąga on sukces za pomocą moralnie godziwych środków. Nie dąży do celu za wszelką cenę. Osiąga sukces dzięki własnemu talentowi, wysiłkowi i ciężkiej pracy. Nie próbuje realizować swoich celów „na skróty”, skutecznymi, ale nieprzyzwoitymi środkami lub kosztem krzywd innych ludzi. Ponadto człowiek porządny rozumie, że jest odpowiedzialny prawnie i moralnie za wszystkie własne czyny i zaniechania zawinione i niezgodne z obowiązującymi normami.

W bardziej wymagającej wersji od człowieka porządnego można żądać, aby posiadał stałe zasady moralne i konsekwentnie ich przestrzegał. Rzadko zdarza się, aby od człowieka porządnego oczekiwano, by doskonił się etycznie i sam dla siebie ustanawiał wysokie standardy zachowania lub korzystał z zewnętrznych inspiracji kulturowych. Te wymagania są zbyt trudne, aby można uczynić je dyrektywą przeznaczoną dla bardzo szerokiego kręgu adresatów.

Prawo wymaga od kandydatów na adwokatów w Polsce „nieskazitelnego charakteru” i osobowości dającej „rękojmię właściwego wykonywania zawodu”. Wymagania intelektualne i moralne występują także w licznych kodeksach etyki zawodowej tworzonych przez stowarzyszenia zawodowe prawników, aby precyzyjniej określać wymagania dla każdej grupy zawodowej.

Polski ustawodawca w art. 65 ustawy o adwokaturze wskazuje, że na listę adwokatów może być wpisany jedynie ten, kto: 1) jest nieskazitelnego charakteru i swym dotychczasowym zachowaniem daje rękojmię prawidłowego wykonywania zawodu adwokata, 2) korzysta w pełni z praw publicznych oraz ma pełną zdolność do czynności prawnych, 3) ukończył wyższe studia prawnicze w Rzeczypospolitej Polskiej i uzyskał tytuł magistra lub zagraniczne studia prawnicze uznane w Rzeczypospolitej Polskiej, 4) odbył w Rzeczypospolitej Polskiej aplikację adwokacką i złożył egzamin adwokacki. Do osób tych, zgodnie z treścią art. 66 ust. 1 i 2 ustawa dolicza również te, które nie mają obowiązku odbycia aplikacji adwokackiej i złożenia egzaminu adwokackiego (np. profesorowie i doktorzy habilitowani nauk prawnych) oraz te, które mogą przystąpić do egzaminu adwokackiego bez odbycia aplikacji (np. doktorzy nauk prawnych z odpowiednio długą praktyką prawniczą).

Warto podkreślić, że w przypadku sędziów wymagania etyczno-obyczajowe są jeszcze wyższe niż wobec przedstawicieli innych zawodów prawniczych. Dotyczą bowiem nie tylko samych sędziów, lecz także ich małżonków, od których

oczekuje się nieskazitelnego stylu życia i czystej biografii. Od każdego kandydata do zawodu prawniczego oczekuje się natomiast szczególnej moralnej rękopis dotyczącej charakteru i innych cech osobowości uważanych za niezbędne dla dobrego wykonywania zawodu zaufania publicznego (Izdebski, Skuczyński 2006) .

Standardy edukacyjne dla młodzieży aspirującej do zawodów prawniczych zawsze były wysokie i edukacja prawnicza trwa na ogół znacznie dłużej niż inne typy edukacji na poziomie wyższym, z wyjątkiem nauk medycznych. Poza pięcioletnimi studiami uniwersyteckimi wymagana jest aplikacja trwająca 2–3 lata, która obejmuje swymi programami zarówno doskonalenie warsztatu umiejętności praktycznych, jak i liczne egzaminy z wiedzy zawodowej.

Egzamin końcowy po aplikacji i badanie nieskazitelnosci charakteru kandydata nie kończy procesu budowy profesjonalnego prawnika. Po tych trudnych egzaminach prawnik może wykonywać zawód, ale w większości państw korporacje prawnicze nakładają na swych członków obowiązek uczestnictwa w kursach doskonalących wiedzę (*continuing legal education* oraz *applied law programs*), które informują nie tylko o nowej wiedzy prawnodogmatycznej, lecz także o innowacjach w teorii prawa.

Nieprzypadkowe jest podobieństwo edukacji prawników i lekarzy, bowiem oba zawody są powołane do ochrony egzystencjalnie ważnych interesów ludzi. Dyskusyjne może być, czy życie i zdrowie, którymi zajmują się lekarze, są tak samo cenne jak bezpieczeństwo prawne i sprawiedliwość, powierzane głównie prawnikom. Jednak założenie o równorzędności tych dóbr publicznych jest zapewne przesłanką podobnie podwyższonych wymagań edukacyjnych i etycznych właśnie wobec prawników i lekarzy.

Edukacja prawnicza oraz zasady dopuszczenia do zawodu adwokata w Wielkiej Brytanii, Stanach Zjednoczonych i Niemczech będą tu materiałem do porównań znaczących, dzięki którym można lepiej zrozumieć powody włączenia tego pola aktywności do porządku prawnego w ogólności, a do analizy statusów prawnych w szczególności³⁷.

W Stanach Zjednoczonych wymagany jest stopień *Doctor of Jurisprudence* lub *Juris Doctor* (JD), który można zdobyć po ukończeniu czteroletnich studiów licencjackich w dowolnej dziedzinie (większość wybiera nauki społeczne lub humanistyczne, bo licencjackie studia prawnicze oferuje niewiele uczelni), a potem trzyletnich studiów prawniczych w szkole prawa akredytowanej przez American Bar Association zakończonych promocją na stopień JD³⁸. Egzamin adwokacki

³⁷ W wielu państwach wymagane jest wykształcenie wyższe, ale nie na poziomie magisterskim i zdanie egzaminu wystarczy, aby być dopuszczonym do zawodu. W Izraelu w trzy i pół roku zdobywa się stopień LL.B, a po rocznej aplikacji i zdaniem egzaminie adwokackim można wykonywać zawód.

³⁸ W innych państwach Common Law, głównie należących do Brytyjskiej Wspólnoty Narodów, wymagany jest najpierw stopień LL.B, czyli licencjat z nauk prawnych, a po nim zaawansowane studia prawnicze.

trwa kilka dni i ma formę pisemną. Ponadto na uczelniach amerykańskich nadawane są stopnie o naukowym czy akademickim charakterze, w odróżnieniu od JD, który jest stopniem zawodowym. Te inne stopnie to *Master of Laws* (LL.M), *Doctor of Juridical Science* (J.S.D) i *Doctor of Comparative Law* (D.C.L). Tytuł *Legum Doctor* (LL.D) jest nadawany wyłącznie jako doktorat honorowy.

Kilka stanów, w tym stan Kalifornia, nie wymaga stopnia ogólnego lub z nauk prawnych. Wystarczy ukończyć dwa lata college'u i potem uczyć się prawa przez co najmniej 864 godziny przez cztery lata w kancelarii adwokackiej lub przy urzędzie sędziego prawa i zdać egzamin końcowy w korporacji adwokackiej. Niewielu młodych ludzi wybiera taką drogę do zawodu. Niezależnie od dróg zdobywania wiedzy, wymagane są oczywiście wysokie kwalifikacje moralne (Szarkowicz 2004).

W Anglii i Walii prawo może być studiowane przez trzy lata na poziomie licencjackim i potwierdzone dyplomem (*Bachelor in Law* LL.B) lub magisterskim (*Graduate Diploma in Law*), co trwa cztery lata. Najtrudniejszym do zdobycia i najdroższym stopniem jest *Bar Professional Training Course* wymagany od przyszłych adwokatów (barristers), po którym następuje rok zawodowego treningu praktycznego (*Legal Practice Course*) oraz dwuletnia aplikacja (*Professional Skills Course*) w ramach kontraktu edukacyjnego (*training contract*) w kancelarii adwokata lub radcy prawnego (*solicitor*). W Szkocji wymagane są czteroletnie studia prawnicze zakończone stopniem LL.B (*Bachelor in Laws*), dyplom rocznej praktyki prawniczej (*Diploma of Legal Practice*) oraz dwuletnia aplikacja zakończona egzaminem końcowym (*Professional Competence Course*), trwającym siedem dni.

Takie są drogi zawodowego przygotowania, ponadto w Wielkiej Brytanii, podobnie jak w Stanach Zjednoczonych, można zdobywać naukowe stopnie *Bachelor of Science in Legal Studies* (B.S.), *Master of Studies* (M.S.) czy *Master of Professional Studies* (M.P.S.). Takie stopnie nie są jednak obligatoryjne, aby zostać adwokatem lub radcą prawnym.

W Niemczech droga do statusu zawodowego adwokata (*Rechtsanwalt*) jest jeszcze bardziej skomplikowana i dłuższa. Egzamin dla kandydatów organizują nie korporacje prawnicze, lecz państwo i są to dwa bardzo trudne egzaminy. Bez nich nie można uzyskać nawet tytułu magistra prawa (*Magister Juris* lub *Dipl.-jur.*) Po studiach trwających cztery i pół roku należy zdać *Erstes Staatsexamen* lub *Erste juristische Prüfung*. Tylko niektóre uniwersytety, o szczególnie wysokim prestiżu (np. Wydział Prawa Uniwersytetu w Heidelbergu), mają prawo nie nadawać takiego stopnia nawet po zdany pierwszym egzaminie państwowym i ustalać własne, trudniejsze wymagania. Po pierwszym egzaminie następuje dwuletnia aplikacja w kancelarii prawnej, sądzie lub administracji, która powinna być uwieczniona *Zweites Staatsexamen* lub *Assessorprüfung*. Po tym drugim egzaminie można zostać adwokatem, sędzią lub prokuratorem po stosownym akcie akceptacji przez właściwe władze publiczne lub korporacyjne. Zagraniczne

stopnie w naukach prawnych nie są traktowane jako ekwiwalentne ze stopniami niemieckimi. Jednak stowarzyszenie adwokatów może przyjąć kandydata z zagranicznym dyplomem po wielu latach praktyki prawniczej i zdaniu niełatwego egzaminu³⁹.

W Niemczech, podobnie jak w innych państwach świata, liczba adwokatów szybko rośnie; w roku 2012 było ich 158 426, a w 2015 już 163 513. Proporcja liczby adwokatów do liczby obywateli jest bardzo zróżnicowana nawet w państwach o wysokim poziomie cywilizacyjnym: według danych z 2006 roku w Stanach Zjednoczonych na jednego adwokata przypadało tylko 270 mieszkańców, we Włoszech – 454, w Anglii – 490, w Niemczech – 525, w Szwajcarii – 1032, w Austrii – 1751.

Według oficjalnych danych z zachodnich landów RFN w roku 2010 adwokat w małej kancelarii (*Einzelkanzlei*) zarabiał 71 000 Euro brutto, czyli średnio 26 Euro na godzinę (mediana wynosiła 18 Euro na godzinę) lub 5915 miesięcznie. W większych, wieloosobowych kancelariach (*Sozietät*) dochody były wyższe i wynosiły rocznie 109 000 Euro, 46 Euro na godzinę i miesięcznie około 9083 Euro⁴⁰. Od tych kwot należy płacić podatek dochodowy, składki emerytalne i ubezpieczenia zdrowotne oraz obowiązkowe ubezpieczenia zawodowe od następstw popełnionych błędów, których łączna wysokość jest nie mniejsza niż 30–40 procent.

Niezależnie od formalnych wymagań istnieją kulturowe zasady wzajemnego uznawania się przez zawodowych prawników. Obecnie do elity prawniczej w Stanach Zjednoczonych należy wielu prawników o żydowskim rodowodzie. Ich pozycja w latach 1940–1960 nie była taka dobra, bowiem elita zawodu opanowana przez WASP (*White Anglo-Saxon Protestant*, co po angielsku znaczy „osa” i ma oczywisty ironiczny sens) nie wpuszczała do swych kancelarii młodych prawników żydowskiego pochodzenia. Jak trafnie zauważył Malcolm Gladwell, ta bariera rasowa z czasem została przez Żydów amerykańskich przekształcona w atut, bowiem zaczęli oni zakładać własne kancelarie i świadczyć takie usługi, których nie było w ofercie dużych firm prawniczych kontrolowanych przez WASP (Gladwell 2010, 120–126). W tradycyjnych sferach usług prawnych, takich jak podatki, emisja akcji i obligacji, nie mogliby skutecznie konkurować z siwowłosymi patrycjuszami w typie nordyckim, ale znaleźli sferę niedocenioną przez WASP – obsługę wrogich przejęć lub obronę przed wrogimi przejęciami spółek, postępowania sądowe i doradztwo wykraczające poza układy polubowne między firmami. Tu tkwi sekret ich sukcesu oraz w fakcie, że byli młodszy, wchodząc do zawodu dopiero po kryzysie 1929–1932, w latach wysokiej koniunktury gospodarczej. Przypadek ten dowodzi praktycznej roli uznania statusu prawnego w samym środowisku prawniczym. Pokazuje także możliwość przełamania tradycji

³⁹ Zgodnie z dyrektywą nr 89/48/EEC wykształcenie prawnicze w każdym państwie Unii Europejskiej powinno być uznawane w pozostałych państwach tej wspólnoty.

⁴⁰ *Kammernachrichten der Schleswig-Holsteinischen Rechtsanwaltskammer*, II/2013, s. 8–11.

dziedziczenia statusu prawnika, tak silnej w tym środowisku nie tylko w Stanach Zjednoczonych (Kennedy 2004; Stefancic, Delgado 2005).

Z mojego doświadczenia mogę przytoczyć tu inną ilustrację tego samego zjawiska. W 1970 roku, gdy byłem początkującym asystentem na Wydziale Prawa Uniwersytetu Warszawskiego, przyjechał do Polski z własnym programem badawczym wybitny historyk i znawca prawa rosyjskiego i sowieckiego Harold Berman, któremu towarzyszyłem w podróżach po polskich uczelniach i jego rozmowach z polskimi profesorami prawa na rozmaite tematy. Oni nie wiedzieli, co jest rzeczywistym celem poznawczym profesora Bermana. Pragnął on mianowicie ustalić, w jakim stopniu język i sposób myślenia jego rozmówców jest skażony sowieckimi wzorami, a w jakim stopniu należy do zachodniej kultury prawnej. Stwierdził z zadowoleniem, że sowietyzacja świadomości profesury polskiej jest powierzchowna. Najważniejszą prawdą, którą mi przekazał, była odpowiedź na moje banalne pytanie: „Co uważa za swój największy sukces w życiu?”. Spodziewałem się usłyszeć, że jest dumny z faktu, że jest *Tenured Professor* na Uniwersytecie Harvarda, gdzie promował wielu wybitnych doktorów i napisał wiele mądrych dzieł. Zaskoczył mnie, gdy powiedział, że jego najważniejszy sukces jest zupełnie inny. Zdradził mi, że on jest żydowskim chłopakiem (*Jewish guy*), a jego żona jest WASP i wytłumaczył, jakie to było niezwykle w czasie, gdy ją poślubił. Wtedy zrozumiałem, że droga awansu przez wykształcenie i wybitne osiągnięcia intelektualne w Stanach nie była tak otwarta, jak mi się wydawało i uznanie społeczne ze strony elity WASP było niekiedy ważniejsze niż same osiągnięcia osób aspirujących do dobrego statusu.

Te przykłady dotyczą uczonych i nauczycieli prawa, tych jurystów, którzy tworzą doktrynę prawa i fundamentalne treści porządku prawnego. To właśnie oni promują do zawodów prawniczych zdolnych i pracowitych młodych kandydatów oraz eliminują tych, którzy nie potrafią sprostać wymaganiom intelektualnym i moralnym koniecznym do właściwego wykonywania zawodów publicznego zaufania związanych z praktyczną egzekucją prawa. Rola selekcyjnerów kandydatów do zawodów prawniczych jest szczególnie istotna dla jakości całego porządku prawnego i kształtowanych w jego ramach postaw i stosunków prawnych. Być może ten kulturotwórczy aspekt pracy uczonych i nauczycieli prawa jest ważniejszy niż tworzenie doktryny prawa i analityczne komentowanie jego norm. Jeżeli rygory selekcyjne są zbyt słabe i nie mobilizują młodzieży prawniczej do maksymalnego wysiłku, poziom osób dopuszczanych do zawodów prawniczych będzie obniżać się, co musi mieć negatywne skutki dla porządku prawnego i pośrednio dla działania systemu prawa.

W jaki sposób profesjonalni prawnicy ze statusem prawnym sędziego, prokuratora, adwokata czy radcy prawnego mogą współtworzyć statusy prawne innych podmiotów? Ich podstawowym zajęciem jest oczywiście interpretacja prawa, a wielu z nich ma ponadto status pozwalający na podejmowanie decyzji stosowania prawa. Przez interpretację i decyzje stosowania prawa określają styl

egzekucji prawa, treść stosunków prawnych i ich dynamikę. Udział profesjonalistów w dyskursie prawno-dogmatycznym i legitymizacyjnym jako ekspertów i funkcjonariuszy publicznych jest szczególnie ważny, bowiem szybciej i głębiej są w stanie zrozumieć sensy zawarte w tekstach prawnych oraz ich związek z interesami i wartościami adresatów prawa. Te przewagi w zakresie wiedzy tworzą także efekty perswazyjne; profesjonalisci są na ogół sprawniejsi niż inni ludzie w przekonywaniu audytoriów do uznawanych przez siebie argumentacji legitymizacyjnych, walidacyjnych czy interpretacyjnych. Dzięki temu nawet czysto subiektywne przekonania zawodowych prawników łatwiej przenikają do sfery dyskursu prawno-dogmatycznego i tym samym stają się intersubiektywne.

Sędziowie mediują między rozbieżnymi interesami i rozstrzygają spory prawne. Decydują, które ze znaczeń normy stanie się podstawą orzeczenia. Decydują, czy nowe sensy będą nadawane starym normom wraz ze zmianą w życiu społecznym. Oni także mają dominujący wpływ na to, jaki model interpretacji prawa – sylogistyczny, hermeneutyczny czy argumentacyjny – zdobędzie przewagę w konkretnym porządku prawnym. To ich wątpliwości semantyczne będą rozstrzygać o tym, czy dokonają wykładni tylko klaryfikacyjnej czy bardziej ambitnej wykładni derywacyjnej (Skrzydło 1996, nr 11; Skąpska, Czapska, Kozłowska 1989).

Miał rację Ronald Dworkin, gdy przypisywał sędziom moc Herkulesa w nadawaniu integralności i etycznej prawości całemu systemowi prawa. Przypomnę, że słowo *integrity* po angielsku znaczy nie tylko spójność, lecz także uczciwość, prawość i czystość etyczną, a zatem sędziowie według Dworkina mieli właśnie dbać o to, aby można było pojmować *law as integrity*.

W sieci dyskursów prawniczych, w których sędziowie mają szczególnie mocny status, rodzi się nie tylko sens obecnego prawa, ale niekiedy także nowe prawo. Sędziowie korzystają z pozaprawnych norm przy ważeniu zasad prawnych i rozstrzyganiu niejednoznacznych przepisów prawa. To także oni korzystają z klauzul generalnych, aby wzbogacić wykładnię norm prawnych.

Adwokaci i radcowie raczej tylko mediują i interpretują, aby rozplątać sploty faktyczno-normatywne w porządku prawnym i statusach osób. Nic nie rozstrzygają, ale w dyskursie o sensach norm prawnych grają rolę bardzo ważnych aktorów. W procedurach kontradiktoryjnych w procesie sądowym to właśnie oni i prokuratorzy są głównymi dostarczycielami wiedzy o udowodnionych faktach relewantnych dla prawnej kwalifikacji zachowania ludzi. To ich talent i pomysłowość tworzą strategię dochodzenia roszczeń i walki o sprawiedliwe wyroki sądowe i mądre decyzje administracyjne dla swoich klientów. Dzięki temu statusy prawne bardzo wielu osób są bezpośrednio chronione z aktywnym udziałem adwokatów i radców prawnych (Łojko br., 35–58)⁴¹.

⁴¹ Tamże trafna ocena nowej sytuacji dla prawników – „profesjonalizm staje się bardziej celem, do którego stale się dąży, niż trwałym atrybutem statusu zawodowego”. Zob. też Łojko, Dziurnikowska-Stefańska 2011; Łojko 2005.

Prawnicy jako eksperci i jako politycy aktywnie uczestniczą w tworzeniu aktów normatywnych. To głównie oni przygotowują projekty tych aktów w kancelariach prezydentów, premierów, ministrów i w samych parlamentach oraz organach stanowiących prawa samorządu terytorialnego. To także prawnicy konstruują umowy tworzące stosunki prawne i statusy prawne swoich klientów i innych osób. Bez kompetencji profesjonalnej prawników idee i pomysły proponowane przez innych specjalistów trudno byłoby wyrazić w postaci precyzyjnych norm prawnych. Gdyby kiedyś doszło do strajku generalnego prawników, skutki byłyby dewastujące dla państw i obywateli, firm i organizacji międzynarodowych, dla większości dziedzin ludzkiej aktywności.

Tendencje główne na rynku usług prawnych są powodowane większą niż zwykle szybkością stanowienia nowego prawa oraz interferencją prawa unijnego i prawa krajowego, co zmienia status zawodów prawniczych. Ponadto liczba prawników w Polsce i wszędzie na świecie wzrosła, a związana z tym konkurencja nasiliła się⁴². Jej przejawem są z jednej strony większe wysiłki na rzecz interesów klienta, a z drugiej pogłębienie komercjalizacji i obniżanie standardów etycznych w wolnych zawodach prawniczych. Prawnicy niechętnie pracują *pro bono*, dążą do maksymalnie wysokich honorariów i dość beztrzesko traktują dobre obyczaje związane z tradycją zawodu publicznego zaufania⁴³. Często zdarza się, że radcowie i adwokaci manipulują prawem i traktują je instrumentalnie. Coraz częściej potwierdza się błyskotliwa maksyma Jeremy'ego Bentham'a: „Prawnicy są jedynymi osobami, których nie karze się za ignorancję w dziedzinie prawa” (Masłowsky 2001, 280).

Na blisko 3200 adwokatów w Warszawie, około 1000 nie wykonuje zawodu, bo nie ma popytu na ich usługi. Zleceń nie przybywa, za to chętnych do udzielania porad jest coraz więcej. Aplikanci starają się dostać do uznanych kancelarii. A te mają na ogół bardzo dobre dochody – stawki dla klientów nie spadły, za to nie muszą dużo płacić pracownikom, bo podań o pracę przychodzi do nich po kilka czy kilkanaście dziennie. Jak gorzki to stan, pokazuje historia młodego adwokata z Poznania, który zastrzelił się w swojej kancelarii, a powodem tego samobójstwa były problemy finansowe, bowiem nie miał klientów i ścigali go komornicy.

Profesjonalna gra prawników o treść własnych statusów zawodowych i statusów prawnych innych ludzi jest czynnikiem dynamizującym porządek prawny. Właśnie dlatego ograniczanie pola badań do systemu prawa i pomijanie szerszego

⁴² W Australii w 1960 roku w kraju liczącym mniej niż 19 milionów mieszkańców było tylko sześć szkół prawa promujących rocznie nie więcej niż 1500 młodych prawników. W roku 2015 było już ponad pięćdziesiąt szkół prawa promujących co roku ponad 5000 prawników dla populacji liczącej około 21 milionów ludzi. Jakość kandydatów na studia prawnicze i samej edukacji obniżyły się znacznie.

⁴³ Flamandzka część Belgii wymaga, aby w czasie trzyletniej aplikacji kandydat do zawodu adwokata przeprowadził przynajmniej piętnaście spraw *pro bono*.

kontekstu, jakim jest porządek prawny, należy uznać za metodologicznie niewłaściwe. Traci się szansę zbadania, jak prawo żyje, działa i jakie wywołuje efekty praktyczne. Prawo nie jest tylko zbiorem tekstów mniej lub bardziej zrozumiałych, lecz strumieniami decyzji i działań bardzo wielu ludzi, wśród których profesjonalni prawnicy są niezbędni, a ich rola jest kluczowa, zwłaszcza dla jakości porządku prawnego (Borucka-Arctowa, Pałeczki 2003).

4.7. Postawy wobec prawa i rola pamięci w ich reprodukcji

System prawa istnieje w pełni, gdy jego normy zakorzeniają się w postawach adresatów prawa. To jest siódmy poziom intensywności społecznego istnienia prawa. Dlatego warto rozważyć, jak to się dzieje.

Pojęcie postawy w socjologii i psychologii jest używane dla wyjaśniania zachowania ludzi przez odwołanie się do względnie trwałych i przez to przewidywalnych ocen, motywacji, predyspozycji, skłonności i tendencji do określonego typu zachowania w zmiennych sytuacjach. Postawa to „stała skłonność do pozytywnego lub negatywnego ustosunkowywania się do danego obiektu” (Wojciszke 2000, 238).

Na postawę składają się trzy komponenty – wiedza o warunkach działania i sytuacji, ponadto emocje pozytywne i negatywne wobec składników tej sytuacji oraz oparte na tym oceny i – *last but not lest* – trwała skłonność do wybierania określonego typu zachowania lub pasma zachowań. Element intelektualny (wiedza) w pewnym stopniu określa element afektywny, ponieważ nasze oceny są uzależnione od rozległości wiedzy w przedmiocie postawy. Natomiast na podstawie ocen powstaje gotowość i skłonność do pewnego sposobu działania.

Znaczna trwałość tak ukształtowanych motywacji i orientacji pozwala dość łatwo wyjaśniać zachowania przeszłe i przewidywać zachowania przyszłe. Jeżeli osoba Alfa zachowa się niezgodnie ze swą postawą w określonym polu działania, to badacze mają pokusę traktowania tego zachowania jako wyjątku od reguły. Postrzegając takie zachowanie jako dewiację jednorazową lub incydentalną, mogą łatwo popełnić błąd. Wyjaśnianie zachowania przez postawy podmiotów ma tę zaletę, że postawy traktuje niemal jako tzw. twarde zmienne i szybko prowadzi do konkluzji. Jego wadą jest to, iż w świecie szybkich zmian coraz mniej ludzi ma mocne zasady postępowania i trwałe postawy. Oznacza to, że postawy nie są na ogół twardymi zmiennymi, tylko bardzo chwiejną i niepewną konstrukcją myślową i emocjonalną.

Istnieją oczywiście inne metody badania i rozumienia ludzkiego świata. Dwa podejścia kontekstowe są takimi alternatywami wobec wyjaśniania przez analizę postaw. Kontekst szeroki i dość odległy od badanego człowieka czy grupy stanowią wielkie struktury, jak np. struktury władzy, typ ustroju gospodarczego,

dominujące idee i wzorce kultury z oddali i niejako pośrednio wpływające na wybór zachowania przez jednostkę. Częścią tego wielkiego kontekstu są wzorce wychowania, zasady uspołeczniania jednostki w rodzinie i poza nią oraz pedagogika społeczna obecna w mediach masowej informacji. Także takim szerokim kontekstem o znacznej mocy eksplanacyjnej jest to, co starożytni Grecy nazywali *nomos* – system przekonań intelektualnych i aksjologicznych porządkujących doświadczenia ludzi i dających im poczucie oczywistości w określonych sytuacjach oraz wrażenie normalności tego, co się dzieje. *Nomos* to sfera, gdzie – zdaniem myślicieli starożytnych – osiągalna jest prawda absolutna i obiektywna.

Możliwe są także wyjaśnienia kontekstowe skupiające uwagę na bliskim kontekście zachowania. Ten bliski kontekst to intersubiektywne sygnały i impulsy obecne w licznych dyskursach praktycznych. Takim bliskim kontekstem jest albo układ interakcji między podmiotami (interakcjonizm), albo sytuacja i reakcje podmiotu *ad hoc* na zawarte w niej składniki osobowe i bezosobowe (sytuacjonizm). W tych kontekstach bliskich działa jedynie *doxa*, czyli prawda subiektywna, jeśli jeszcze raz można odwołać się do mądrości starożytnej Grecji.

Interakcjonizm w socjologii i sytuacjonizm w wyjaśnianiu zachowania ludzi mają niemałe osiągnięcia poznawcze. Są interesującą alternatywą wobec rozpoznanego przez socjologię prawa podejścia badawczego skupiającego uwagę na postawach, czyli na względnie trwałej skłonności do określonego rodzaju zachowania, podczas gdy wyjaśnienia kontekstowe proponują badanie znacznie bardziej ulotnych konfiguracji zmiennych, jakimi są same interakcje ludzi i sytuacje, w których te interakcje mają miejsce (Hałas, Konecki 2005; Bernstein 1990; Hałas 1987).

Radykalnym krytykiem teorii postaw i ich mocy eksplanacyjnej był Herbert Blumer, który poczynając od słynnego artykułu z 1955 roku *Attitudes and the Social Act* kwestionował wiarę w stałość postaw i wskazywał na moc eksplanacyjną interakcji między ludźmi i zmienne sytuacyjne. Jego zdaniem człowiek analizuje każdą konkretną sytuację, w której jest potrzebne jakieś zachowanie aktywne lub czysto reaktywne. To jest ważniejsze i mocniejsze uwarunkowanie niż głęboko zakorzenione skłonności i predyspozycje własnej osobowości. Sytuacyjny kontekst, a nie postawy podmiotu, jest głównym źródłem wyjaśniania jego zachowania w danej sytuacji (Blumer 2007; Tittenbrun 1983).

Współczesne warunki życia z rosnącym tempem zmian i przelotnością stosunków między ludźmi (a może jedynie kontaktów społecznych, a nie stosunków?) wskazują, że sytuacjonistyczne wyjaśnienia są bardziej odpowiednie i przynoszą lepsze efekty poznawcze niż teoria postaw (Potter, Wetherell 1987). Szkoda, że socjologia prawa w Polsce nie wyciąga koniecznych wniosków metodologicznych z tej nowej wiedzy o człowieku. Szkoda, że cyzeluje się od lat klasyfikacje postaw wobec prawa, a nie bada się metodą kontekstową sytuacji i interakcji ludzi w prawnych polach ich aktywności, nie pytamy, jak te coraz bardziej zmienne sytuacje wpływają na stabilność statusów prawnych człowieka.

Trójstopniowa hipoteza działania prawa zaproponowana przez Adama Podgóreckiego w latach 60. XX wieku uwzględnia konteksty szeroki i wąski; jest kontekstową teorią socjologiczną, która mówi, że wydany przez normodawcę abstrakcyjny przepis prawny oddziałuje na zachowanie społeczne adresatów poprzez trzy zasadnicze zmienne: typ ustroju społeczno-gospodarczego, typ podkultury prawnej zbudowanej z konfiguracji postaw wobec prawa oraz typ osobowości adresata norm. Akt normatywny będzie optymalnie skuteczny, jeżeli działa w akceptowanym ustroju społeczno-gospodarczym, wspierany jest przez przyjazną wobec prawa podkulturę i realizowany przez jednostki nastawione legalistycznie. Natomiast będzie optymalnie nieskuteczny, gdy działa w nieuznanym ustroju, w ramach podkultury antyprawnej i trafia do nielegalistycznie nastawionych adresatów (Podgórecki 1962)⁴⁴.

Wiedza o postawach wobec prawa jest bogata w typologie i próby klasyfikacji. Postawy wobec prawa dzieli się na ogół na zasadnicze i celowościowe. *Postawa zasadnicza* opiera się na ocenie prawa jako wartościowego, dobrego, słusznego lub sprawiedliwego i dlatego godnego aprobaty oraz świadomej realizacji norm postępowania należących do systemu prawa. Oparta jest na zasadach i wolna od uwikłania w grę interesów. Do postaw zasadniczych zalicza się legalizm i krytyczny legalizm. Proponuję dodać do tej kategorii obywatelskie nieposłuszeństwo jako szczególną formę krytycznego legalizmu. Także skrajnie negatywna, świadomie wybrana postawa wobec prawa, którą można nazwać nihilizmem lub cynicznym nihilizmem, może mieć cechy postawy zasadniczej o antyprawnym wektorze, chociaż w większości przypadków jest to postawa celowościowa.

Postawa celowościowa opiera się na ocenie normy jako środka do osiągnięcia jakiegoś celu. Przejawia się w tym, że adresat normy prawnej chce jej przestrzegać nie dlatego, że uważa ją za słuszną czy sprawiedliwą, ale dlatego, że pragnie uniknąć zagrożenia, jakie przewidywane jest za jej naruszenie (sankcji), lub też w przestrzeganiu normy prawnej dostrzega pewnego rodzaju korzyści dla siebie lub własnej grupy. Do postaw celowościowych zalicza się konformizm oraz oportunizm. Do negatywnych postaw celowościowych należy wyrachowany nonkonformizm lub niektóre warianty postawy cynicznej.

Legalizm to postawa akceptacji wzorów postępowania zawartych w normach prawnych ze względu na to, że ich treść uważana jest za właściwą i że zostały ustanowione przez kompetentny organ władzy publicznej z zachowaniem właściwej procedury. Legalizm owocuje uznaniem obowiązywania prawa bez względu na istniejący w nim element przymusu państwowego. Legalista uznaje zasadę *dura lex, sed lex*, mówiącą o konieczności bezwzględnego podporządkowania się przepisom prawa, także w sytuacji, gdy ich treść nie jest zgodna z jego opinią

⁴⁴ Zob. też liczne inne dzieła tego autora, zwłaszcza *Sociological Theory of Law* (Podgórecki 1991) oraz *Law and Society* (Podgórecki 1974).

i opiniami innych adresatów norm prawnych, a nawet wtedy, gdy przepisy te nie chronią należycie statusów i praw nabytych.

Spotykane w literaturze rozróżnienia legalizmu na materialny, formalny i instrumentalny są oparte na wystarczająco jasnych i rozdzielnych kryteriach; ich metodologiczna sensowność nie jest kwestionowana. Rozróżnienia te wskazują, że są rozmaite aspekty prawa, które mogą skłaniać ludzi do wyboru postawy legalistycznej, co jest oczywiście prawdą raczej banalną.

Legalizm krytyczny to współczesna wersja legalizmu dopuszczająca krytyczną akceptację prawa. Legalista krytyczny przestrzega prawa, ale nie czyni tego bez analizy jego treści. Jeżeli widzi jego wady, to chce mieć możliwość legalnego (dozwolonego i zagwarantowanego przez państwo) dokonywania zmian w obowiązującym porządku prawnym, tak by prawo było godne posłuchu i miało prestiż w społeczeństwie. Legalista krytyczny szanuje prawo jako system, ale może postulować także jego zmiany i zgłaszać pomysły *de lege ferenda*.

Nieposłuszeństwo obywatelskie jest specyficzną odmianą krytycznego legalizmu, ponieważ człowiek protestujący przeciw treści niektórych norm prawnych godzi się na sankcję za swe nieposłuszeństwo wobec tych norm i nie robi tego dla własnej korzyści, lecz *pro publico bono*, z intencją zmiany prawa niesprawiedliwego i z nadzieją, że osobiście uznawane przez niego wartości są wyższe od tych, które chroni obowiązujące prawo. Jest to także postawa zasadnicza, bowiem odmowa posłuchu wobec prawa ma przesłankę w uznawaniu wagi zasad prawnych i dlatego cywilnie nieposłuszny człowiek pragnie doskonalić prawo i jego przyszłe zasady⁴⁵. Pozostaje człowiekiem zasad, chociaż protestuje wobec konkretnych regulacji prawnych, bowiem chce zwrócić uwagę opinii publicznej na niesprawiedliwość konkretnych obowiązujących obecnie norm. Szanując prawo jako instytucjonalny mechanizm regulacji zachowania, odmawia posłuszeństwa tylko konkretnym normom. W imię postulowanego dobrego prawa kwestionuje prawo, które uznaje za złe w świetle własnych zasad, bowiem jest człowiekiem z zasadami.

Cyniczny nihilizm to postawa zasadniczo i świadomie nieuznająca norm prawa oraz podważająca ich rozumność, słuszność, efektywność czy inne walory przypisywane im przez elitę władzy. Nihilista nie dostrzega w prawie żadnych wartości i negatywnie ocenia także ludzi, przypisuje im egoizm i brak ideałów czy wzniosłych celów, z których mogliby być dumni. Uważa, że ludzie oszukują sami siebie i innych, są zakłamanymi i nic nie warcą. Cyniczny nihilista kwestionuje także hierarchię prawowitych statusów prawnych i hierarchię wartości zakładanych przez te statusy. Cynicy kwestionują każdą dobrą intencję, chętnie pozostają bierni wobec rażąco złych postępów i nie zamierzają nikomu świadczyć dobra,

⁴⁵ Rzeczowy przegląd poglądów Henry'ego Davida Thoreau, Mahatmy Gandhiego, pastora Martina Luthera Kinga, Hanny Arendt i Johna Rawlsa na ten temat można znaleźć w studium Michała Wenklara (Wenklar 2011, nr 2(3), 133–148).

bowiem zakładają, że nie wiadomo, co jest dobrem, a co złem. Są zasadniczy w swoisty sposób – ich zasadą jest radykalna odmowa uznania zasad i norm obowiązujących, w tym także prawnych.

Idealiści bardzo rozczarowani porażkami życiowymi często stają się cynikami i nihilistami, bowiem ich postawa jest zasadniczą i nieinstrumentalną negacją prawa, tak jak postawa legalisty jest bezwarunkową akceptacją prawa. Taki były legalista bywa nadzwyczaj radykalny w swym cynicznym stosunku do prawa⁴⁶. Nihilizm egzystencjalny głosi brak celu, sensu, znaczenia i wartości życia, co oczywiście sprzyja nihilizmowi prawnemu.

Etyczny sytuacjonizm zbudowany jest na założeniu, że twardych i absolutnych norm nie ma i być nie może. Dlatego tylko reagowanie *ad hoc* na zmienne sytuacje pozostaje człowiekowi żyjącemu w próżni normatywnej i aksjologicznej. W takiej próżni obowiązki i uprawnienia, a zatem także statusy, zmieniają się zależnie od chwili, wieku, sytuacji społecznej; jedno i to samo działanie może być dobre lub złe, w zależności od tego, kto jest jego podmiotem.

Niezwykle sugestywna jest teoria Petera Sloterdijka o upowszechnianiu się we współczesnych społeczeństwach „cynicznego rozumu”, dzieje się tak pod wpływem zwątpienia w uniwersalistyczne i racjonalistyczne idee oświecenia, racjonalność porządku społecznego i jego ram instytucjonalnych. Orientacja cyniczna jest utrwalana strumieniami informacji płynącymi do świadomości ludzkiej z mediów nieznośnie mieszających sprawy ważne i nieważne, a także przyczynia się do niej anonimowość życia w dużych miastach (Sloterdijk 2008). O mediach pisze Sloterdijk, że są „dzieckiem nietypowego związku encyklopedii z cyrkiem”.

Sloterdijk rozróżnia cynizm antyczny i współczesny. W starożytnych Atenach za cynika uchodził Diogenes Laertios, bowiem uważał, że mądrość polega na bezwzględnym mówieniu gorzkich prawd i nieuleganiu złudzeniom, na stałym kwestionowaniu wartości i norm. Był on złośliwym kpiarzem, samotnym szydercą i demaskatorem wszelkich pozorów, o superkrytycznych poglądach, indywidualistą świadomie wyalienowanym, niedbającym o uznanie i dobra powszechnie cenione. Status był dla niego czymś obojętnym, podobnie jak wszelkie hierarchie.

Dzisiejszy cynik, po zaniku wielkich ideologii i w klimacie powszechnego sceptycyzmu wobec wielkich narracji, nie wie, gdzie są wartości i sens godny uznania. Nie tyle je kwestionuje, jak Diogenes, lecz raczej są mu one obojętne jako coś nierzeczywistego. W odróżnieniu od Diogenesa jest wewnętrznie zakła-

⁴⁶ Postawa nihilizmu ontologicznego („nic nie istnieje”) i epistemologicznego („gdyby coś było, byłoby niepoznawalne”) uzasadniona przez Gorgiasza (ok. 480–385 p.n.e.) nie jest ceną inspiracją przy rozważaniu postaw wobec prawa, chociaż radykalny nihilista prawny może twierdzić, że prawa nie ma lub nie będzie w nieodległej przyszłości, gdyż zastąpi je inna forma regulacji zachowania człowieka. Taki nihilizm prawny prezentował marksista Jewgienij Paszukanis (Paszukanis 1985).

many w swej nieszczęśliwej świadomości, jawnie amoralny, a jego zasada naczelna to odmowa uznania zasad i statusów na nich opartych.

Poniższe fragmenty dzieła młodego Sloterdijka (gdy stworzył krytykę cynicznego rozumu, miał 35 lat) są inspirującą diagnozą kulturową, której teoria prawa nie powinna ignorować, i dlatego są godne przypomnienia. „Nowoczesny cynizm należy określić jako stan świadomości, który następuje nie tylko po epoce naiwnie wyznawanych ideologii, ale również po ich unicestwieniu przez oświeceniową demaskację. Szarże jej bojowej racjonalności przegrywają w starciu z manewrami nowoczesnych umysłów, którymi kieruje równie chytry, jak wielostronny, realizm strategiczny. Galeria znanych nam dotychczas typów świadomości fałszywej, w której na pierwszy plan wysuwały się postacie kłamcy, ofiary złudzeń oraz ideologicznego agitatora, była niepełna. Analiza współczesnej mentalności wymusza wprowadzenie do niej kolejnej figury, czyli właśnie cynika... Cynik stał się typem masowym, który – występując na wszystkich poziomach współczesnego społeczeństwa – krzewi się szczególnie obficie wśród warstw wyższych. Jego umasowienie wynika nie tylko stąd, że w późnej cywilizacji przemysłowej zgorzkniały samotnik podlega wielkonakładowej technicznej reprodukcji. Wielkie miasto zatraciło zdolność wytwarzania wzorców charakterologicznych, które mogłyby liczyć na publiczne uznanie. Od dawna nie próbuje być oryginałem, którego zwykli ludzie wytykaliby zawistnie palcami. Bezlistosny znawca nieupiększonej rzeczywistości ginie w tłumie (Sloterdijk 2008, 1–6). Pozbywa się prostoduszności, świętej naiwności i nadziei na postęp. Kieruje nim zgorzkniała mądrość, wystarczająca, „by wchłonąć nihilistyczne zwątpienie w przyszłość, czyniąc z niego narzędzie bieżącej walki o byt”.

Zdaniem Sloterdijka „cynizm to oświecona świadomość fałszywa. Wyrażając się dokładniej, należałoby go określić jako zmodernizowaną świadomość nieszczęśliwą, nad którą oświecenie pracowało zarazem skutecznie i daremnie. Cynik wyuczył się lekcji oświeceniowej, ale nie wprowadził jej w życie i tego decydującego braku nie jest już w stanie nadrobić”. W egzystencji cynicznej „rozprzestrzeniają się pustka i nuda drobnych egoizmów. W dzisiejszym cynizmie wyraża się swego rodzaju oświecona negacja wzbraniająca sobie nadziei. Toleruje jedynie ironię z domieszką bezpłodnego współczucia [...]. Być inteligentnym, a mimo to stracić pracę – tak brzmi sekretna formuła świadomości nieszczęśliwej w jej zmodernizowanej postaci, która choruje na nieudane oświecenie [...]. Ludzie nie umieją odróżniać prawdy od fałszu, tego, co istotne, od tego, co mniej ważne, sił twórczych od destrukcyjnych, bo przyzwyczaili się brać obojętnie jedno za drugie [...]. W ostatecznym rachunku cynizm polega na niemoralnej redukcji zasadniczo odmiennych wielkości do najmniejszego wspólnego mianownika”.

Habermas w recenzji *opus magnum* Sloterdijka zwraca uwagę na dwa istotne aspekty świadomości cynicznej – pesymistyczną orientację opartą na „zasadnych racjach” oraz rozczarowanie wobec dawniejszych iluzji na temat własnych ideałów, które nie wytrzymały próby konfrontacji z rzeczywistością (Habermas 1996,

122). Jakie są te zasadne racje, Habermas nie wyjaśnia, lecz sugeruje, że cynizm jest postawą opartą na zasadach, a nie na celowościowym pragmatyzmie.

Myśl Habermasa jest inspiracją cenną, bowiem umożliwia traktowanie cyników jako tych, którzy utracili rozsądne nadzieje na lepszy świat i lepsze własne życie i dlatego są raczej pesymistyczni w swych oczekiwaniach na przyszłość. Cynizm moim zdaniem może być wyrazem przekonania nie o braku, ale o pozorności wielu wartości lub ich daleko idącej relatywizacji. Dobro jest maską zła, piękno jest zrośnięte z brzydotą, a prawda to jedynie sugestywne i atrakcyjne kłamstwo – sądzi cynik i jego zdrowy rozsądek mówi mu, że postęp także jest pozorny, skoro jest tyle cierpień i niesprawiedliwości, a nierówności społeczne w większości społeczeństw rosną. Cyniczna racjonalność prowadzi do konkluzji, że jedynie ludzie naiwni mogą myśleć o ulepszaniu życia, także prawo nie może stawać się lepsze, skoro wartości, które chroni, są pozorne.

Nowoczesny cynizm to coś bardziej finezyjnego niż nihilistyczne odrzucenie zasad i wartości, jest bowiem osobliwą formą adaptacji do warunków życia w świecie ponowoczesnym. Myśli o cynizmie Sloterdijka warto traktować z podobną uwagą jak słynne dzieła filozoficzne naszego czasu – *Kondycję ponowoczesną* J. F. Lyotarda (1997)⁴⁷ czy *Koniec historii* F. Fukuyamy. Inspirującą moc krytyki cynizmu widać także w psychoanalitycznym neomarksizmie Slavoję Žižka (zob. Žižek 2001).

Konformizm prawny to postawa celowościowa, która może prowadzić albo do przestrzegania prawa, albo do jego negacji, zależnie od tego, czy wzorcotwórcza grupa odniesienia szanuje prawo. Konformista prawny chce być akceptowany przez grupę, do której należy, albo przez grupę, do której chce należeć. Jego cel to zdobyć status w takiej grupie, którą uważa za atrakcyjną (grupa odniesienia), a postawa pozytywna lub negatywna wobec prawa to jedynie jeden z wielu środków do tego celu. Konformista może się podporządkować prawu, którego treści nie akceptuje, jeżeli takie zachowanie jest oczekiwane przez grupę odniesienia lub przez wzorcotwórcze osoby.

Przeciwieństwem konformizmu prawnego jest *nonkonformizm prawny*, polegający na odrzuceniu bądź zwalczaniu wartości, norm i wzorów zachowania obowiązujących w grupie odniesienia. Takie postawy i zachowania mogą doprowadzić do dezintegracji grupy lub do procesów innowacyjnych zmierzających do zmiany systemu norm.

Oportunizm, łączący się niekiedy z konformizmem, wyraża się w przestrzeganiu prawa jedynie wówczas i dlatego, że to się opłaca. Oportunista nie ma sta-

⁴⁷ Jean Francois Lyotard uzasadniał tam upadek „wielkich metanarracji oświeceniowych”: wyzwolenia racjonalnego człowieka i historii jako rozumnego postępu. Uważał, że obie te narracje współcześnie nie są adekwatne, gdyż są uniwersalistyczne. Dlatego zastępowane są przez pluralizm opcji i orientacji o bardziej specyficznym charakterze, nieapelujących do człowieka jako takiego, lecz do konkretnych grup społecznych.

łych zasad, kieruje się doraźnym celem, a prawo jest dla niego drugorzędne i dość obojętne. Poszukuje korzyści i przystosowuje się do sytuacji wedle własnych poglądów i interesów. Może jednak w imię doraźnych korzyści zrezygnować z własnych przekonań, a nawet przyjaźni i miłości. Oportunista prawny nie jest motywowany do przestrzegania prawa, jeśli nie boi się sankcji i nie spodziewa uzyskania korzyści za przestrzeganie prawa. Korzysta z okazji i dogodnych sytuacji. Jeżeli sytuacja społeczna jest bliska anomii, to oczywiście nie będzie starał się o obronę słabnącego lub zanikającego prawa.

Prawo według Leona Petrażyckiego powinno pełnić dwie podstawowe funkcje: motywacyjną (kierować zachowania na zgodne z prawem) i wychowawczą (eliminować postawy i zachowania bezprawne oraz nagradzać życie w zgodzie z prawem). Prawo jest stale doskonalone i ludzie stają się kulturowo lepsi, czego wyrazem jest „prawo rozwoju prawa” złożone z trzech tendencji zmian:

- tendencji do wzrostu wymagań prawnych – każde następujące po sobie systemy prawne wymagają od obywateli więcej, w sensie rozumnego postępowania społecznego, niż je poprzedzające. Trwa ilościowy i jakościowy wzrost wymagań;
- tendencji do zmiany podstaw motywacyjnych zachowania zgodnego z prawem – prawodawcy poszukują coraz wznioślejszych motywów zachowania wymaganego przez prawo, chociaż nie powinni żądać zachowania niemożliwego;
- tendencji do zmniejszania się presji motywacyjnej na działanie zgodne z prawem – w związku z coraz lepszym przystosowaniem się psychiki ludzkiej do warunków życia społecznego, potrzebny jest coraz mniejszy nacisk dla wywołania pożądanych, zgodnych z prawem zachowań. Represywność prawa maleje, a jego zdolności perswazyjne rosną – zdaniem Petrażyckiego. Prawo intuicyjne, istniejące i przeżywane przez człowieka, może dzięki temu zbliżyć się do treści prawa oficjalnego, chronionego przez aparat państwa⁴⁸.

Tendencje zaobserwowane przez Petrażyckiego mogą być użyteczne dla wyjaśniania dynamiki statusów prawnych i porządków prawnych w systemie globalnym – o coraz bardziej porołatych granicach państwowych, unifikującym się prawie i przy zbliżaniu się standardów ochrony statusów ważnych dla ludzi. Szczególnie trafna jest myśl Petrażyckiego o związku tempa zmian i poziomu rozwoju kultury: „Na niższych, prymitywnych szczeblach rozwoju życie jest względnie stałe, proces zmian w kulturze przebiega bardzo powoli, na wyższych zaś szczeblach rozwoju zmiany zachodzą coraz to szybciej i szybciej” (Petrażycki 1960, 379).

⁴⁸ Obok funkcji motywacyjnej i wychowawczej, według Petrażyckiego, prawo spełnia jeszcze funkcję rozdzielczą (regulacja podziału dóbr materialnych) i organizacyjną (określa strukturę społeczną, tworzy ustrój polityczny i wyznacza sposoby sprawowania władzy).

Respekt dla prawa lub prestiż prawa mogą wyrastać ze strachu przed sankcją, być efektem kalkulacji, konformizmu czy uznania wartości prawa jako całości. Godne uwagi są zwłaszcza dwa procesy społeczne, w których gra o statusy prawne wpływa na postrzeganie prawa: indukowanie prestiżu, czyli sumowanie się prestiżów cząstkowych w różnych segmentach systemu prawa, oraz radiacja prestiżu, czyli przenoszenie się prestiżu z jego elementów na te dziedziny prawa, które jeszcze go nie uzyskały lub już utraciły.

Instytucjonalny prawodawca może podwyższać prestiż prawa różnymi sposobami, na przykład poprzez uzgodnienie prawa pozytywnego z uznawanymi wartościami społecznymi lub z interesami szerokiego kręgu adresatów prawa, przez socjotechniczne zabiegi w sferze informowania o prawie, poprzez stanowienie prawa przez organ cieszący się wysokim autorytetem lub respektem. Jednak mimo tych opcji prawodawcy, istotne są właśnie statusy prawne przynajmniej kluczowych kategorii podmiotów prawa i ich uznawanie za zgodne z aspiracjami tych podmiotów. Jeżeli prawodawca ignoruje lub nie docenia aspiracji statusowych adresatów prawa, to utrudnia lub nawet czyni niemożliwą ochronę prestiżu prawa w oczach opinii społecznej.

Cele i środki polityki prawa są oczywiście historycznie zmienne, ale zawsze są postrzegane przez pierwotnych adresatów prawa i aparat egzekucji prawa przez pryzmat stabilności i zmiany statusów. Pytanie, kto jest do czego uprawniony i jakie ma obowiązki, jest przecież przesłanką do ustalenia powinności i odpowiedzialności będących istotą wszelkiej normatywności, w tym także prawnej formy normatywności.

Konfiguracje statusów mogą być zapewne także podstawą tworzenia ważnych poznawczo wskaźników skuteczności prawa, a zwłaszcza skuteczności behawioralnej, psychologicznej i wychowawczej, dzięki którym formowane są postawy wobec prawa. Postawy wobec prawa i sprawców naruszeń prawa (rygoryzm vs tolerancja) są częścią porządku prawnego i mają realny wpływ na statusy prawne. Badacze postaw na ogół nie pytają o stosunek do konkretnych statusów prawnych i dlatego brak empirycznie potwierdzonej wiedzy na ten temat.

Jaki jest poziom korelacji postaw legalistycznych z właściwościami stylu egzekucji prawa? Postawy legalistyczne z pewnością ułatwiają egzekucję prawa i zmniejszają koszty związane z potrzebą legitymizowania prawa. Mają jednak taką wadę, że niski poziom refleksji krytycznej towarzyszący często nawykowi przestrzegania prawa (jedynie z tego powodu, że jest to prawo) może przedłużać życie takich norm, które już nie są adekwatne kulturowo i działają hamująco na rozwój społeczny lub osłabiają ochronne, opiekuńcze czy innowacyjne funkcje prawa. Krytyczny dyskurs o prawie i jego wadach jest konieczną przesłanką do jego ulepszania i dlatego postawa krytycznego legalizmu wydaje się optymalną drogą permanentnego doskonalenia prawa. Prosty legalizm jest wygodny dla aparatów egzekucji prawa, ale nie tworzy impulsów społecznych do ulepszania pra-

wa czy choćby eliminowania oczywistych absurdów w przepisach i sprzeczności między nimi.

Czy postawy celowościowe bardziej sprzyjają optymalizacji stylu egzekucji prawa niż krytyczny legalizm? Oportunizm prawny jest wykalkulowaną mieszanką skłonności do szanowania prawa i skłonności do omijania prawa. Dla egzekwowania prawa i jego skuteczności nie bez znaczenia jest, co w tej mieszance ma przewagę. Oczywiście lepiej, gdy przeważa skłonność do wyrachowanego przestrzegania prawa, bowiem wyrachowanie jest pewną formą refleksyjności. Być może niezbyt szeroko otwartą na interes wspólny i dobro publiczne, ale w demokratycznym państwie bardziej pożądanym jest refleksyjny stosunek ludzi do prawa, jak też innych form kultury, niż posłuszeństwo nawykowe bądź spowodowane strachem przed sankcjami prawnymi. Oportunista prawny relatywizuje treść prawa i zawartych w nim statusów własnych i innych osób do oczekiwanych korzyści własnych, a zatem myśli utylitarnie i oczywiście postrzega prawo jako instrument mniej lub bardziej użyteczny. Takie myślenie, w znacznym stopniu wzorowane na zakładanej przez systemy rynkowe racjonalności *homo oeconomicus*, nie jest zatem gruntownie dysfunkcjonalne wobec wymagań życia w warunkach stałej konkurencji na rynkach i w innych sferach życia podporządkowanych racjonalności instrumentalno-uitylitarniej typowej dla stosunków między ludźmi w systemach kapitalistycznych.

W dyskusji o dynamice statusów prawnych bardziej interesujące jest rozważenie postawy konformistycznej, bowiem w jej przypadku ma miejsce porównywanie statusów osób i oddziaływanie statusu osób wzorotwórczych na postawy wobec prawa osób dostosowujących swe postępowanie do wzorów dominujących w grupie, do której te osoby pragną należeć. Konformiści przecież aktywnie starają się zdobyć uznanie nosicieli wyższego statusu w danej dziedzinie niż ten, który jest ich udziałem obecnie, np. w zawodzie czy w hierarchii majątkowej. Oceniając swój własny status jako niższy i dążąc do wyższego, pragną szanować prawo o tyle, o ile taka postawa ułatwia im uzyskanie aprobaty podmiotów o statusach wyższych. Kluczowe dla prognozowania zachowania konformistów jest ustalenie dwóch faktów: jakie oczekiwania i/lub wymagania są stawiane im przez wzorotwórcze osoby o wyższych statusach oraz jaki stosunek do prawa mają te osoby o wysokich statusach, które mogą być miarodajne i skuteczne w kształtowaniu postaw konformistycznych wśród osób o niższych statusach. Te fakty można zawsze zbadać metodami socjologii empirycznej i wykorzystać w projektowaniu nowego prawa. Doświadczenie wskazuje, że współcześni prawodawcy nie doceniają takiej wiedzy o adresatach prawa i na ogół nie znają nawet zarysu odpowiedzi na postawione wyżej pytania.

Szczególnego typu refleksyjność obserwujemy także u ludzi mających cyniczne postawy wobec prawa. Kalkulują i porównują oni na podstawie ogólnego przekonania, że większość ludzi to źli egoiści, niewarci uczciwego traktowania i lepiej ich sprytnie przechytrzyć niż traktować godnie i szlachetnie. Warto zasta-

nowić się, co poddaje analizie cynik prawny, zanim podejmie kolejną próbę ignorowania prawa lub sprytnego omijania jego wymagań. Otóż cynik poszukuje dowodu na swą ogólną hipotezę o pozornym charakterze wartości prawnie chronionych i permanentnej niedoskonałości prawa. Jest superkrytyczny i ma wyraźną skłonność do nihilizmu, oczywiście bardzo kłopotliwego dla aparatów egzekucji prawa. Cynik to nie naiwny i spontaniczny buntownik czy typ chuligana łatwo rozpoznawalny przez zawodowych strażników porządku prawnego. Jest na pozór bardzo statecznym i przewidywalnym człowiekiem, jakich są miliony, chociaż socjologia prawa nader rzadko się nimi interesuje. Rozczarowanych byłych idealistów i pozbawionych złudzeń ludzi jest coraz więcej wśród osób o wysokim lub nawet bardzo wysokim statusie wykształcenia, majątku i prestiżu. Cynizm jest coraz bardziej obecny w elitach rozmaitego rodzaju, w tym także elitach silnie kształtujących postawy konformistyczne wśród ludzi o niższych statusach. Psychologiczne mechanizmy zarażania się cyniczną racjonalnością są mało znane, ale przejawy cynizmu elit powszechnie odczuwają obywatele współczesnych państw i jest doprawdy zdumiewające, że empiryczna socjologia ma tak niewiele do powiedzenia na ten fundamentalny temat.

Częste akty obywatelskiego nieposłuszeństwa są symptomem lub skutkiem nieadekwatnego do oczekiwań obywatelskich stylu egzekucji prawa w konkretnym państwie lub jego częściach. Ludzi mobilizuje brutalne egzekwowanie prawa zamiast podejmowania prób jego legitymizowania. Obywatelskie nieposłuszeństwo bywa także sposobem reakcji na treść konkretnych norm prawnych, niezależnie, w jakim stylu są one egzekwowane. Cywilnie nieposłuszni po prostu nie akceptują tych treści i argumentacji legitymizacyjnych używanych przez elitę władzy. Dlatego są skłonni do demonstracyjnego i jawnego kwestionowania pewnych norm. Są to na ogół ludzie o wysokim poziomie cywilnej odwagi, skoro *pro publico bono* godzą się na cierpienia własne związane z sankcjami, które niemal na pewno będą wobec nich zastosowane. Zatem nie są to osoby wyrachowane, jak oportuniści, konformiści czy cynicy. Ich racjonalność jest otwarta na uznaną przez nich samych i często przez licznych współobywateli koncepcję dobra wspólnego i to dobro jest kryterium, które stosują przy ocenie norm prawnych. Niekiedy ich postawa ma właściwości heroiczne i jest szczególną odmianą moralnej dzielności w trudnych czasach cechujących się rosnącą złożonością i nierównym tempem zmian cywilizacyjnych. Wierzą często, że moralna obojętność lub neutralność w czasach kryzysu jest groźną odmianą podłości i tchórzostwa.

Doraźnie, w krótszej perspektywie, cywilne nieposłuszeństwo wobec prawa osłabia legitymizację prawa i państwa, bowiem stanowi jawny atak na niektóre jego normy. Obywatelskie nieposłuszeństwo, jak wskazuje doświadczenie historyczne, nie jest jednak zachowaniem cynicznym czy anarchicznym. Zarówno Mahatma Gandhi, jak i Martin Luther King byli świetnie wykształconymi prawnikami i oczywiście szanowali prawo jako prawo. Jednak ich moralne zasady i wrażliwość na krzywdę rodaków zmuszały ich do kwestionowania zniewolenia

i dyskryminacji, narzucanych przez niektóre normy prawa, przeciwko którym pokojowo i jawnie wystąpili, pociągając za sobą liczne rzesze zwolenników. Obaj ponosili osobiste koszty swego protestu. Obaj odnieśli przy tym sukces – bowiem Brytyjczycy zostali zmuszeni zgodzić się na niepodległość Półwyspu Indyjskiego, a najbardziej brutalne formy dyskryminacji rasowej stopniowo zaczęły zniknąć z porządku prawnego Stanów Zjednoczonych. Inny przykład cywilnego nieposłuszeństwa, mianowicie publiczne palenie kart powołania do wojska w uniwersytetach w Stanach w końcowej fazie wojny w Wietnamie przyspieszyło koniec tej wojny, a po kilku latach wprowadzono zawodowe i dobrowolnie rekrutowane siły zbrojne oraz zrezygnowano z przymusowego włączania do wojska młodzieży amerykańskiej. Jak widać, na dłuższą metę nieposłuszeństwo obywatelskie umożliwia szybsze zrozumienie przez prawodawcę potrzeby koniecznej nowelizacji norm, a zatem daje okazję uczenia się i poprawiania jakości prawa.

Czy liberalna demokracja jako forma państwa sprzyja w większym stopniu postawom legalistycznym czy celowościowym? Czy liberalna demokracja jest skuteczna w ograniczaniu postaw nihilistycznych i cynicznych wobec prawa? Pytania te są ważne dla teorii prawa i praktyki tworzenia i stosowania prawa. Jeżeli diagnoza Sloterdijka o ekspansji rozumu cynicznego w cywilizacji wielkich miast jest trafna, to znaczy, że liberalna demokracja nie daje właściwych odpowiedzi na to zagrożenie dla porządku prawnego. Jeżeli ta diagnoza jest błędna i cynicy to grupy marginalne, nie ma powodu do niepokoju. Nie znam badań postaw w Polsce uwzględniających postawy cyniczno-nihilistyczne. Uważam, że są potrzebne i problematyka ta nadal czeka na pomysłowych socjologów i psychologów społecznych, zdolnych dać nam sprawdzalne odpowiedzi na te niepokojące pytania.

Badania empiryczne prowadzone w Stanach Zjednoczonych często posługują się pojęciem cynizmu i wskazują, że w policji i wśród prawników zajmujących się zwalczaniem przestępczości częste są postawy cyniczne tak wobec podejrzanych, jak i wobec samego prawa (Behrendt 1980, nr 8, 1–4; Kim 1998, nr 76, 193). Także badania dotyczące poglądów i działania amerykańskich sędziów pokazały znaczny zakres postaw cynicznych (Whitehead 2014). Postawa rządu amerykańskiego wobec międzynarodowej konwencji ochrony praw człowieka jest także nader często określana jako cyniczna, a główny zarzut dotyczy tego, że amerykańskie władze pouczają cały świat o potrzebie ochrony wolności i innych praw człowieka, a jednocześnie w swoim prawie wewnętrznym nie stosują reguł pochodzących z konwencji międzynarodowych (Roth 2000). Wskazuje to raczej na stosowanie podwójnych standardów – innych wobec obcych, a innych wobec siebie – jeszcze inaczej można to określić jako dwulicowość. Również badania dotyczące powodów posłuszeństwa wobec prawa wykazały istnienie orientacji wyrachowanego cynizmu (Tyler 1990; Sampson, Bartusch 1998, nr 32, 777–804).

Rola pamięci w reprodukcji postaw wobec prawa jest także zagadnieniem jeszcze nieuświadomianym. Sporo wiemy o pamięci indywidualnej i jej rozma-

tych finezyjnych aspektach związanych z transferem informacji między pamięcią operacyjną a pamięcią głęboką, długotrwałą. Także wiedza o pamięci społecznej jest dość bogata, brakuje jednak innowacyjnych hipotez o związku między treścią tej pamięci a częstotliwością występowania różnych postaw wobec prawa (Marody 1987).

Można założyć, że ludzie doświadczający często konfliktu między normami prawa a własnymi interesami mogą zapamiętać to jako doświadczenie traumatyczne i pragnąć, aby porządek prawny był bardziej dostosowany do potrzeb adresatów prawa. Taka bolesna pamięć może sprzyjać utrwalaniu lub budowaniu postaw sprzyjających przestrzeganiu prawa. Jednak częsty kontakt z bezprawiem i niesprawiedliwością może prowadzić także do wyboru postaw cynicznych, a przynajmniej oportunistycznych, zamiast legalizmu lub legalizmu krytycznego. Takie dwie sprzeczne hipotezy podpowiada zdrowy rozsądek. Jednak to dość banalne przypuszczenie, niesprawdzone w badaniach, nie jest niczym więcej niż wstępem do wiedzy prawdziwej.

Pamięć ma związek ze sposobami komunikowania się między ludźmi, bowiem to od ludzi bezpośrednio lub pośrednio dowiadujemy się tego, co możemy zapamiętać lub zapomnieć (Nęcki 1996). Tu powstaje kluczowe pytanie: co zapamiętujemy, a co zapominamy i czy to, co pozostaje w pamięci głębokiej na temat porządku prawnego, ma wpływ na powstawanie i zmianę postaw wobec prawa i statusów prawnych? Intelktualny i emocjonalny aspekt postaw wobec norm i instytucji, w tym także prawnych, jest uwarunkowany bardzo różnymi czynnikami. Próby wyjaśnienia genezy postaw przez jeden czynnik są oczywiście mało owocne. Doniosłość pamięci wśród tych wielu czynników jest jednak szczególnie, bowiem pamięć jest bardzo ważna w procesie uczenia się, a bezspornie postawy są wynikiem uczenia się i zarażania emocjonalnego w określonym środowisku kulturowym, zaś w znacznie mniejszym zakresie efektem czynników biologicznych, dziedziczenia po przodkach.

Na treść pamięci jednostek i grup, w tym także dotyczącej porządku prawnego, można wpływać z zewnątrz w procesie edukacji i wychowania, co ma znaczenie praktyczne dla działań kształtujących postawy wobec prawa. Pamięć długotrwała ma charakter świadomy, ponieważ niezbędne jest używanie świadomości w przypominaniu i potrzebny jest świadomy proces kierujący odtwarzaniem informacji zapamiętanych. Pamięć nieświadoma jest oparta na nieświadomym przypominaniu zapamiętanych informacji. Postawa wobec prawa bardziej zależy od pamięci świadomej niż nieświadomej, a zwłaszcza od semantycznej i epizodycznej pamięci świadomej, chociaż pamięć autobiograficzna również może dostarczać istotnych impulsów dla budowania postaw wobec prawa. Człowiek ma zatem pamięć wielorakiego rodzaju, ale każda z nich jest selektywna i niekompletna.

Psychologia poznawcza bada procesy poznawcze, czyli procesy percepcji, uwagi, pamięci, myślenia, umożliwiające wykorzystanie treści do kierowania zachowaniem (Nęcka, Orzechowski, Szymura 2006; Maruszewski 1996). Zatem

wiedza o prawie i działaniu całego porządku prawnego, która jest intelektualnym składnikiem postaw wobec prawa, zależy nie tylko od pamięci, ale także od zdolności rozumienia, stopnia skupienia uwagi na określonych informacjach i zainteresowania nimi oraz od jakości myślenia o problemach relewantnych dla wiedzy prawnej. Wiedza deklaratywna (że coś jest i ma jakieś cechy) i wiedza proceduralna (jak wykonać określoną czynność) mogą mieć za przedmiot normy i instytucje prawne, a także inne składniki porządku prawnego. Większość adresatów prawa nie studiuje prawa systematycznie i świadomie z myślą o wykonywaniu zawodu prawniczego i dlatego można powiedzieć, że uczą się oni mimowolnie, co wytwarza wiedzę niejawną, nieuświadomianą lub przypominaną tylko fragmentarycznie w konkretnych sytuacjach. Wiedza tego typu prawie nigdy nie obejmuje pojęć i schematów myślenia potrzebnych do interpretacji norm prawnych. Pozostaje powierzchowna i nieuporządkowana w odróżnieniu od wiedzy ekspertów, którą cechuje wysoka elastyczność, pozwalająca zawodowcom rozmaicie używać tego, co wiedzą. Potrafią oni kombinatorycznie generować pomysły kompetentne, czego ogromna większość adresatów prawa oczywiście nie potrafi. Poświadcza to raz jeszcze fakt, że teza o powszechnej znajomości prawa jest niezwykle gruntowną fikcją. Oparta na tej fikcji zasada *ignorantia iuris nocet* jest zatem skierowana do osób, które na ogół są prawnymi ignorantami. Zatem samo egzekwowanie prawa wobec nich musi... być dla nich szkodliwe. Szkoda, że ten realistyczny argument oparty na wiedzy psychologicznej tak rzadko jest poważnie traktowany przez pozytywistycznie myślących prawników i urzędników stosujących prawo wobec notorycznych prawnych ignorantów, jakimi bez złej woli i bez winy są na ogół adresaci prawa.

Elizabeth Loftus, badająca od kilkudziesięciu lat wiarygodność świadków w postępowaniach prawnych, ustaliła istnienie bardzo wielu czynników obniżających poznawczą wartość ich zeznań. Podstawowe znaczenie mają zaburzenia pamięci wywołane stanem emocjonalnego pobudzenia świadków w momencie obserwacji zdarzeń prawnie relewantnych: im silniejsza jest emocja negatywna świadka (np. strach, oburzenie), tym mniej dokładnie zapamiętuje on to, co widzi naocznie. Tworzenie fałszywych wspomnień i mimowolne włączanie do pola obserwacji także informacji fałszywych (efekt dezinformacji) to dwa kolejne mechanizmy psychologiczne zaburzające pamięć świadków (Loftus, Doyle, J.M. & Dysert 2008).

Istotnym osiągnięciem psychologii poznawczej jest liczba Millera ustalona przez George'a Millera w roku 1956 na podstawie badań zapamiętywania informacji (Miller 1956, vol. 63, 81–97). Liczba ta waha się w zależności od rodzaju informacji do zapamiętania (dźwięk, smak, obraz, liczba), ale zawsze wynosi około 7, a raczej między 5 a 9, czyli 7 ± 2 . Niestety nie wiemy, jak magiczna siódemka Millera odnosi się do zapamiętywania wiedzy o prawie, co utrudnia ustalenie dobrych metod budowania pamięci krótkotrwałej, roboczej, a to ma praktyczne znaczenie dla efektywnej edukacji prawników.

Moje ponad 35-letnie doświadczenie w kształceniu studentów prawa i administracji skłania do sceptycyzmu w ocenie ich pamięci. Wykładam na I, IV i V roku studiów i często moich studentów mogę egzaminować kilkakrotnie na różnych etapach. Zauważyłem, że zapytanie o coś, co znali wcześniej na ocenę bardzo dobrą, po dwóch lub czterech latach wywołuje zażenowanie i na ogół ujawnia braki w pamięci. Jeśli tak działa pamięć studentów prawa, to pamięć tych adresatów prawa, którzy nigdy nie uczyli się do akademickich egzaminów, musi być jeszcze bardziej ograniczona i niepewna.

4.8. Statusy prawne i instytucjonalne ramy ustroju społecznego

Rozważymy pewien pomysł interpretacyjny, który wymaga wprowadzenia nowego pojmowania ram instytucjonalnych ustroju społecznego, innego niż występuje w twórczości Habermasa. Jego zdaniem takie ramy tworzą kulturowe tradycje zakodowane w normach, głównie moralnych, które reprodukowane są w rodzinach i grupach związanych pokrewieństwem. W ramach instytucjonalnych podstawą więzi jest komunikowanie się we wspólnym języku i wzajemne oddziaływanie kształtujące reguły moralne. Autorytet norm wytwarzanych w ramach instytucjonalnych jest silny i służy na ogół legitymizowaniu panowania klas/grup kontrolujących większość kluczowych zasobów w danym społeczeństwie.

Zdaniem Habermasa taki normatywny mechanizm kulturowej legitymizacji panowania wyrażający się w racjonalności komunikacyjnej miał przewagę nad czysto instrumentalną racjonalnością rozwijania i używania mocy produkcyjnych w większości epok historii ludzkości. Dopiero w wysoko rozwiniętym społeczeństwie przemysłowym udało się racjonalność komunikacyjną opartą na grze symboli i ich sensów podporządkować racjonalności instrumentalnej, gdzie najważniejszy jest wybór celów i środków ich osiągnięcia w konkretnych sytuacjach.

Izraelski historyk Yuval Noah Harari przekonująco twierdzi, że po rewolucji przemysłowej, a tym bardziej we współcześnie panujących warunkach rola rodziny i związków pokrewieństwa zmalała i nie jest już taka, aby można było traktować je jako ramy instytucjonalne ustroju społecznego (Harari 2014). Jego zdaniem rolę takich ram pełnią obecnie dwie kluczowe instytucje – państwo i rynki. Indywidualizm to główna właściwość cywilizacji przemysłowych w systemach kapitalistycznych. Dla jego rozwoju ważne było wyzwolenie ludzi z lokalnych i bardzo wąskich ram instytucjonalnych, jakimi są rodziny, grupy krewnych i lokalne kręgi sąsiedzkie. Coraz częściej to państwo, a nie rodzina chroni jednostkę przed ryzykami egzystencji. Rynki natomiast to sfera wolnej inicjatywy i konkurencji gospodarczej wyprowadzająca każdą jednostkę poza lokalność i zaściankowość cywilizacji przedkapitalistycznych.

Proces ten zapoczątkowała rewolucja przemysłowa XIX wieku. Doszło wtedy do załamania się rodziny oraz bliskiej wspólnoty i stopniowego zastępowania ich przez państwo i rynek. W zasadzie w trakcie niemal całej historii ludzie żyli jako części małych i bardzo ważnych grup społecznych, rodziny i bliskiej wspólnoty, obejmujących, powiedzmy, dwieście osób składających się na wieś, plemię czy czyjeś sąsiedztwo. Jednostki w swym dążeniu do przeżycia i rozwoju były mocno uzależnione od tych małych wspólnot. Lokalne sieci współzależności dotyczyły niemal wszystkich aspektów życia człowieka – ochrony zdrowia, zabezpieczenia na starość, bezpieczeństwa osobistego i ekonomicznego etc.

Państwa i rynki jako mechanizmy regulacji zachowania i dystrybucji zasobów zmarginalizowały małe wspólnoty rodowe i plemienne. Proces ten w bardziej rozwiniętych regionach świata osiągnął swe dojrzałe formy już na początku XX wieku. W tych ramach instytucjonalnych obecne jest wewnętrzne napięcie między spontanicznością rynków i strategicznością działań państwa. Wyjaśnieniu, jak dynamizm spontanicznych rynków tworzy strukturalną konieczność regulacyjnych działań państwa jako podmiotu strategicznego zdolnego do celowego, zorganizowanego i racjonalnego działania, służyła moja książka *Strategia państwa. Teoria państwa aktywnego wobec sił spontanicznych* (Lamentowicz 2015).

Rynki są sferą spontanicznej regulacji, która zapewnia dynamizm, ale także wytwarza nierównowagi, powodując nadmiar kapitałów i dóbr na sprzedaż oraz brak efektywnego popytu na te dobra. Rynki to „bystrosfera” (termin wymyślił Stanisław Lem), która nadaje tempo, ale też rodzi coraz większe nierówności. Właśnie dlatego rynki generują strukturalną konieczność regulacyjnego działania państwa jako podmiotu strategii reintegracyjnych. W ten sposób nadmierna spontaniczność wywołuje strategiczną aktywność przywracającą przynajmniej częściowo i okresowo równowagi i porządek.

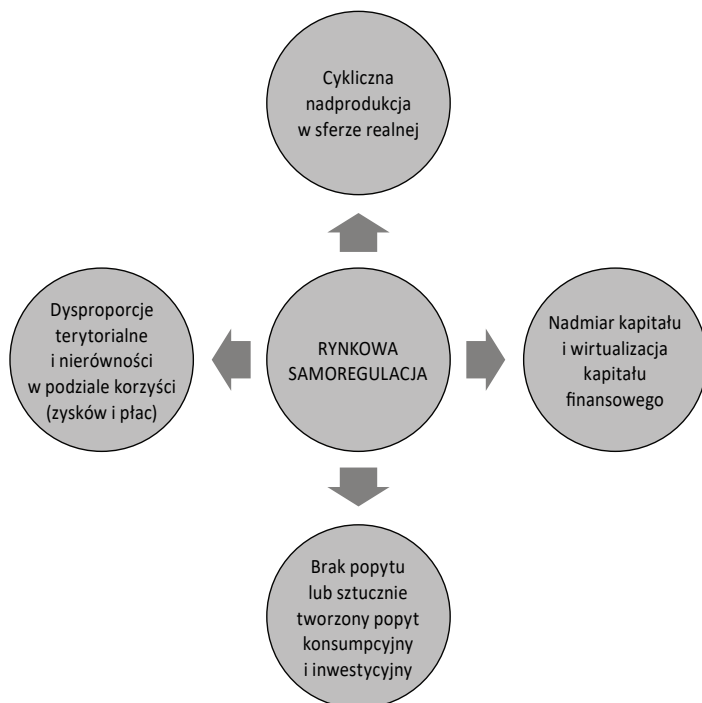
Dla myślenia o nowym kształcie ram instytucjonalnych istotne są nowe koncepcje kapitalizmu i gospodarki rynkowej przekraczające horyzont ekonomii neoliberalnej. Nowe postrzeganie zalet i wad kapitalizmu, celów gospodarowania oraz relacji między państwem a rynkiem przedstawili Nick Hanauer i Eric Liu (Hanauer, Liu 2011)⁴⁹. Ta optymistyczna wizja powstała po kryzysie, który zaczął się w 2008 roku. Może właśnie dlatego w ich książce została zarysowana nowa wizja społeczeństwa jako ogrodu w przeciwieństwie do dawniejszej metafory opisującej relację rynki–państwo jak rodzaj maszyny społecznej.

Demokracja w społeczeństwie i państwie jest takim ogrodem, który żyje zgodnie z tendencjami rodzącymi się w naturze, lecz oczywiście wymaga systematycznej dbałości i celowej kultywacji opartej na rozumieniu powiązanych

⁴⁹ Hanauer to miliarder i innowacyjny przedsiębiorca, który założył think tank The True Patriot Network upowszechniający idee rozwinięte w pierwszej książce obu autorów *The True Patriot* wydanej w 2007 roku.

z tym ogrodem ekosystemów. Maszyna jest martwa i nie ma własnej energii, natomiast ogród oczywiście jest żywy i samoreprodukujący się. Maszyna jest marnotrawna, a ogród skutecznie rodzi kwiaty i owoce.

Rysunek 9. Dysfunkcjonalne efekty samoregulacji rynkowej



Źródło: opracowanie własne.

Aby idea ogrodu była możliwa do realizacji, trzeba uświadomić sobie, że kapitalizm nie jest po to, aby maksymalizować prywatne zyski, ale po to, by dostarczać coraz lepszych rozwiązań ludzkich problemów. Bogactwo i wzrost gospodarczy to takie rozwiązania ludzkich problemów, które są dobre dla wszystkich, a nie tylko dla mniejszości, czyli najbogatszych 10 procent ludzi. Pozytywne zachowanie jednych wywołuje pozytywne zachowanie innych w takim ogrodzie. Prawdziwy interes własny to interes wzajemny. Wolność to nie libertariańska samowola i dowolność, lecz odpowiedzialność i aktywna współpraca (Beinhocker, Hanauer 2014).

Rola państwa jest strategiczna, ale nie interwencjonistyczna. Państwo powinno kreować nowe cele i idee, a pozarządowym organizacjom ekonomicznym i społecznym pozostawić wymyślanie najlepszych sposobów osiągnięcia tych celów i znajdowanie dobrych rozwiązań ludzkich problemów. Hanauer pisze: „Government should be about the big what and the little how”.

Ostrzega też swych kolegów, superbogatych plutokratów, że „nadchodzą widły”, gdyż dojrzewają grona gniewu społecznego zrodzonego przez nierówność, drastyczne i jawnie niesprawiedliwe (Hanauer 2014)⁵⁰. Sam zaangażował się skutecznie w działania zmierzające do tego, aby stan Washington jako pierwszy w USA w 2015 roku wprowadził minimalną stawkę za godzinę pracy w wysokości 15 USD.

Ramy instytucjonalne, moim zdaniem, tworzy współcześnie układ relacji między czterema typami szczególnie ważnych (i dlatego prawnie uregulowanych) stosunków społecznych: władzy publicznej i prywatnej oraz własności publicznej i prywatnej. Te cztery typy stosunków i zarazem kondensacje mocy społecznej są adaptacyjnymi systemami dynamicznymi (Beinhocker 2006)⁵¹. Można je uznać za ramy, bowiem wytyczają pola istnienia i dynamiki innych typów stosunków społecznych, w tym także stosunków prawnych i statusów prawnych. Są instytucjonalne, bowiem są efektem zaawansowanego procesu instytucjonalizacji życia społecznego, który był i jest związany z kolejnymi etapami modernizacji.

Max Weber uważał racjonalizację za taki nieodłączny wehikuł modernizacji, a jej zwieńczeniem jest biurokratyzacja i jurydyzacja stosunków społecznych. Racjonalizacja miała być oczywiście procesem wzrostu rozumnych instytucji i rozumności w życiu ludzi we wszystkich sferach. W tym także w porządku prawnym.

W epoce oświecenia odkryto potęgę rozumu, co wyraziło się między innymi w krytyce czystego rozumu dokonanej przez Immanuela Kanta. W następnych latach modernizacji rozumni filozofowie nadal krytykowali rozum, oczywiście używając do tego właśnie rozumu. Postępy gnoseologii były głównie dekonstrukcją oświeceniowej – przynajmniej naiwnej – wiary w bezgraniczność rozumu i racjonalność kompletną. Racjonalność wyższego poziomu samoświadomości wyrażała się właśnie w wykazywaniu ograniczoności ludzkiej zdolności do racjonalnego myślenia i postępowania. Krytykowano zatem rozum dialektyczny, rozum scjentystyczny i rozum cyniczny. Wiara w bezgraniczną moc rozumu słabła wraz z oczywistymi postępami wiedzy naukowej i jej technicznych zastosowań. Ten paradoks świadczy o autokrytycyzmie cywilizacji zachodniej. Wybitni znawcy tajników myślenia podejmowali kolejne próby krytycznego przewartościowania pomysłu interpretacyjnego, który dowodzi, że historia to kolejne etapy racjonalizacji i rozumnej instytucjonalizacji oraz związane z tym zastosowania typu idealnego biurokracji. Współcześnie rzadki jest entuzjazm w ocenach poziomu racjonalności i instytucjonalizacji, a mówiąc szczerze i poważnie, narasta

⁵⁰ Te ostrzeżenia są bardziej radykalne niż dominująca tonacja debaty politycznej proponowana przez partie socjaldemokratyczne w Europie.

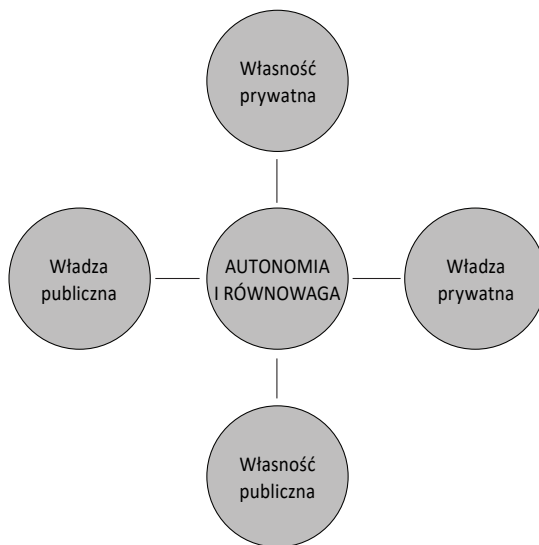
⁵¹ Tak Beinhocker określa kapitalistyczny sposób kreacji bogactwa. Moim zdaniem jest to bardziej adekwatne dla prezentowanej tu koncepcji ram instytucjonalnych.

frustracja związana z degeneracjami instytucjonalizacji, do czego przyczynia się także prawodawstwo oraz biurokratyzacja wszelkich administracji publicznych i prywatnych.

Rozwijana w tej książce koncepcja ram instytucjonalnych nie kwestionuje intelektualnych osiągnięć myśli krytycznych wobec racjonalności instytucji. Jest ich – jak sądzę – rozumną kontynuacją, odchodzącą od naiwnego optymizmu gnoseologicznego bez popadania w pesymizm i poczucie niemocy przy kształtowaniu porządków prawnych.

Na rysunku 10 przedstawiam idealizacyjny model w pełni zrównoważonych ram instytucjonalnych ustrojów społecznych, który może być narzędziem analizy i standardem ewaluacji stanów rzeczywistych.

Rysunek 10. Model idealizacyjny ram instytucjonalnych stabilnego ustroju społecznego



Źródło: opracowanie własne.

Idealnie zrównoważone ramy instytucjonalne ustroju społecznego to takie, w których:

- władza publiczna (czyli państwowa i samorządowa) i władza prywatna (w rodzinach, korporacjach, stowarzyszeniach etc.) wzajemnie szanują swoje specyficzne właściwości i strefy wpływu na życie ludzi. Pola ich działania mogą się krzyżować, ale nie są dokonywane wrogie i niszczące inwazje na pola innej formy mocy społecznej. Władza jest tu pojmowana jako stosunek społeczny, w którym występuje albo jednostronna zależność jednego podmiotu od drugiego (status podporządkowanego i status nadrzędnego), albo jest on bliższy interakcji obu tych podmiotów i nie jest

- jednostronnie narzucanym zachowaniem, lecz rodzajem nierównej współzależności;
- władza publiczna nie niszczy autonomii sfer swoistych dla władzy i własności prywatnej;
 - ośrodki władzy prywatnej i własności prywatnej nie penetrują i nie koryumpują sfer własności i władzy publicznej;
 - dystanse między ludźmi, którzy są mocni w sferze publicznej i prywatnej, są na tyle duże, aby każda z tych sfer była względnie autonomiczna, lecz nie na tyle duże, aby utrudniać konieczną współpracę tych ludzi w procesie rządzenia państwem i regulowania życia społecznego;
 - autonomia i równowaga w układzie tych czterech ośrodków mocy społecznej jest konstytutywną przesłanką ewolucyjnego (stopniowego i pokojowego) przekształcania porządków prawnych i występujących w nich statusów. Ani nadmierna ekspansja mocy prywatnych, ani nadmierna zdolność interwencyjna mocy publicznych wyrażanych przez władzę i/lub własność nie jest sprzyjająca dla optymalizacji ram instytucjonalnych. Taka optymalizacja powinna zmierzać do ustrojowej syntezy dwóch właściwości funkcjonalnych ustroju społecznego, połączenia zmiany przez reformy ze stabilnością form kulturowych ważnych dla egzystencji i tożsamości konkretnego społeczeństwa;
 - są okresy w historii, w których władza publiczna ma wyraźną przewagę nad władzą prywatną i własnością prywatną. Są też epoki, w których przeważa czynnik prywatny nad publicznym. Wzajemne stosunki między nimi są jednak zawsze poddane regulacyjnej sile norm prawnych i dlatego można uważać relacje tych czterech form mocy jako ramy instytucjonalne konstytuujące podstawowe właściwości porządku prawnego.

Forma i treść trwałego związku stosunków własności ze stosunkami władzy to ramy instytucjonalne. Często takie ramy są dalece nieoptymalne dla rozwoju cywilizacyjnego i potrzebne są adaptacje lub innowacje, aby zbliżyć je do optymalnego wzorca. Optymalne ramy instytucjonalne to taka sytuacja, w której ani władza, ani własność nie dominują trwale, lecz równoważą się i wzajemnie ograniczają, a ich główni aktorzy mogą kontrolować się wzajemnie bez trwałej supremacji któregoś z nich. Jest to taka konfiguracja mocy, przy której własność prywatna może ograniczać władzę publiczną, a władza publiczna może nie dopuszczać do ekscesów ze strony podmiotów własności prywatnej.

Własność prywatna jako granica władzy publicznej może działać również poprzez prawo. Prawo, zwłaszcza konstytucja, to czynnik mediujący, bez którego własność prywatna nie może być trwałym i niekorupcyjnym ograniczeniem arbitralności i dowolności zachowań władzy publicznej. Konstytucjonalizm jako system wartości i instytucji tworzących bezpieczeństwo prawne właścicieli jest realną granicą władzy publicznej, ale niewystarczającą, aby powstrzymać oligarchizację i alienowanie się władzy. Dlatego mimo konstytucji i gwarancji

praw podstawowych dokonuje się oligarchizacja władzy publicznej i zrastanie się jej z wielką własnością prywatną.

Władza publiczna jako granica własności prywatnej przejawia się wtedy, gdy samowola właścicieli oraz ich egoistyczna racjonalność oparta na maksymalizacji zysku w krótkim czasie stają się groźne dla rozwoju społeczeństw. Jeśli własność prywatna i tendencja do jej koncentracji nie byłyby ograniczane przez władzę publiczną działającą przez stanowienie i stosowanie prawa, ramy instytucjonalne byłyby zagrożone. Dla statusów osób na niskich i średnich poziomach hierarchii społecznej taka sytuacja niepoahamowanej ekspansji własności prywatnej może być zagrożeniem egzystencjalnym.

Konstytucja może być i zazwyczaj jest rzeczywiście potrójną granicą:

- granicą władzy publicznej wobec praw i wolności obywateli, w tym także tych, których podstawą jest własność prywatna;
- ograniczeniem dowolności zachowań elit władzy i elit własności na wielu polach aktywności ludzi;
- granicą wolności używania własności prywatnej, zwłaszcza w formach eksploatorskich i arbitralnych oraz ograniczających prawa obywateli.

Dobrze funkcjonująca konstytucja jako podstawa systemu prawa ma także ważną rolę w określaniu warunków równowagi między rynkami a państwem w regulowaniu procesów spontanicznych. Autonomia państwa wobec procesów spontanicznych może się degenerować i prowadzić do patologicznej alienacji władzy. Jurydyzacja władzy państwowej i daleko posunięta etatyzacja gospodarki to dwa procesy wzmagające się wzajemnie i zagrażające kreatywności właściwej dla aktywności ludzi poddanych regułom niezbyt szczegółowo reglamentującym ich wolność i wyobraźnię.

Prawo wzrostu stopnia instytucjonalizacji władzy najwyższej w państwie to ewolucja od braku reguł rządzenia do coraz bardziej szczegółowych reguł sprawowania władzy przez najwyższych przywódców. W Rosji taka ewolucja jest widoczna w trzech stadiach: car – sekretarz generalny partii komunistycznej – prezydent, mimo stałej tendencji do władzy autorytarnej. W każdym z tych stadiów wyższa była rola reguł najpierw tylko nieformalnych, a potem coraz częściej formalizowanych jako przepisy prawne.

Wzrost stopnia instytucjonalizacji władzy publicznej najwyższego szczebla jest traktowany przez współczesną politologię jako przejaw konsolidacji i stabilizacji systemu politycznego. Taka instytucjonalizacja jest także tworzeniem statusu prawnego monarchy, prezydenta czy wodza o innym charakterze. Taki status łączy w sobie uprawnienia i obowiązki, co ogranicza arbitralność i brak związania władzy najwyższej własnymi dyrektywami.

W patrymonialnych systemach monarchii absolutnej w Rosji dominantą ram instytucjonalnych była publiczna władza cara traktowana jak prawo rzeczowe, bowiem carowie byli właścicielami całej ziemi i nie uznawali autonomii statusu szlachty, utrzymując poddaństwo chłopów wyjątkowo długo. Richard Pipes traf-

Rysunek 11. Mediacyjna rola konstytucjonalizacji

Źródło: opracowanie własne.

nie uznał to zrośnięcie władzy publicznej i prywatnej własności oraz brak wyodrębnienia indywidualnych praw własności za główną osobliwość ustroju Rosji i główną przyczynę jej zacofania, mimo kilku (nieudanych) prób modernizacji. Mówiąc językiem naszej teorii, ten brak określonych statusów prawnych i ułomność całego porządku prawnego Rosji to wada takich ram instytucjonalnych, jakie Pipes nazywa patrymonialnym ustrojem społecznym (Pipes 2006). Konsekwencje patrymonializmu były liczne i długotrwałe, bowiem „kiedy Moskwa podbiła wszystkie ziemie ruskie i bojarzy już nie mogli przenieść się do innej dzielnicy, spostrzegli, że nie przysługują im już żadne prawa. Musieli przyjąć na siebie bardzo ciężkie zobowiązania i nie otrzymali nic w zamian. Jedną z głównych przyczyn powszechnego w Rosji bezprawia [...] jest bez wątpienia brak tradycji dwustronnej umowy, tradycji, która powstała w Europie Zachodniej dzięki systemowi lennemu” (Pipes 2006, 52). W Rosji nie było feudalizmu typu europejskiego, ponieważ nie było statusu prawnego lennika, a książęta i bojarzy byli jedynie tymczasowymi użytkownikami ziemi cara, podobnie jak później klasa dworiantstwa, czyli szlachty urzędniczo-dworskiej służącej carowi i zwracającej się do cara zwrotami typu „ja twój rab”, czym podkreślała swoje zniewolenie. Dziedziczenie władzy i własności w Rosji także nie odbywało się na zasadach primogenitury i senioratu, jak w Europie. Car dzielił równo między swych synów całe dziedzictwo, co utrudniało konsolidację państwa rosyjskiego aż do rządów Piotra Wielkiego. W innych monarchiach europejskich możliwa była też prawna autonomia miast, a królewskie monopole gospodarcze nie były tak liczne jak w Rosji. Ten przykład dobrze ilustruje dysfunkcjonalność ram instytucjonalnych, które są bardzo odległe od modelu zrównoważonych ram instytucjonalnych przedstawionych powyżej.

W systemach komunistycznych, nie tylko w Rosji, przeważała władza publiczna i własność publiczna w formie daleko idącego upaństwowienia życia społeczeństwa i monopartyjności w ekspansywnym państwie. Władza prywatna

(np. rodzicielska, władza zarządcy majątku prywatnego) i jeszcze bardziej własność prywatna były zmarginalizowane przez totalitarną lub autorytarną dyktaturę monopartii. Efektywność tych systemów była wysoka w niszczeniu autonomii porządku prawnego oraz politycznej instrumentalizacji prawa i zaniedbaniu rozwoju wielkich obszarów kultury prawnej. Ramy instytucjonalne wykluczały możliwość wzajemnego hamowania się przez segmenty publiczne i prywatne, bowiem wszelka forma tego, co prywatne, była brutalnie eliminowana lub ograniczana.

Po upadku systemów komunistycznych na początku lat 90. minionego wieku, od prawie ćwierć wieku dominują prywatne formy skupienia mocy i etatyzm na wielką skalę nie występuje nigdzie na świecie poza Koreą Północną i Kubą. Etatystyczne ekscesy ustrojowe zakończyły się upadkiem, ale niestety nie zostały zastąpione przez nową równowagę między władzą publiczną i własnością prywatną. Tym razem wahadło historii ustrojów społecznych wychyliło się w przeciwną stronę.

Korporacyjne struktury wielkiej własności podważają autonomię państw i penetrują tak dalece struktury publiczne, że trafnie mówi się o prywatyzacji państwa, korupcyjnej penetracji sfery polityki lub faktach pojmania, schwywania państwa przez interesy prywatne elit finansowych (*state capture*) (Afeltowicz 2010, nr 1, 69–105). Być może liberalna demokracja jako forma państwa wytrzyma ten niebezpieczny nacisk i będzie w stanie wzmocnić publiczną kontrolę nad ekscesami wielkich potencjałów własności prywatnej. Nie jest to jednak zagwarantowane ani siłą autorytetu prawa, ani legitymizacją demokratycznych form politycznych współczesności. Przewaga własności prywatnej nad władzą publiczną prowadzi do przekształcania państwa w przedmiot transakcji handlowych (*Commodification of The State*), gdzie politycy niejako sprzedają części swej władzy publicznej za prywatne korzyści materialne lub statusowe⁵².

Równowaga statusów prawnych i równowaga w obrębie ram instytucjonalnych ustroju wzajemnie się wspomagają. Taka hipoteza na pierwszy rzut oka wydaje się najtrafniejsza, ale trudno podać procedurę jej empirycznej falsyfikacji lub weryfikacji ze względu na mało operacyjny i wysoce abstrakcyjny charakter terminów kluczowych dla tej hipotezy – ram instytucjonalnych i statusów prawnych.

W tej propozycji jest jeszcze zawarta ważniejsza hipoteza dotycząca ustrojotwórczej i konstytutywnej funkcji właśnie władzy i własności w określaniu najważniejszych cech całego ustroju społecznego, w tym konstytutywnych cech porządku prawnego. Gdy mówię, że władza i własność w sferze prywatnej i publicznej tworzą ramy instytucjonalne, to wyrażam przekonanie, że właśnie tu jest fundament całej konstrukcji wszystkich instytucji składających się na zorganizowane życie zbiorowe ludzi w danym miejscu i czasie.

⁵² Proces takiej prywatyzacji państwa często określa się w literaturze anglosaskiej zwrotem *shift from welfare state to competition state*.

Jeśli obie te hipotezy mają choćby heurystyczną wartość, to można do nich dołączyć trzecią – statusy prawne osób w wysokim stopniu zależą od kształtu ram instytucjonalnych i ogólnych cech porządku prawnego w tych ramach rozwięniętego w taki sposób, że:

- przewaga władzy nad własnością, zwłaszcza gdy trwa zbyt długo, może zagrażać pewności statusów prawnych jednostek i osłabiać ich bezpieczeństwo prawne, nawet jeżeli ta władza jest formalnie demokratyczna. Tym bardziej zagrożony jest status prawny jednostek, gdy jest to władza oligarchiczna, autorytarna lub totalitarna dyktatura, których w historii ludzkości było najwięcej i nie do końca udało się uchronić współczesne liberalne demokracje od oligarchizacji i alienacji władzy groźnej dla pewności statusów prawnych jednostek (Lamentowicz 1993 i 1996; 2011, 43–64);
- z drugiej strony władza prywatna oparta na wielkiej własności prywatnej skupionej w ręku nielicznej oligarchii zagraża prawom gwarantującym wolność jednostkom, jeżeli nie powstrzymuje jej rozumna ręka władzy publicznej;
- wzajemne powstrzymywanie i równoważenie się rozmaitych energii społecznych potrzebne jest nie tylko we wprowadzonym przez de Montesquieu podziale władz publicznych na legislacyjne, wykonawcze i sądowe. Być może jeszcze bardziej potrzebne jest równoważenie się na bardziej podstawowym poziomie, na poziomie ram instytucjonalnych, gdzie władza i własność oraz to, co publiczne i to, co prywatne, mają szansę albo na harmonijne współistnienie, albo na permanentne zderzenia;
- prawo i cały porządek prawny mają tu misję szczególną do spełnienia, bowiem wszystkie składniki ram instytucjonalnych – władcze i własnościowe oraz publiczne i prywatne – są uregulowane przez normy prawne, dzięki czemu stanowią konstytutywną i fundamentalną część porządku prawnego. Prawo wyraża tożsamość ram instytucjonalnych, a zarazem ochrania je i sprzyja ich reprodukcji lub ewolucji w zmiennych historycznych proporcjach;
- ramy instytucjonalne ustroju stanowią także granicę dla zmian możliwych w porządku prawnym bez zniszczenia jego tożsamości, bowiem to bardziej te ramy niż sam porządek prawny określają tożsamość i egzystencjalne podstawy całego ustroju społecznego określonego rodzaju. Zatem także dynamika statusów prawnych ma swe istotne ograniczenia w ramach instytucjonalnych ustroju.

Ramy instytucjonalne ustroju społecznego wyznaczają granice, wzory i formy procesów instytucjonalizacji i formalizacji stosunków społecznych. Instytucje prawne to nie jedyne formy instytucjonalizacji, ale z pewnością nadal najważniejsze.

Ramy instytucjonalne porządku społecznego⁵³ to pole lub strefa relacji władzy i własności, w których uczestniczą rozmaite podmioty o różnych i zmiennych statusach prawnych. Dla całej konfiguracji wszystkich statusów prawnych szczególnie znaczące są te, które powstają i są reprodukowane właśnie w ramach instytucjonalnych porządku społecznego. Inne statusy są pochodne wobec statusów generowanych wewnątrz ram instytucjonalnych, ale nie są ich prostą kopią. Porządek społeczny to szeroki kontekst niezbędny do wyjaśniania dynamiki porządku prawnego, lecz jego determinującą częścią są ramy instytucjonalne.

4.9. Instytucjonalizacja życia i binarne opozycje w myśleniu

Instytucje prawne to konfiguracje bezosobowych norm formalnych i nieformalnych tworzących mechanizmy powstawania, zmiany, monitorowania i kontroli stosunków społecznych oraz określających sens działań, a także granice dopuszczalności celów i środków w strategiach aktorów. Geneza tworzenia instytucji i ich konkretnych form może być postrzegana na dwa sposoby. Z jednej strony jest to proces i wynik walki między osobami i grupami o status, a zarazem wyraz interesów tych aktorów, którzy uzyskali przewagę lub zwycięstwo. Z drugiej strony instytucjonalizacja to efekt dążeń do opanowania chaotyczności zmian, przypadkowości zachowań oraz zapewnienia stabilności układów sił i interesów.

Instytucjonalizacja tworzy pole dla racjonalności o szerszym zakresie niż egoizm rodowo-plemienny czy dynastyczno-klanowy. Badana przez Maxa Webera i jego licznych kontynuatorów biurokratyzacja to tylko szczególny przypadek znacznie ogólniejszego procesu instytucjonalizacji. Weber skupił uwagę na formalnych odmianach instytucjonalizacji i nie docenił nieformalnych reguł obowiązujących w instytucjonalizacji niekiedy w większym stopniu niż reguły formalne zapisane w przepisach i obsługiwane przez zawodowe biurokracje. Poza tym nie każda instytucjonalizacja formalna musi być odmianą biurokratyzacji.

Decyzje budujące lub reformujące instytucje podejmują na ogół grupy uprzywilejowane w stosunkach władzy i/lub własności. Od góry hierarchii statusów dokonuje się na ogół reprodukcja ram instytucjonalnych oraz całej konstrukcji instytucji politycznych i prawnych. Do radykalnych zmian typu instytucjonalizacji dochodzi rzadko i na ogół kształt lub projekt instytucjonalny wykazuje znaczną ciągłość w historii.

Ewolucja jest główną formą zmian w sferze instytucji i dlatego sensowne jest wyróżnianie typowych etapów tego procesu. Za takie etapy uważam trzy długotrwałe procesy dość powolnych zmian:

⁵³ W tym studium traktuję terminy „ustrój”, „ład” i „porządek społeczny” jako równoznaczne, chociaż w socjologii mogą one mieć nieco inne znaczenia.

1. Jurydyzacja stosunków władzy: mniej lub bardziej kompletna i spójna regulacja tych stosunków przez normy prawne;
2. Konstytucjonalizacja władzy publicznej i własności prywatnej;
3. Kulturowa konsolidacja porządku konstytucyjnego, w tym także praw własności zdolnych ograniczać władzę polityczną, i autonomii władzy publicznej chroniącej ją przed inwazjami ze strony grup interesów stworzonych w polu własności.

Poziomy głębokości instytucjonalizacji władzy publicznej można uporządkować w następującą skalę:

1. Ustanowienie nowych norm lub uznanie, że będą obowiązywały w nowych sferach normy już znane;
2. Konsekwentne egzekwowanie tych norm i stosowanie sankcji za ich naruszanie;
3. Systematyczne stosowanie tych norm i eliminowanie wyjątków od nich;
4. Rzadkie i bardzo roztropne zmienianie norm nowych;
5. Zakorzenianie norm w pamięci i doświadczeniu życiowym adresatów;
6. Wspieranie akceptacji społecznej tych norm; ograniczanie postaw nihilistycznych, cynicznych i utylitarnych wobec norm;
7. Tworzenie mechanizmów społecznej autoreprodukcji nowych instytucji przez ewolucyjne i spokojne ich doskonalenie; zmiany nieniszczące stabilności;
8. Tworzenie poczucia obowiązku jako wewnętrznego imperatywu i moralnej konieczności spełnianej bez lęku⁵⁴.

Pole oscylacji instytucjonalnych, gdzie częste są interferencje różnych form instytucjonalnych i niekonsekwencje w konstrukcji instytucji, obejmuje następujące sfery:

- aspekt personalny (rządzą osoby) vs instytucjonalny (rządzą bezosobowe reguły)⁵⁵;
- reguły nieformalne vs formalne – co przeważa i w jakich polach ludzkiej aktywności?
- reguły prawne vs pozaprawne;
- nieład vs ład, porządek;
- procesy vs systemy;
- systemy hierarchiczne vs horyzontalne;
- bez jawnych kompromisów vs jawne kompromisy wyrażone w instytucjach;

⁵⁴ Instytucjonalne nurty nauk ekonomicznych i socjologii są bogatym źródłem inspiracji dla nauk prawnych, do tej pory bardzo skromnie wykorzystywanym w teorii prawa i dogmatykach prawnych, które powinny czuć się szczególnie predysponowane do wykraczania poza opisy instytucji prawnych i streszczanie obowiązujących przepisów.

⁵⁵ W języku angielskim ten dylemat instytucjonalizacji brzmi zgrabnie i logicznie *Who rules? Rules or Rulers?*

- demokratyzacja vs oligarchizacja;
- poszerzanie zakresu wolności osób vs ograniczanie wolności;
- normy vs sieci stosunków;
- imitacje niekompletne wzorów instytucjonalnych z zewnątrz vs pełna i udana recepcja instytucji pochodzącej z zewnątrz.

Proces odwrotny do instytucjonalizacji to personalizacja, gdy czynnik osobisty (np. charyzma przywódców) dominuje nad siłą i autorytetem bezosobowych norm postępowania. Co sprzyja personalizacji stosunków władzy publicznej? To szczególnie ważne pytanie ze względu na rolę państwa w tworzeniu prawa i statusów prawnych. Personalizację ułatwiają następujące czynniki:

- Anomia i destrukcja normatywności zwiększają przestrzeń personalnych zależności.
- Próżnie normatywne: rzeczywiste i pozorne. Za próżnie normatywne uważam sfery długotrwałej i głębokiej deprawacji lub demoralizacji, w których osobiste dyrektywy osób wysoko postawionych w hierarchii i przemoc są głównymi formami władzy.
- Korupcja w ramach instytucjonalnych ustroju.
- Klientelizm i klanowość w życiu publicznym i prywatnym oraz paternalizm w klanach, nader powszechny poza Europą, a w Europie będący zwyczajem bardzo silnym w społeczeństwach śródziemnomorskich.
- Niski poziom zaufania do instytucji generuje swój substytut, czyli wyższy poziom zaufania do niektórych osób, którym przypisywane są właściwości nadzwyczajne. Charyzma osobista jest łatwiej osiągalna tam, gdzie instytucje są słabe.
- Imitacyjna, pozorna, powierzchowna lub niekompletna instytucjonalizacja władzy publicznej.
- Tradycje autorytarne żywe w pamięci społecznej oraz związane z nimi zwyczaje i inne niepisane reguły.
- Brak polemicznego i wolnego dyskursu w sferze publicznej i słabość opinii publicznej.

Przy wysokim poziomie personalizacji władzy instytucje są tylko epifenomenem, zjawiskiem wtórnym wobec woli przywódców. Instytucje polityczne i prawne mogą być wówczas jedynie refleksem osobowości przywódców. Osobiste ambicje przywódców łamią trwałe podział ról oraz praw i obowiązków, przez co niszczą stabilność statusów prawnych. Instytucje stają się także wygodnym parawanem i wehikułem dla karier osobistych w systemie władzy personalnej. Taka zależność została potwierdzona przez historyczne doświadczenie Europy niszczonej przez większość wieku XX przez dyktatury faszystowskie i komunistyczne oraz dwie bezprecedensowe wojny, w których zginęło około 60 milionów ludzi.

W takich warunkach rozwijają się patologiczne sposoby używania instytucji; dokonuje się instrumentalizacja instytucji i niszczenie ich kulturowej auto-

nomii. Formalne reguły proceduralne mogą także być nadużywane, jeśli służą ambitnym i sprytnym jako środek personalizacji władzy. Reguły formalne i nieformalne, używane jako tarcze lub miecze w walce osób o statusy to nierzadka praktyka we współczesnym świecie wielkich organizacji.

Inna typowa patologia w systemach władzy personalnej to sytuacja, gdy ambicje osób przywódczych są większe niż ich umiejętności rządzenia. Jest to źródło chaosu w instytucjach i pośrednio w statusach osób aktywnych w tym polu. Osoby ambitne dążą do poszerzania swej władzy w instytucjach, aby potem móc z niej bezkarnie korzystać lub nawet nie korzystać, ale nie pozwolić innym wkrazać w te zajęte rewiry władzy. Władza jest gromadzona nawet wtedy, gdy nie będzie potem używana, a w tych polach powstają nieokreślone statusy prawne innych osób uczestniczących w rządzeniu. Można to określić jako socjologiczne i psychologiczne *prawo maksymalizacji pola władzy*. Oczywiście jest ono jedynie generalizacją doświadczeń historycznych.

Poza patologiami powstają liczne paradoksy instytucjonalizacji życia społecznego, które zmniejszają jednoznaczność statusów prawnych. Biurokratyczna anarchia może być efektem konserwatywnego poszukiwania bezpieczeństwa kariery przez funkcjonariuszy władzy nadmiernie chroniących swe własne statusy. Im bardziej dbają oni o własne bezpieczeństwo w strukturze biurokratycznej, tym więcej decyzji i działań ma charakter chaotyczny, gdyż wiele statusów wewnątrz tej biurokracji nie jest realizowanych. W ten sposób dążenie biurokratów do zwiększania własnego bezpieczeństwa w hierarchii może pogłębiać nieład, a nawet wprowadzać chaos w strukturach władzy publicznej wpływających na statusy prawne.

Paradoksalnie centralizacja władzy wytwarza impulsy dla kontrtendencji prowadzącej do niekontrolowanej fragmentacji instytucji lub segmentacji stosunków. W sferze parlamentarnej gry o władzę polityczną często dochodzi do wzajemnego przechytrzenia się polityków i wyborców. Politycy chcą manipulować wyborcami, aby umocnić swą osobistą charyzmę i opartą na niej władzę personalną. Przesłanką takiej gry jest założenie, że partie są racjonalne, a wyborcy irracjonalni. Oczywiście to założenie jest fałszywe, bowiem bywają wyborcy racjonalni i partie nieracjonalne.

Każde pole ludzkiej aktywności ma swoiste wzory instytucjonalizacji, których podstawowym składnikiem jest obecnie prawo, podczas gdy w dawniejszych wiekach były to na ogół normy religijne, obyczajowe i zwyczaje zakorzenione w lokalnych tradycjach. Choć także te pozaprawne formy instytucjonalizacji są obecne w kulturach współczesnych, ale pełnią raczej rolę pomocniczą lub uzupełniającą. Są także inspiracją dla nieformalnych aspektów instytucjonalizacji. Te nieformalne instytucje oparte na regułach niewyraźnianych przy pomocy pisma mogą być bardzo mocno zakorzenione w pamięci ludzkiej i pamięci instytucjonalnej nawet bardzo nowoczesnych i wysoko rozwiniętych społeczeństw.

Wielu znawców prawa wskazuje na adaptacyjny, ewolucyjny i powolny charakter zmian instytucji prawnych, dokonujących się przez stopniowe dostosowywanie do wymagań życia społecznego. Tak pisał o tym na początku XX wieku Leon Petrażycki: „...wielkie instytucje prawne, na których opiera się życie społeczne i kultura ludzkości, zostały stworzone nie przez cel (to jest świadomość i pragnienie rezultatów przyszłych), nie przez świadomą twórczość, lecz przez nieświadome przystosowanie” (Kojder 2009, 75)⁵⁶.

Instytucjonalizacja to proces bardzo długotrwały i wymagający projektowania w oparciu o pojęcia abstrakcyjne, jeśli ma być adekwatny do potrzeb grup rządzących i przynajmniej biernie znoszony przez grupy podporządkowane. Aby to było możliwe, ludzie nauczyli się porządkować pojęcia abstrakcyjne w pary, układy binarne, które zawierają coś pozytywnego i coś negatywnego, coś dobrego i coś złego. Te zakrzepłe schematy binarnego myślenia są intelektualną protezą ułatwiającą poruszanie się tym, którzy nie potrafią lub nie chcą ćwiczyć swego umysłu w myśleniu analitycznym i prognostycznym, koniecznym do projektowania zmian instytucjonalnych. Te binarne struktury naszego umysłu tworzą także intelektualną podstawę naszych koncepcji racjonalności, które są założone w projektach instytucjonalnych. Przy ich wykorzystaniu budowane są także argumentacje legitymizujące stare i nowe instytucje, wytwarzane jest poczucie ich naturalności, oczywistości czy po prostu większej efektywności niż miały instytucje dawne lub istniejące w innych społeczeństwach. Binarne opozycje pojęciowe służą do uzasadniania sposobów interpretacji znaków i ustalania właściwych sensów tych znaków. W dialektycznych metodologiach mogą również być użyteczne przy wyjaśnianiu zdarzeń i ich pasm, do klasyfikacji zjawisk, a nawet do ich oceny.

Typ kultury określony przez jej aksjologiczną dominantę wpływa na to, jaka jest podstawowa dla tej kultury opozycja binarna. Na przykład w kulturach zdominowanych przez wartości religijne jest to opozycja *sacrum vs profanum*, w kulturach perfekcjonistycznych główna różnica to doskonałość vs niedoskonałość etyczna, w kulturach arystokratycznych dostojność vs pospolitość, w kulturach militarnych odwaga vs tchórzostwo. Wszystkie binarne układy mają wspólną cechę – *redukują złożoność, wieloaspektowość i wielobarwność form jedynie do pary pojęć opozycyjnych, co stwarza intelektualnie zubożoną przesłankę dla tworzonych norm i opartych na nich statusów prawnych*.

Binarne myślenie nadal ma bardzo wiele przejawów. Kilka najbardziej rozpowszechnionych schematów binarnych przytaczam poniżej, bez wskazywania źródeł pochodzenia tych kategorii, poza dwiema propozycjami Immanuela Kanta i Jürgena Habermasa. Tabela ta czytana pionowo pozwala zauważyć pewne analogie semantyczne i powiązania między różnymi schematami binarnymi.

⁵⁶ Jest to cytat z pracy Petrażyckiego opublikowanej w Petersburgu w 1902 roku i niewydanej po polsku.

Tabela 6. Schematy myślenia binarnego

Przyroda Natura	Ludzie Kultura
Konieczność	Wolność wyboru
Determinizm Konieczność	Indeterminizm Przypadkowość
Sfera bytu Zjawisko Fenomeny	Sfera powinności Istota Noumeny Propozycja Immanuela Kanta
Rzeczy Materia(lny) Forma Obiektywne	Wartości i normy Idea(lny) Treść Subiektywne
Racjonalność instrumentalna to funkcja celów i środków adekwatnych do tych celów w takim stopniu, aby możliwa była maksymalizacja skuteczności i efektywności	Racjonalność komunikacyjna i kulturowa to funkcja wiedzy o warunkach rozmowy i uznawanych wartościach oraz normach dająca szansę na porozumienie i/lub poprawne rozumienie kulturowego fundamentu, dzięki któremu toczy się dyskurs (Dystynkcja J. Habermasa)

Źródło: opracowanie własne.

Istotne są ponadto takie dystynkcje binarne, jak: globalny vs lokalny, uniwersalny vs partykularny, wewnętrzne vs zewnętrzne, zmiana vs trwanie. Opozycje pojęciowe są podstawą argumentacji zwłaszcza w debacie o uniwersalnych prawach człowieka, wielokulturowości i pluralizmie prawa oraz są pomocne dla rozumienia procesów integracji, dezintegracji i reintegracji w wielkich systemach o wysokiej złożoności i zaawansowanej instytucjonalizacji.

W religiach występują diady: nieba i piekła, anioła i szatana, zbawienia i potępienia. W chińskiej tradycyjnej dialektyce obecna jest idea opozycji tego, co jasne i męskie, oraz tego, co ciemne i kobiece. Te binarne schematy wyznaczały także statusy osób i nadal mają silny wpływ na dystrybucję uprawnień i obowiązków między osobami i całymi statusowymi kategoriami osób.

Tradycyjną opozycją binarną jest relacja wiary i wiedzy lub wiary i rozumu. Uczeni mają naturalną skłonność do przeceniania roli wiedzy i rozumu w ewolucji statusów i niedoceniają wiary, nie tylko religijnej. Przypomnieć wypada, że Erazm z Rotterdamu był jednym z najwybitniejszych myślicieli swej epoki, niejako wcieleniem rozumu o szerokich horyzontach i niemałej sile perswazji. Martin Luter natomiast był prowincjonalnym duchownym o mało wyrafinowanym rozumie filozoficznym. Obaj odegrali istotną rolę w kwestionowaniu statusów osób i organizacji, w tym zwłaszcza Kościoła katolickiego i jego hierarchii instytucjonalnej. Obaj udzielali własnych, oryginalnych odpowiedzi na pytania nowe, których nikt im nie stawiał, lecz wykryli je sami. A jednak to nie rozum Erazma

i jego dzieła naukowe, lecz manifestacyjne i emocjonalnie gorące wezwania do czystej i prawdziwej wiary Lutera spowodowały reformację religijną i rzeczywisty przewrót w świadomości wielkich mas ludzi. Niekiedy zatem manifestacja wierzeń nieracjonalnych stanowi mocniejszy czynnik zmian kulturowych niż wielka finezja intelektualna i logicznie porządne, racjonalne argumentacje.

Binarna dystynkcja między wrogiem i przyjacielem była podstawą koncepcji polityczności Carla Schmitta, co niejednokrotnie było kwestionowane przez empiryczną socjologię polityki i nauki historyczne.

Również wybitni myśliciele współczesności używają tworzonych przez siebie samych binarnych typologii postaw lub stylów myślenia. Leszek Kołakowski w roku 1959 wydał esej zatytułowany *Kapłan i błazen*, w którym przedstawił historię kultury jako permanentną dychotomię między filozofią broniącą absolutu i filozofią podważającą wszelkie absoluty. Owa dychotomia jest konfliktem między kapłanami i błaznami. Kapłan jest strażnikiem absolutu – oddaje kult prawdom zastanym i przyjętym na zasadzie ślepej wiary. Natomiast błazen to osoba poszukująca, pytająca, podważająca stworzone systemy filozoficzne i teologiczne. Kapłan – to osoba bezmyślnie trwająca w religii, w której się wychowywała; błazen – osoba krytycznie i samodzielnie rozumująca. Kołakowski pisał o *kapłanach*, którzy tworzą systemy filozoficzne i na ogół utrwalają stare idee i metody, oraz o *błaznach*, którzy są krytykami idei zastanych i raczej coś burzą niż budują.

Isaiah Berlin odróżniał dwa typy osobowości intelektualno-artystycznych: *jeże* wszystko wyjaśniają przez odwołanie do jednej fundamentalnej zasady, idei przewodniej lub przyczyny i poszukują jednej scalającej perspektywy wewnętrznej, a *lisy* poszukują rozmaitych dróg poznania i sposobów wyrazu, żyją i myślą odśrodkowo, osiągają cele przez rozproszenie kroków i ich wielokierunkowość, zacierają ślady swego ruchu i nie tkwią w jakimś wybranym punkcie obserwacyjnym.

Takie dystynkcje pojęciowe są bardzo interesujące, alegoria służy tu zwiększaniu stopnia sugestywności myśli. Zdumiewa jednak to, że nawet bardzo wybitni uczeni mają skłonność do redukcji bogatej palety możliwości właśnie do dwóch i tylko dwóch skrajnych i przeciwstawnych form (Berlin 2003, 21).

Prawnicy również chętnie używają schematów binarnych. Najprostszy z nich to odróżnianie czynów zgodnych z prawem od niezgodnych z prawem, które oczywiście nie zawsze uwzględnia stopnie czy zakresy owej zgodności lub niezgodności. Orzeczenia sądowe w sprawach karnych i wymierzanie sankcji represyjnych także oparte jest na ocenie binarnej i sąd musi rozstrzygać według alternatywy, czy oskarżony jest winien czy niewinien czynów bezprawnych. Ten schemat przeniesiony w sferę stosowania prawa może prowadzić do decyzji rażąco niesprawiedliwych i nawet sprzecznych z intencją prawodawcy. Dlatego binarna sztywność albo-albo jest przez prawodawców świadomie łagodzona wprowadzeniem stopniowania dolegliwości sankcji przez uwzględnianie okoliczności łagodzących, chociaż niezwalniających od odpowiedzialności. Zasada

binarności jednak pozostaje, ponieważ sąd nie może kogoś częściowo uznać za winnego, a częściowo za niewinnego popełnienia tego samego czynu niezgodnego z normą prawną.

Sensowne jest pytanie, w jakim stopniu binarne myślenie przy stosowaniu prawa jest konieczne? Przy ustalaniu odpowiedzialności karnej zapewne w wyższym stopniu niż przy postępowaniach opartych na prawie cywilnym lub administracyjnym, skoro uznajemy na ogół zasadę podzielności racji. Rzadko zatem tylko jeden podmiot ma rację, a drugi nie ma żadnej racji. Pytanie, kto ma rację, można zatem rozstrzygać przez rozsądny kompromis, co często robią sędziowie. Ponadto tylko filozofowie i to nie wszyscy poszukują racji absolutnej w argumentacjach, a w praktyce stosowania prawa na ogół rozważa się racje wystarczające lub rozstrzygające, bez marzenia o absolutcie i doskonale czystym zwycięstwie argumentacyjnym.

W naukach prawno-dogmatycznych częste jest rozróżnianie koncepcji na dwie kategorie – podmiotowe i przedmiotowe, co trudno jednak uznać za świadectwo wyrafinowania intelektualnego.

Również klasyczna logika dwuwartościowa ostro przeciwstawia sobie prawdę i fałsz, co jest oczywistym binarnym uproszczeniem, bowiem rzadko pojawia się w dyskursie społecznym wartościowa i niebanalna wiedza albo zupełnie i w najwyższym stopniu prawdziwa, albo całkowicie fałszywa. Na ogół taka wiedza jest zarazem w pewnym stopniu prawdziwa, a w pewnym stopniu fałszywa, może także być dokładniej lub mniej dokładnie uzasadniona. Dlatego we wcześniejszych rozdziałach opowiadałem się za wykorzystywaniem logiki wielowartościowej (na przykład logiki trójwartościowej Łukasiewicza czy logiki rozmytej Zadeha) w rozumowaniach prawniczych, a zwłaszcza przy analizie i interpretacji splotów faktyczno-normatywnych.

Niezależnie jak często są używane schematy binarne, pozostają one schematami, bowiem mają tendencję do kostnienia, petryfikacji niezależnej od doświadczenia historycznego i wiedzy empirycznej w tym doświadczeniu zawartej. Stając się zakrzepłą formą, mogą nie uwzględniać pewnych zmian społecznych, które znoszą takie dychotomie i diady, mówiąc językiem Hegla, lub po prostu pozbawiają sensu takie dystynkcje pojęciowe. Istnieją one w metodzie myślenia, chociaż zanikają podstawy dla ich istnienia w sferze faktów. Jest zatem dobrym pomysłem zalecanie ostrożności w używaniu opozycji binarnych, branie pod uwagę ich względności i możliwości przenikania się tego, co kiedyś było oddalonymi od siebie biegunami i tradycyjnie uchodziło za opozycję binarną.

Dla analizy porządku prawnego, który jest bardzo rozległym i heterogenicznym polem ludzkiej aktywności, te schematyczne opozycje binarne są także mieczem obosiecznym – przy ich pomocy można intelektualnie rozcinać sploty nawet bardzo złośliwych problemów, lecz można także boleśnie zranić samego siebie lub utrwalić jakiś rodzaj ignorancji i arogancji w swym własnym polu wiedzy (Lamentowicz 2017). Na przykład dystynkcje: wewnętrzny i zewnętrzny,

krajowy i międzynarodowy mają coraz bardziej wieloznaczny charakter w świecie zaawansowanych współzależności państw i regionów świata, internacjonalizacji i globalizacji życia społecznego.

Status obywatelski człowieka w Unii Europejskiej stał się strukturą wielopiętrową, ludzie mają podwójne obywatelstwo w osobliwym sensie, bo przecież nie są obywatelami dwóch lub więcej państw (to przydarza się tylko nielicznym). Osobliwość tego podwójnego obywatelstwa polega na tym, że ludzie są oczywiście obywatelami swych państw, a ponadto mają wiązkę uprawnień i obowiązków wspólnych dla obywateli Unii Europejskiej, a te nowe elementy ich statusu obywatela są także chronione przez wspólne unijne organy władzy publicznej, które Unia wytworzyła, chociaż sama nie jest ani państwem, ani klasyczną między-rządową organizacją międzynarodową.

Nadmierne zaostrzanie krawędzi owych binarnych opozycji zwiększa ryzyko w poszukiwaniu prawdy, a zwłaszcza wtedy, gdy pragniemy połączyć prawdę z dobrem i pięknem, zmierzając do harmonijnej mądrości. Taka zintegrowana wiedza i mądrość nie byłaby oparta na binarnym przeciwstawianiu nauk matematyczno-przyrodniczych – w których podobno tylko jedna jest odpowiedź prawdziwa, naukom humanistycznym – w których jest wiele odpowiedzi prawdziwych w rozmaitym stopniu.

To przeciwstawienie dwóch typów nauk też nie ma szans na trwanie, bo sami fizycy i to najwyższej klasy udowodnili, że niemożliwa jest jedna obiektywna prawda potwierdzona stuprocentowo w każdym eksperymencie i w każdym zastosowaniu. Zasada nieoznaczoności Heisenberga, stała Plancka i zjawisko superpozycji cząstek to myślowe fundamenty fizyki kwantowej, w której obiekt Ω może być jednocześnie jedynką i zerem, a przewidywanie oparte na empirycznych eksperymentach pozwala przewidzieć nie jeden, zawsze prawdziwy wynik, lecz całe pasmo wyników o rozmaitym stopniu prawdopodobieństwa. Praca nad komputerami kwantowymi i bionicznymi, doskonalenie sztucznej inteligencji, poszukiwanie Super Sztucznej Inteligencji (*Super Artificial Intelligence*) oraz tworzenie programów komputerowych, które same się ulepszają, jest możliwe właśnie dzięki fundamentalnym ideom fizyki współczesnej badającej interferencję fal i interferencję cząstek, fizyki, która tak dobrze nauczyła się obu teorii względności Einsteina, że dawno przekroczyła ich bardzo śmiało horyzonty.

Procesy odkrywania interferencji kategoryalnych i scalania się biegunowych przeciwieństw były obecne już w antycznym myśleniu dialektycznym i hipotezie o powstawaniu jedności przeciwieństw. Myśl chińska wyprzedzała myśl antycznej Europy pod tym względem, ale Platon także mawiał mądrze, że nadmiar czegokolwiek może przekształcić się w swe przeciwieństwo. Rozumiał, że między biegunami dychotomii dzieje się coś ważnego. Dziś analitycy systemu globalnego posługują się kategoriami, które oparte są na interferencji binarnych przeciwieństw. Do takich kategoryalnych mieszanek ontycznych należą fragementacja (połączenie integracji i fragmentacji) i glokalizacja (połączenie globaliza-

cji i lokalizacji). Używany w badaniach strategii wojennych język angielski wytworzył pojęcie *frenemies*, co znaczy połączenie w jednym podmiocie pozornie sprzecznych cech *friends* oraz *enemies*.

W myśleniu o prawie hipoteza jego emergencyjnego wyłaniania się z niebytu i stopniowego nabywania cech systemowości oraz koncepcja splotu normatywno-faktycznego jest próbą przeniesienia intelektualnych inspiracji z innych dziedzin nauki do teorii prawa i wszelkiej nowoczesnej refleksji nad prawem w działaniu, prawem obecnym wśród ludzi, prawem żywym, które – mówiąc językiem Habermasa – można by przenieść z Systemu, gdzie jest obecnie, do Świata Życia.

Rozdział 5

Statusy prawne we współczesnym świecie

5.1. Statusy prawne, bezpieczeństwo prawne i formalna sprawiedliwość

Status prawny zapewniający wysokie bezpieczeństwo prawne to taki, który jest odporny na arbitralne lub dyskrecjonalne ingerencje aparatu władzy publicznej i podmiotów prywatnych. Im wyższa jest pewność i nienaruszalność statusu prawnego, tym pełniejsze poczucie bezpieczeństwa.

Wysokie bezpieczeństwo prawne w znacznym stopniu zależy od istnienia zasady formalnej sprawiedliwości i sposobu jej stosowania przez organy władzy publicznej i ośrodki władzy prywatnej. Sytuacja, gdy formalna sprawiedliwość, zgodna z rzymską zasadą *iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuere*, jest chroniona przez prawo i rzeczywiście respektowana przez aparat państwa i inne podmioty prawa, sprzyja stabilności i równowadze statusów prawnych.

Formalna sprawiedliwość to równe traktowanie przez prawo każdego, kto należy do takiej samej kategorii i ma taki sam status prawny. W samej hipotezie normy prawnej są określane podstawy statusów, czyli podmiotowe cechy moralnie istotne dla różnicowania uprawnień i obowiązków, oraz sytuacyjne okoliczności, w których dane podmioty mają działać. To równe traktowanie oznacza dwa zakazy – zakaz dyskryminacji i zakaz uprzywilejowania kogokolwiek o takim samym statusie. Tak pojmowana równość wobec prawa zawsze jest równością tylko w ramach normatywnie wyznaczonych kategorii podmiotów prawa. Równo są zatem traktowane podmioty wyróżnione na podstawie:

- posiadania wspólnej cechy uznanej za istotną podstawę różnicowania statusów przez prawodawcę, np. fakt bycia matką, zawodowym oficerem, funkcjonariuszem publicznym, posłem, członkiem zarządu spółki giełdowej. Każdy, kto ma taką cechę, powinien być traktowany tak samo przez wszystkich, bowiem status jest skuteczny *erga omnes*.
- występowania takiej samej sytuacji i okoliczności, w których znajdują się podmioty uprawnień i obowiązków, np. zabójca działający pod wpływem silnych emocji, matka będąca w szoku po urodzeniu dziecka, żołnierz

pełniący służbę wartowniczą. Każdy, kto znalazł się w takich samych okolicznościach, powinien być traktowany tak samo przez wszystkich.

Od zasady formalnej sprawiedliwości zakładającej równość wobec prawa oczekuje się także, że przyniesie wiele pozytywnych następstw, takich jak: jasność i jednoznaczność przepisów, bezstronne i autonomiczne, wolne od nacisków decyzje stosowania prawa, nieretroaktywne działanie prawa (chyba że nowe prawo jest korzystniejsze dla podmiotów prawa), wysoka moc predyktywna przepisów i decyzji o ich stosowaniu.

Formalna sprawiedliwość jest warunkiem koniecznym *iustitia commutativa* i *iustitia distributiva*, ale niewystarczającym. Warunków wystarczających sprawiedliwości rozdzielczej jest tak wiele, że ich prezentacja i analiza wymagałaby napisania następnej książki i byłaby to raczej książka z socjologii i ekonomii niż z teorii prawa.

Ustawowe zagwarantowanie tak rozumianej formalnej sprawiedliwości jest oczywiście skutecznym remedium na gorzką konieczność stosowania formuły Gustawa Radbrucha *lex iniustissima non est lex*. Za bezspornie ważne osiągnięcie należy uznać stan, gdy nie jesteśmy zmuszani do traktowania *lex iniustissima* jako nieobowiązującego, lecz większym wyzwaniem dla zapewnienia statusów prawnych jest sytuacja mnożenia się przywilejów opartych na wielkim majątku prywatnym, co niszczy skuteczność zakazu dyskryminacji. Przywileje istniejące *de facto* skutecznie dewastują eleganckie egalitarne statusy prawne nawiązujące do zasad równości wobec prawa i równości w prawie.

Bezpieczeństwo prawne może być badane na wielu płaszczyznach, np. jako:

- prawo człowieka i obywatela,
- warunek osiągania innych celów, np. stabilnej demokracji i rozwoju społeczno-gospodarczego,
- aspekt lub cecha konkretnego porządku prawnego,
- cel strategii politycznej partii lub państwa.

Dla ogólnej teorii prawa szczególnie ważne są przesłanki i warunki konieczne dla akceptowalnego poziomu bezpieczeństwa prawnego. Warunki te trzeba odróżnić od konkretnych przejawów bezpieczeństwa różnych kategorii osób w określonym państwie i wskaźników służących do jego pomiaru. Jeżeli ktoś ma status lekarza, to status ten może być mniej lub bardziej bezpieczny. Sensowną kategorią analizy prawniczej jest bezpieczeństwo statusów prawnych. To składnik ogólnego poziomu bezpieczeństwa prawnego w danym państwie, regionie lub w jakiejś społeczności lokalnej.

Ogólne warunki bezpieczeństwa prawnego podzielimy tu na trzy kategorie: 1) cechy formalne i treść samego prawa; 2) postawy i emocje adresatów prawa; 3) stopień zrównoważenia i adekwatności ram instytucjonalnych ustroju społecznego.

1. **Cechy formalne i treściowe samego prawa** powinny sprzyjać redukowaniu niepewności i ryzyka dzięki temu, że:

- granica między prawem a innymi systemami norm oraz formami kultury powinna być tak wyraźna, aby aparat państwa i obywatele nie mieli niepewności, co jest prawem, a co jest innym regulatorem zachowania. Takie rozsądne minimum autonomii prawa wobec innych systemów normatywnych jest koniecznym warunkiem zakorzeniania prawa w świadomości adresatów i jego zdolności wpływania na ich postawy wobec prawa. Dzięki temu emergencja prawa może osiągnąć najwyższy poziom;
- reguły określające personalny, przestrzenny i czasowy aspekt mocy obowiązującej przepisów i norm prawnych są jednoznaczne i stosowane konsekwentnie. W efekcie rzadko pojawiają się wątpliwości lub brak pewności dotyczący tego, co jest obowiązującym prawem, a co nim jeszcze nie jest albo już nie jest;
- zmiany w treści prawa nie są zbyt szybkie, bo lawinowe transformacje prawa powodują brak pewności prawa i uniemożliwiają nawet fachowcom zrozumienie norm prawnych. W cywilizacji szybko zachodzących zmian i nieliniowego rytmu tych zmian w życiu społecznym coraz trudniej zapobiec inflacji prawa;
- złożoność prawa narastająca wraz z komplikowaniem się cywilizacyjnych warunków życia społecznego i konieczna technicyzacja jego treści nie powinny osiągać takiego poziomu, na którym prawie nikt nie ma pewnej wiedzy o treści prawa;
- statusy prawne podmiotów prawa są wewnętrznie i kategoryalnie zrównoważone, czyli istnieje odpowiednia proporcja i/lub równowaga między uprawnieniami i obowiązkami w całym układzie statusów. Statusy prawne są stabilne, rzadko kwestionowane, przewidywalne i aktywnie chronione przez aparat państwa. Prawo ma wysoką moc predykcyjną i pozwala trafnie przewidywać zachowanie adresatów norm, dzięki czemu skutecznie reguluje stosunki społeczne;
- istnieje ład prawny w społeczeństwie i ład w samym prawie, a prawo posiada swą wewnętrzną moralność zgodną z ośmioma postulatami Lona Fullera o wewnętrznej moralności prawa, np. jest rzadko zmieniane, ma niewiele klauzul generalnych i jest wyrażone precyzyjnym językiem, nie działa wstecz, nie wymaga zachowania niemożliwego do wykonania, jest porządnie ogłaszane;
- instytucjonalne, formalne gwarancje rządów prawa są właściwie zbudowane i rzeczywiście funkcjonują. Szczególnie istotne są gwarancje związane z trybem tworzenia prawa, formami istnienia prawa i procedurami jego stosowania. Procedury stosowania prawa przez organy władzy publicznej są szczególnie ważne, bo mogą one bezpośrednio określać stopień przestrzegania prawa przez wszystkie podmioty do tego zobowiązane. Warto w tym miejscu przypomnieć kluczowe różnice między stosowaniem a przestrzeganiem prawa, co pokazano w tabeli 7.

Tabela 7. Stosowanie i przestrzeganie prawa: różnice

Kryteria	Stosowanie	Przestrzeganie
Podmiot działający	Organy państwa	Osoby fizyczne i prawne
Złożoność proceduralna postępowania	Analiza faktów, interpretacja norm, subsumpcja. Wymagane są profesjonalne umiejętności	Potoczne rozumienie norm, bez szczególnych procedur, wystarcza wiedza ogólna i orientacja w świecie
Źródła wiedzy o sankcjach wobec podmiotów niewłaściwie stosujących lub tylko nie przestrzegających prawa	Pragmatyki służbowe i akty normatywne w oficjalnych organach publikacyjnych	Informacje z Internetu i mediów powszechnie dostępnych
Moment w czasie, w którym prawo jest badane, interpretowane i oceniane	<i>Ex ante</i> , przed podjęciem decyzji stosowania prawa	Na ogół <i>ex post</i> poprzez skutki doznawane przez adresata normy, który jej przestrzega lub nie przestrzega

Źródło: opracowanie własne.

2. Postawy, a zwłaszcza emocje adresatów prawa sprzyjające bezpieczeństwu prawnemu:

- brak strachu przed nadużyciami władzy i jej arbitralnymi ingerencjami w życie prywatne obywateli i ich organizacji lub rzadko występujące poczucie zagrożenia bezprawnymi zachowaniami aparatu władzy. Przemoc fizyczna i symboliczna jest rzadko stosowana przez aparat władzy publicznej i inne segmenty elity władzy wobec obywateli, a podstawą jej stosowania są normy prawne;
- brak strachu przed naruszeniami pozycji prawnej przez inne podmioty prawa – innych obywateli i ich organizacje, a także podmioty zagraniczne penetrujące z zewnątrz system prawa;
- przestrzeganie prawa i postawy legalistyczne są wśród obywateli znacznie częstsze niż łamanie, nadużywanie, omijanie czy ignorowanie prawa. Legalistyczne postawy sprzyjają przewidywalności zachowania ludzi, a upowszechnianie się postaw utylitarnych/opportunistycznych, konformistycznych i nihilistycznych wobec prawa ogranicza rolę prawa jako stabilizatora i gwaranta przewidywalności i pewności w stosunkach prawnych i innych stosunkach społecznych.

3. Ramy instytucjonalne ustroju społecznego są odpowiednio zrównoważone wówczas, gdy cztery formy mocy – własność publiczna i prywatna oraz władza publiczna i prywatna – są od siebie instytucjonalnie oddzielone. Wtedy ich autonomia może sprzyjać wzajemnemu ograniczaniu i równoważeniu wpływów generowanych przez te formy mocy. Kumulacja tych czynników mocy w niewielkiej i tożsamej grupie zagraża rządowi prawa i bezpieczeństwu prawnemu. Ramy instytucjonalne ustroju to najważniejsze relacje społeczne określające inne relacje i naczelne zasady

całego ładu społecznego. Są one nie tylko przesłanką bezpieczeństwa prawnego, lecz pełnią wiele innych ważnych funkcji wobec porządku prawnego.

5.2. Statusy prawne współczesnego człowieka

Człowiek to podmiot, któremu przysługują godność, wolność wyboru i liczne prawa szczegółowo katalogowane w deklaracjach ONZ, aktach normatywnych Rady Europy czy Karcie Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Już trzy generacje praw człowieka i prawnych środków ich ochrony wytworzyła współczesna kultura prawna i jesteśmy blisko powstania czwartej generacji praw człowieka. Statusy posiada pojedynczy człowiek, ale także kolektywy społeczne, o czym stanowią prawa człowieka trzeciej generacji, takie jak prawo narodów do samostanowienia politycznego, prawo do rozwoju i prawo dążenia do wyrównania różnic między narodami, prawo do swobodnego wyboru drogi rozwoju; prawa ludów wobec wspólnot międzynarodowych, m.in. prawo do równego traktowania wszystkich ludów, prawo do otrzymania pomocy od innych państw w walce o wolność, obowiązek zagwarantowania praw innych narodów do rozwoju, prawo ekonomiczne narodów do własnych zasobów i bogactw naturalnych, do zachowania kultury, środowiska naturalnego; prawa mniejszości narodowych i etnicznych, m.in. do zachowania własnej tożsamości, w tym swojego języka, podtrzymywania własnej tradycji, do rozwoju własnej kultury, szkolnictwa, instytucji kulturalnych; prawo do pokoju; prawo do czystego środowiska naturalnego; prawo do wspólnego dziedzictwa przeszłości; prawo do pomocy humanitarnej; prawo do korzystania z dorobku cywilizacyjnego przez Internet.

Czwarta generacja praw człowieka jest jeszcze w fazie wyodrębniania się. Można jednak wskazać należące do niej prawa mniejszości seksualnych, np. prawo do zawierania związku małżeńskiego, prawo do adoptowania dzieci, prawo do zajmowania stanowisk bez ograniczeń.

Liczne są zwłaszcza gwarancje praw trzech pierwszych generacji, a ich ochrona stała się z czasem także szanowanym celem polityki zagranicznej państw liberalno-demokratycznych, poczynając od prezydenta Jamesa Cartera, postępującego tak za radą Zbigniewa Brzezińskiego. Liczne interwencje zbrojne z pobudek humanitarnych dokonywane były w celu ochrony praw człowieka i powstrzymania reżimów autorytarnych przed ignorowaniem liberalnych statusów prawnych swych własnych obywateli. Doktryna *responsibility to protect* związana właśnie z liberalnym statusem prawnym jednostek i zbiorowości społecznych legitymizuje działania zbrojne na terytorium obcych państw podjęte w celu ochrony praw ludzi, pomimo że narusza zasadę integralności terytorialnej i suwerenności zewnętrznej państw. Podobną funkcję pełni koncepcja *Human Security* w odróżnieniu od *National Security*.

Wiele statusów prawnych współcześnie już zniknęło, jak np. status niewolnika i wyzwolénca, choć nadal utrzymują się praktyki społeczne, które te statusy powołały do życia. Despota widzi zawsze społeczeństwo w stanie poniżenia – pisał mądrze Karl Marx. Można dodać do tej myśli obserwację, że despota właśnie dlatego zamiast edukować chce walczyć z patologiami przymusem prawnym.

Zniknął także status prawny pojedynku między ludźmi o zdolności honorowej, choć bezprawne pojedynki nadal mają miejsce. Zmierch czy nawet zgon pewnego statusu nie powoduje koniecznie zaniku uregulowanej tym statusem praktyki społecznej.

Pojawiają się ciągle nowe statusy, np. zawodowego sportowca, operatora bezzałogowego pojazdu latającego, specjalisty w używaniu narzędzi laserowych, projektanta bionicznych komputerów czy pilota pojazdów kosmicznych, głównie związane z nową techniką i jej wpływem na ludzkie działania. Najważniejszą jednak zmianą jest zwiększanie się liczby statusów prawnych, które jednocześnie lub w różnych momentach swego życia posiada jedna osoba fizyczna. Wielość lub/i płynność statusów – to właśnie ta wielka innowacja kulturowa.

Poprawie ulega status prawny dzieci w międzynarodowym prawie publicznym i licznych aktach normatywnych konkretnych państw. Coraz więcej państw ustanawia zakaz karnopravny stosowania kar fizycznych wobec dzieci przez rodziców i wychowawców.

Także zwierzęta mają coraz ambitniejsze statusy prawne. Nawet Matka Natura jako całość może być podmiotem praw, o czym świadczy oryginalna i pionierska pod tym względem konstytucja Ekwadoru z 2008 roku, w której przyjęto takie normy, aby utrudniać amerykańskim koncernom naftowym bezkarne dewastowanie przyrody Ekwadoru (przypomnijmy tu osławioną aferę związaną z zanieczyszczeniem gleby w Ekwadorze przez Chevron na terytorium wielkości województwa podlaskiego w Polsce).

Gdyby postęp rzeczywisty nadążał za postępem w prawnej ochronie statusów osobowych, to ludzie mogliby mieć powód do uzasadnionej dumy. Niestety tak dobrze nie jest i zmuszani jesteśmy w obliczu wstrząsających faktów wstydzić się za tych z nas, którzy te ambitne statusy prawne niszczą przemocą, korupcją czy amoralnością.

Historia prawa zna interesujące przypadki wielowiekowego regresu prawnego w sferze statusu. Przykładowo już prawo rzymskie jeszcze przed narodzeniem Chrystusa gwarantowało obywatelom Rzymu, że nie będą skazywani na karę śmierci czy torturowani⁵⁷. Po wielu barbarzyńskich stuleciach długiego średnio-

⁵⁷ W starożytnym Rzymie kary za przestępstwa były wyższe dla niewolników niż dla ludzi wolnych. Zeznania niewolnika były ważne tylko wówczas, gdy zostały złożone na torturach. Jeżeli niewolnik zamordował swego właściciela, wszyscy pozostali niewolnicy należący do zabitego podlegali karze śmierci przez ukrzyżowanie. Nie każdy wolny Rzymianin miał dobry status prawny. Dziecko wolnego Rzymianina dysponującego *patria potestas* mogło być zabite lub sprzedane z rozkazu ojca rodziny.

wiecza i nieco krótszym okresie komunizmu i kapitalizmu z ekscesami totalitarnymi w XX wieku, dopiero obecnie staramy się wyeliminować tortury i karę śmierci z katalogów prawnie dopuszczalnych sposobów egzekwowania prawa. W Unii Europejskiej ten standard od niewielu lat obowiązuje, ale nie wszystkie państwa świata, nawet te demokratyczne chcą naśladować pionierską Unię humanizującą prawo karne⁵⁸.

Prawa człowieka, od Magna Charta Libertatum z 1215 roku do wielkich pak-tów ustanowionych przez ONZ po II wojnie światowej, są zatem ideowym dzieckiem wielu rodzin, a myśl liberalna Zachodu ma z pewnością wśród nich prominentne miejsce. Liberalizm, zwłaszcza ten nowoczesny, świadomy społecznych skutków konkurencji rynkowej, jest z pewnością jednym z najważniejszych źródeł troski o polityczne i osobiste prawa człowieka, a w nieco mniejszym stopniu także o prawa kulturalne i socjalno-ekonomiczne.

Do prezydentury Jimmy'ego Cartera idee i zasady prawne związane z ochroną praw człowieka były aksjologiczną podstawą krytyki ustrojów totalitarnych i autorytarnych naruszających lub systematycznie ignorujących prawa człowieka, ale ich upowszechniania w świecie nie traktowano jako ważnego celu polityki zagranicznej i strategii bezpieczeństwa państw Zachodu. Przejście od wewnętrznego do międzynarodowego kontekstu ochrony i upowszechniania standardów praw człowieka to pierwszy krok w stronę koncepcji humanitarnej interwencji, koncepcji strategicznej legitymizującej użycie sił zbrojnych państw przeciw innym państwom, w których nie są respektowane międzynarodowe standardy ochrony praw człowieka. Standardy te są międzynarodowe, ale ich geneza jest związana z kulturowym dorobkiem świata zachodniego i w większości społeczeństw Ameryki Łacińskiej, Azji i Afryki nie ma podłoża w tradycji kulturowej, które sprzyjałoby ich respektowaniu przez elity władzy i bogactwa.

Od momentu pierwszych zastosowań koncepcji humanitarnej interwencji i jej rozwinięcia w idei *human security* wykraczającej poza aksjologiczny horyzont koncepcji bezpieczeństwa narodowego pojawiła się istotna sprzeczność dwóch zasad – ochrony prawa człowieka także w formie interwencji zbrojnej oraz zasady suwerenności i terytorialnej integralności państwa. Od początku lat 90. minionego stulecia każda z tych zasad jest chroniona przez współczesne prawo międzynarodowe i orzecznictwo trybunałów stojących na straży tego prawa. Militarna ochrona praw człowieka w innych państwach jest paradoksalna i wewnętrznie sprzeczna.

W samej strukturze statusów prawnych ukryte jest źródło paradoksu, do którego prowadzi sprzeczność wspomnianych wyżej zasad porządku międzynaro-

⁵⁸ 28 kwietnia 1983 roku w Strasburgu uchwalono Protokół nr 6 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka z 1950 roku znoszący wśród sygnatariuszy karę śmierci podczas pokoju. Dodatkowo, 3 maja 2002 roku uchwalono w Wilnie Protokół nr 13 do tej konwencji bezwzględnie znoszący karę śmierci, także podczas wojny.

dowego. Logiczny porządek argumentacji o paradoksalnym skutku można przedstawić następująco:

1. Międzynarodowa ochrona praw człowieka wszędzie na świecie jest ważnym celem polityki zagranicznej państw Zachodu, a nawet staje się **priorytetowym celem** tej polityki. Intencją jest poprawa jakości ochrony prawnej tych praw oraz umocnienie autorytetu i skuteczności egzekucji międzynarodowych norm prawnych chroniących prawa człowieka. Poza tą intencją jednak jest to wygodna płaszczyzna obrony strategicznych interesów państw zdolnych do stosowania sił zbrojnych poza własnym terytorium.
2. Prawa człowieka jako priorytet polityki bezpieczeństwa międzynarodowego podważają prawną ochronę suwerenności państw oskarżanych (na ogół nie bez podstaw) o naruszanie praw swoich obywateli i innych osób przebywających na ich terytorium.
3. Naruszanie prawnej zasady suwerenności państw osłabia autorytet prawa międzynarodowego, który potrzebny jest także po to, aby skutecznie chronić prawa człowieka w kontekście międzynarodowym.

W taki oto sposób przez dążenie do ochrony praw człowieka przez militarne interwencje legitymizowane celami humanitarnymi podważa się autorytet prawa międzynarodowego, w tym także pośrednio tych jego segmentów, które chronią prawa człowieka w systemie globalnym. Zamiast chronić lepiej prawa człowieka dzięki stosowaniu prawa międzynarodowego, humanitarne interwencje zbrojne kwestionują inne fundamentalne zasady tego prawa i pośrednio osłabiają ochronę praw człowieka. Konflikt wartości i zasad prawnych widać tu dość wyraźnie, a jego praźródło jest w radykalnym interpretowaniu idei liberalno-demokratycznych, traktowanych jako uniwersalne, ważne dla wszystkich krajów i kultur w systemie globalnym.

Niewielkie rozmiary tego rozdziału nie pozwalają gruntownie rozważyć argumentacji przeciwnych, pokazujących, że humanitarne interwencje zbrojne (np. autoryzowane przez Radę Bezpieczeństwa ONZ) nie niszczą autorytetu prawa międzynarodowego. Zapewne tak właśnie można twierdzić, ale wątpliwe są działania unilateralne *coalition of the willing* (jak np. inwazja na Irak) lub autoryzowane tylko przez polityczne władze NATO⁵⁹.

Gdy po II wojnie światowej w ONZ uchwalano paktów praw człowieka, czyniono to z nadzieją, że liberalna demokracja i prawa człowieka zapewnią pokój i będą moralną zaporą dla tworzenia niesprawiedliwego prawa i propagowania radykalnych ideologii politycznych. Tak się jednak nie stało, a w walce z terroryzmem państwa Zachodu często chronią bardziej bezpieczeństwo i dobrobyt własny niż wolności i uniwersalne prawa człowieka. Zapomina się coraz częściej

⁵⁹ W literaturze polskiej najbardziej gruntownie dylematy te przedstawia monografia Jerzego Zajadło *Dylematy humanitarnej interwencji* (Zajadło 2005).

o myśli Thomasa Jeffersona: „Kto oddaje wolność w zamian za bezpieczeństwo, nie zasługuje ani na jedno, ani na drugie”. Bezpieczeństwo i materialny dobrobyt nie są jednak godne każdej ceny.

Bywa, że elity władzy liberalnych demokracji robią rzeczy równie okrutne jak reżimy totalitarne i, co więcej, robią to z poparciem większości swych społeczeństw i licznych autorytetów intelektualnych. Do takich ekscesów należą tortury zalegalizowane wobec niektórych podejrzanych jako „wzmocnione metody przesłuchań” w USA, więzienie podejrzanych bez wyroku sądowego czy choćby przedstawienia im zarzutów przez prokuraturę, zabijanie na odległość przez bezpilotowe pojazdy lotnicze bez wyroku sądu, gdzie często ofiarami stają się osoby cywilne nieuczestniczące w walce⁶⁰. Status prawny określany jako prywatność naruszają drony cywilne z kamerami do podglądania, a przecież bez poszanowania prywatności trudno ochronić godność i status człowieka wolnego. Groźne dla prywatności są między innymi także elektroniczne gadżety – smartfony, iPfony, tablety, czytniki e-booków – które, niczym prywatni detektywi, śledzą każdy nasz krok i przekazują raporty do centrali. O hakerach na ogół słyszeliśmy, ale niewielu ludzi rozumie, że dzięki takiej dyskretnej inwigilacji można sterować zachowaniem ludzi, a przynajmniej kształtować gusty i pragnienia, intelekt i światopogląd.

Niebezpieczne dla statusów prawnych mogą być także inne nowe technologie – medycyna genetyczna, biotechnologie pozwalające zacierać granice między ludźmi, zwierzętami i maszynami budowanymi przez ludzi.

Takie ekscesy, jak handel kobietami organizowany przez wojska interwencyjne w Bośni czy elektroniczny podsłuch i monitoring nawet przyjaznych wobec USA przywódców państw, oczywiście niszczą lub ignorują statusy prawne. Na tym tle rozwija się cyniczna nowomowa. Także o wojnach mówi się dwoma językami – nasi żołnierze lub agenci *eliminują lub neutralizują siły żywe wroga*, a bojownicy drugiej strony *zabijają naszych żołnierzy i cywilów*. Nasi żołnierze są lojalni i zaangażowani w obronę bezpieczeństwa narodowego, a wrogowie naszych żołnierzy są fanatykami, radykałami poddawany praniu mózgu przez swych kapłanów i dowódców.

Dziewiętnasto- i dwudziestowieczne konwencje o prawie humanitarnym (*ius in bello*) nie były w stanie przewidzieć istnienia tak wyrafinowanej wiedzy technicznej i przyrodniczej oraz takich metod prowadzenia wojen w XXI wieku. Nie mogły zatem takich problemów uregulować. Nic też nie wskazuje, by ktoś chciał to stare wojenne prawo uzupełnić. A przecież brak prawa daje swobodę działania,

⁶⁰ Ludzi do zabicia typują służby specjalne, a administracyjną decyzję o uśmierceniu podejmuje prezydent amerykański. Szerzej o prawnej dyskusji w Stanach Zjednoczonych i ONZ dotyczącej tych zagadnień pisałem niedawno w studium *Legal and Moral Dilemmas of Targeted Killing by Drones* (Lamentowicz 2015).

zgodnie z liberalną zasadą, że to, co nie jest zakazane przez normy prawa, jest dozwolone.

Elity władzy państw demokratycznych nie lubią tych, którzy uświadamiają opinii publicznej nadużywanie statusu urzędnika czy polityka. Świadczy o tym gorzki los Edwarda Snowdena, Bradleya Manninga i Juliana Assange⁶¹. Nadano im status podejrzanego lub przestępcy, bo informowali o bezprawnym działaniu funkcjonariuszy państwa amerykańskiego, które broni demokracji i wolności *manu militari* na całym świecie.

Dramatyczna nierówność statusów prawnych ludzi wolnych i niewolników zaniknęła, ale nie wraz z upadkiem Imperium Rzymskiego, lecz znacznie później. Ten postęp na drodze zbliżania statusów prawnych ludzi różnych płci, ras, narodowości, religii i orientacji seksualnej trwał blisko dwa tysiące lat w europejskim kręgu kulturowym. W wielu innych kulturach jest znacznie mniej zaawansowany.

Im bardziej różnią się statusy kategorii społecznych, tym bardziej prawdopodobny jest opór wobec ram instytucjonalnych i reguł reprodukcji takiego ustroju społecznego. Opór ten jest kreatywny nie dlatego, że wyraża się jako bunt czy radykalne ideologie zmiany totalnej. Może być kreatywny, gdy staje się dla elit władzy i własności czynnikiem pobudzającym lub zmuszającym do nowych strategii adaptacyjnych, regulacyjnych i innowacyjnych (Lamentowicz 2012)⁶².

5.3. Statusy społeczno-prawne grup dyskryminowanych: wyzwanie dla elit władzy i własności

Traktowanie ludzi z pogwałceniem zasady sprawiedliwości formalnej jest dyskryminacją. Ludzie spychani na dno piramidy zamożności też mają powody do niezadowolenia z własnej pozycji społecznej i swego statusu prawnego. Ludzie pozbawieni wpływu na swe warunki życia, bezradni i wściekli, nie chcą równowagi obecnych ram instytucjonalnych.

Sloterdijk mówił: „Nowoczesność wynalazła człowieka przegranego. Figura ta, którą napotykamy w pół drogi między wczorajszymi wyzyskiwanymi a dzisiejszymi i jutrzejszymi zbędnymi, jest niezrozumianą wielkością w demokratycznych grach o władzę. Nie wszyscy przegrani dadzą się uspokoić przez wskazanie, że ich status odpowiada zajmowanej przez nich pozycji w ogólnym

⁶¹ Żołnierz Manning został skazany na karę 35 lat więzienia za ujawnienie filmu pokazującego, jak żołnierze amerykańscy w Bagdadzie dla zabawy strzelali do ludzi z helikoptera. Zabili przy okazji dziennikarzy. Manning został skazany, a ci żołnierze nie. Typowy przykład hipokryzji elit władzy i prawa stosującego podwójne standardy oceny.

⁶² Publikacja dostępna w Internecie na stronie: <https://independent.academia.edu/WojtekLamentowicz>

współzawodnictwie. W odpowiedzi wielu zauważy, że nigdy nie miało żadnej szansy uczestniczenia w grze, a tym samym zajęcia odpowiednich pozycji. Za doznane krzywdy obwiniają oni nie tylko wygranych, lecz także same reguły gry” (Sloterdijk 2011, 50). Tak dzieje się w liberalnych demokracjach, gdzie zamiast polityki rośnie rola aparatu przymusu i dokonała się „konwersja polityków w agentów ochrony konsumentów”, oraz w państwach podupadłych, gdzie zamiast polityki jest „wojna domowa, w której wrogie armie dziesiątkują krzepkich zbędnych osobników strony przeciwnej” (Sloterdijk 2011, 50).

Prawo zna status człowieka pokrzywdzonego przez czyny bezprawne, ale takie statusy społeczne, jak człowiek zbędny, zapomniany, poniżany, wykluczony i pogardzany, nie mają wyraźnego przejawu w prawie współczesnym. Dawniej krytyczna myśl społeczna posługiwała się pojęciami „wyzyskiwany” i „uciskany”. Obecnie częściej używa się delikatniejszej, bardziej eufemistycznej terminologii, w której „wykluczony” i „zbędny” walczą o prymat z „prekariuszem”, który jest nową postacią proletariusza.

Być może dojrzał czas, aby takie statusy prawne zostały wypracowane przez nauki prawne. Dziś uważa się Fortunę za symbol powodzenia i dobrobytu, ale w starożytnym Rzymie była to bogini niewolników i biednego plebsu, zbędnego na rynku pracy, zdanego na rozdawany chleb i inne akty dobroczynności patrycjuszy. Fortuna kołem się toczy i zamożni odebrali słabym i biednym nawet tę opiekuńczą damę, która mogłaby troszczyć się o nich.

Ciekawy jest los, jaki spotkał wyznaczony przez prawo i religię status niewiernego i heretyka. W dawnych wiekach za odstępianie od wiary karano śmiercią, niekiedy wymierzaną w bardzo okrutny sposób (np. ćwiartowano heretyków i porzucano ich ciała na śmietnikach), bowiem zemsta była traktowana jako konieczny skutek tego rodzaju zdrady. Ateizm, a nawet agnostycyzm były taką zdradą najgorszą. Pisze Sloterdijk: „[...] dla Tomasza z Akwinu odejście od wiary chrześcijańskiej było zbrodnią zasługującą na karę śmierci; jeszcze pod koniec XVII wieku konstytucja purytańskiej teokracji w Massachusetts groziła karą śmierci za zbrodnię ateizmu; w islamskiej republice Pakistanu niewierni i inaczej wierzący mogą do dzisiaj być skazywani na śmierć pod zarzutem apostazji i bluźnierstwa. Także totalitarny przedstawiciel oświecenia Rousseau chciał grozić karą śmierci odszczepieńcom przyszłej «religii obywatelskiej»” (Sloterdijk 2013, 71)⁶³.

Walka trzech monoteizmów nadal nie została zakończona i ze swego epicentrum na Bliskim Wschodzie przenoszona jest na cały świat przez islamistyczny terror wymierzony w Zachód i chrześcijan. Ewangelizacyjny zapał chrześcijan w Europie i poza Europą przez wieki prowadził do ultimatum tragicznego dla niewiernych – „albo nasz Bóg, albo śmierć”. Dziś chrześcijanie już tak nie postępują i może nawet przestali już tak myśleć w skrytości ducha, ale radykalni isla-

⁶³ To właśnie podczas rewolucji 1798 roku była próba generalna totalitarnej polityki w imię ideologicznie określonego dobra człowieka.

miści, młodszy bracia świętej księgi z pustynnych krain Bliskiego Wschodu, nadal zabijają na masową skalę, niszczą domy, pomniki starożytnej nieislamskiej kultury i nie szanują żadnych statusów prawnych osób i rzeczy, gdy rabują majątek, gwałcą, wypędzają z ojczyzny. W prawie koranicznym bluźnierstwo przeciw Allahowi i apostazja są nadal czynami zabronionymi i karanymi na podstawie prawa karnego. Islam jest współcześnie jedyną religią bardzo szybko zwiększającą liczbę swych wyznawców, w ciągu stu lat XX wieku wzrosła ona ośmiokrotnie. Walka o status jedynie słusznej religii musi prowadzić do przemocy, zwłaszcza wtedy, gdy jest to religia monoteistyczna. Monoteizm dążący do monopolu jest brzemiennej przemocą, lecz nie w każdych warunkach urodzi przemoc fizyczną, często ogranicza się do przemocy symbolicznej i banalnej nietolerancji.

W sferze interesów ekonomicznych kontynuowane są także walki o lepszy status. Ludzie o podobnych statusach, żądający zmiany swego położenia, tworzą często sytuacje przymusowe dla elit władzy i własności, a konieczność bywa matką wynalazków. Nacisk na elity władzy to akty krytyki lub gniewnego buntu przeciw *status quo*. Dzięki naciskowi od dołu hierarchii statusów wierzchołek tej hierarchii tworzy lub jedynie akceptuje idee otwierające drogę reformom realnie poprawiającym sytuację życiową i statusy najbardziej pokrzywdzonych, dyskryminowanych w najwyższym stopniu, najbardziej zdeterminowanych w oporze wobec istniejącego stanu rzeczy i wobec własnych statusów w tym ogólnym *status quo* (Turska 2010).

Ten mechanizm *wyzwanie z dołu – odpowiedź z góry* może wyjaśniać politykę reform społecznych ewolucyjnie przekształcających ramy instytucjonalne ustroju przez zmiany w prawie i całym porządku prawnym, nie omijając na ogół statusów prawnych o kluczowym znaczeniu (Lamentowicz 1977). W efekcie reformowania kapitalizmu pojawiły się nowe statusy prawne – bezrobotnego, rodziny wielodzietnej, osób żyjących poniżej minimum socjalnego. Rozwój opieki medycznej przyspieszył doskonalenie statusu chorego i lekarza, które są coraz bardziej regulowane przez prawo. Statusy osób prawnych działających w sferze ochrony zdrowia i zabezpieczenia społecznego także podlegały dynamicznej ewolucji.

Reformowanie oczywiście wymaga zmian w prawie i stosunkach prawnych. Wyzwanie nie zawsze jest dziełem najsłabszych lub najbardziej sfrustrowanych. Może być wynikiem mobilizacji energii krytycznej klas średnich, których statusy społeczne nie są złe, ale podmioty tych statusów oczekiwały, że będą się one szybciej poprawiać. Dziś status materialny klas średnich relatywnie pogarsza się w wielu społeczeństwach Zachodu i dlatego niezadowolone jest dość powszechną postawą w tych środowiskach. Rzadko reformy są dziełem niewymuszonym i opartym na własnej inicjatywie światłej części elit władzy i własności, chociaż tak również może się zdarzać (Lamentowicz 1987).

Nawet bardzo konserwatywne elity władzy państwowej stosują obecnie politykę reformowania przez prawo, jeżeli muszą adaptować się do nowych wyzwań i przynajmniej częściowo rozwiązywać stare złośliwe problemy (*wicked prob-*

lems), reprodukowane ciągle jako kolista przyczynowość, błędne koła, węzły gordyjskie czy ścieżki uzależnienia (*dependency path*).

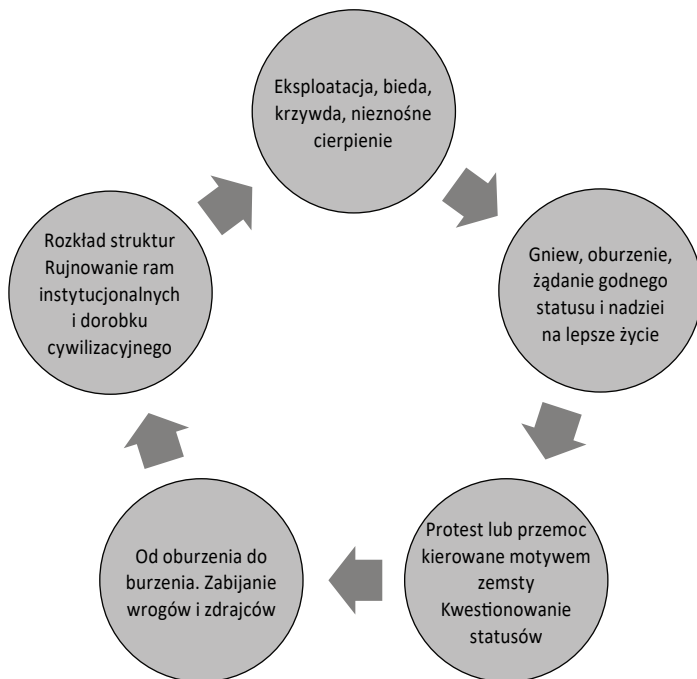
Elity bardziej otwarte na postęp (np. socjaldemokratyczne, liberalno-demokratyczne) przekraczają granice prostych adaptacji i rozwijają bardziej ambitne strategie regulacyjne i innowacyjne zmieniające spontaniczną dynamikę życia społecznego. Nawet tam, gdzie strategie kierowania zmianami spontanicznymi nie są rozwijane, a grupa rządząca dokonuje jedynie interwencji *ad hoc* w spontaniczną dynamikę życia społecznego, głównym środkiem działania jest zawsze stanowienie norm prawnych i wydatkowanie pieniędzy publicznych na cele preferowane przez elitę rządzącą.

Prawo bywa instrumentem obrotowym i niejako wielofunkcyjnym; służy do stabilizowania i ochrony ram instytucjonalnych ustroju społecznego, ale także jest narzędziem reformowania tych ram. Potrzebne jest w czasie wojny i w czasie pokoju, chociaż nader często cele prawodawców nie potwierdzają się w rzeczywistości wytworzonych skutkach obowiązywania norm prawnych. Im bardziej skutki są odległe od zamierzonych celów, tym bardziej szerzy się nastrój frustracji i rozczarowania. Taki nastrój sprzyja mobilizacji energii krytycznej koniecznej do wprowadzenia zmian w samym prawie i statusach prawnych. W ten sposób same niedoskonałości prawa pobudzają do jego zmian. Niezbędnym ogniwiem pośredniczącym między innymi czynnikami w tym procesie autopojetycznej ewolucji prawa są statusy prawne i konflikty społeczne wokół tych statusów.

Oceniając surowo neoliberalne strategie polityczne, Honneth stwierdził, że elity bogactwa i władzy panujące w ramach instytucjonalnych współczesnego kapitalizmu nadużywają zasady ochrony praw podmiotowych i zasady efektywności ekonomicznej. W wyniku tego nadużycia „[...] zasada praw podmiotowych utraciła swój inkluzywny sens i w dużej mierze stała się instrumentem obrony przed roszczeniami zagrażającymi posiadanemu statusowi” (Honneth 2012, LVII). Dyskurs o prawach podmiotowych w tej wersji to po prostu prawnicza argumentacja skierowana przeciwko klasom przegrywającym w walce o status i jego wyznaczniki. A w efekcie tej przegranej bogaci i potężni mają zysk bez ryzyka, słabi i biedni – ryzyko bez zysku (Soniewicka 2010).

Możliwe są jednak bardziej dramatyczne i mniej kooperacyjne zachowania grup uciskanych i bardziej konserwatywne reakcje na wyzwania przez grupy uprzywilejowane. Na podstawie analiz Sloterdijka w jego eseju o gniewie i innych zasobach tymicznych, można zaproponować takie oto błędne koło bezowocności gniewnego buntu, który zaczyna się od wyzysku, biedy i krzywdy i po spazmatycznych akcjach kończy się nową biedą, nowymi formami eksploatacji i nowymi krzywdami grup słabszych w walce o dystrybucję dóbr i statusów.

Prezentowane na rysunku 11 błędne koło niemocy oburzonych jest modelem takiego procesu, który nie jest liniową ewolucją doprowadzającą do zmian w porządku prawnym i układzie statusów, a raczej konwulsjami oznaczającymi głębokie schorzenia organizmu społecznego niezdolnego do samokorekty.

Rysunek 12. Zablokowana rewolucja: bunt bezowocny

Źródło: opracowanie własne.

Model ten pokazuje jałowość wielu buntów społecznych, które już miały miejsce w historii i które zapewne jeszcze nieraz się przydadzą w przyszłości. Taki pesymistyczny model nie jest jednak potwierdzany jako uniwersalny i dominujący w doświadczeniu ludzi przez empiryczne studia nad historią rewolucji. Poza rewolucjami zablokowanymi lub pozornymi czy ukradzionymi przez klasy uprzywilejowane, sprawnie manipulujące gniewem niezadowolonych, są wszakże i takie rewolucje, które poza burzeniem i okrucieństwami przyniosły w dłuższej perspektywie czasowej realne i pozytywne zmiany w układzie statusów prawnych i społecznych.

Owoce jednak okazywały się raczej pasma rewolucji niż pojedyncze zrywy zbuntowanych. Tak przebiegały mieszczańskie rewolucje w Europie, poczynając od rewolucji we Francji w 1798 roku, przez rewolucje z lat 1830 i 1848. Dziedziczenie statusów szlacheckich zostało przerwane w większości państw, chociaż w niektórych nastąpiło to dopiero po I wojnie światowej, która zniszczyła tradycyjne imperia – osmańskie, pruskie, austriacko-węgierskie i rosyjskie. Ponadto zmienił się status prawny ziemi, a wiele statusów przypisanych wybranym osobom zmieniło się w statusy osiągalne i rzeczywiście osiągane przez nowe grupy społeczne zdolne do awansu w hierarchiach dzięki własnemu wysiłkowi edukacyjnemu i profesjonalizmowi. Także same hierarchie zostały oparte na nowych

podstawach związanych z zasadami reprodukcji i akumulacji kapitałów, spłaszczyły się i stały bardziej otwarte. W miejsce monarchii absolutnych, mniej lub bardziej oświeconych, pojawiło się wiele republik, a pozostałe monarchie przekształcone zostały w monarchie konstytucyjne, bardzo ograniczające prerogatywy monarchów i zmieniające także inne składniki ich statusu prawnego.

Szczególny charakter i brzemienny w skutki miała rewolucja rosyjska rozpoczęta w 1917 roku. Zwycięstwo polityczne i militarne bolszewików, okupione milionami zabitych, zagłodzonych i poranionych na rozmaite sposoby ludzi, przyniosło oczywiście radykalne zniszczenie statusów prawnych osób i klas społecznych zajmujących wysokie pozycje w imperium carskim, a zwłaszcza szlachty, burżuazji i wielkiej warstwy urzędniczej. Zniszczono także klasę chłopów jako właścicieli ziemi przez nich uprawianej; przed przewrotem bolszewickim dziewięćdziesiąt procent ziem uprawnych było własnością prywatną chłopów, których polityka przymusowej kolektywizacji przekształciła w robotników rolnych pozbawionych nawet prawa do swobodnego podróżowania i zmiany miejsca zamieszkania bez zgody opanowanego przez komunistów aparatu władzy.

Projektowano stworzenie przez propagandę i pedagogikę nowego typu człowieka sowieckiego bez właściwości indywidualizujących, a zwłaszcza narodowych, klasowych i kulturalnych, który miałby jedno główne zadanie – posłusznie służyć partii komunistycznej w przeprowadzeniu rewolucji światowej, a potem w budowaniu komunizmu w Rosji. Sowiecki człowiek, nazywany obecnie żartobliwie i jakby samokrytycznie „sowkiem”, paradoksalnie żyje w masowej skali nawet ćwierć wieku po upadku systemu bolszewickiego, co potwierdzają badania socjologów rosyjskich i analizy krytycznych publicystów ubolewających nad wadami tego rodzaju osobowości utrudniającymi kolejną, wielce spóźnioną i do tej pory nieudaną próbę modernizacji społeczeństwa postkomunistycznego. To dziedzictwo rosyjskiego zacofania kulturowego i eksperymentów bolszewickich wytworzyło liczne statusy, poprzednio nieznanie historykom, jak „pracownik partyjny”, „pracownik frontu ideologicznego”, „pracownik kultury”, „zasłużony artysta Związku Sowieckiego”, „pracownik szkolny” (*szkrab* – w skrócie od ros. *szkolnyj rabotnik*, który zastąpił nauczyciela), i liczne inne statusy związane z osobliwą inżynierią społeczną tworzenia ludzi sowieckich przez agresywną indoktrynację oraz izolowanie ich od dzieł powstających w świecie zachodnim i prawdziwej wiedzy o tym świecie. Co do tych ostatnich, trzeba przyznać, że Federacja Rosyjska uczyniła przełom, nigdy dotąd w historii tego państwa tak wielu obywateli nie podróżowało za granicę jak obecnie, chociaż w Rosji Putina nadal blisko osiemdziesiąt pięć procent obywateli nie było za granicą i nie posiada paszportu, bo nie był im potrzebny.

Specyficzną właściwością systemu sowieckiego było prawne niedookreślenie statusów prawnych osób fizycznych i prawnych, czego kulminacją polegała na postawieniu aparatu partii komunistycznej i aparatu bezpieczeństwa państwa ponad prawem. Kluczowe dla systemu panowania organizacje miały pozapraw-

ne podstawy działania, a prawo nie było główną podstawą ich działalności⁶⁴. Można powiedzieć, że nadzwyczajny status aparatu władzy był funkcjonalnym warunkiem niedookreślenia statusów prawnych osób, fikcyjności wielu uprawnień osób i arbitralności władz w egzekwowaniu obowiązków związanych z tymi statusami.

Innym paradoksem są następstwa wprowadzonych przez władze bolszewickie zmian w statusie prawnym kobiet (jak np. ułatwienia w uzyskaniu rozwodu z inicjatywy kobiet, stworzenie dużego rynku pracy poza domem dla kobiet, przyznanie im praw wyborczych i zachęcanie do udziału w życiu politycznym), które w samej Rosji wywołały (nie samoistnie, lecz wraz z ogólnym ubóstwem cywilizacyjnym i alkoholizmem degenerującym życie społeczne) wiele negatywnych skutków ubocznych, odczuwanych w Rosji jeszcze obecnie, jak szybki i częsty rozpad rodzin oraz masowe zjawisko sieroctwa wśród dzieci z takich rozpadających się rodzin. Trzeba dodać też, że zmiany w statusie prawnym kobiet sowieckich przyspieszyły takie reformy w państwach Zachodu, a potem i w innych regionach świata, które rzeczywiście sprzyjały równouprawnieniu płci. Karykaturalne wydanie sowieckie ułatwiło przybliżanie się do ideału w tej dziedzinie na gruncie innych warunków cywilizacyjnych poza państwem sowieckim⁶⁵.

Rewolucje obiecują zwykle przebudowę statusów prawnych oczekiwaną przez warstwy słabsze i pokrzywdzone, chociaż rzadko te oczekiwania spełniają w stopniu przynoszącym długotrwałą satysfakcję tym, którzy tej zmiany potrzebowali. Podobnie jest z efektami polityki reform, stanowiącymi kompromisy niemogące raz na zawsze usunąć przesłanek zła w życiu społecznym. Źródła frustracji są zatem wiecznie żywe, chociaż ich formy zmieniają się i na wyższych poziomach rozwoju cywilizacyjnego są mniej drastyczne i ostre.

Teorie społeczeństwa postindustrialnego i filozofie postmodernizmu rozwijane na Zachodzie od kilku dziesięcioleci zostały poważnie zakwestionowane przez negatywne skutki deindustrializacji gospodarek Zachodu, takie jak spadek dochodów i szans na dobre zatrudnienie dla młodzieży w tych społeczeństwach. Fala politycznych populizmów prawicowych i lewicowych wyraźnie kwestionuje układ statusów społecznych i wiele statusów prawnych w sytuacji, gdy coraz liczniejsze grupy mają poczucie marginalizacji i tracą zaufanie do ram instytucjonalnych liberalnej demokracji i porządków prawnych. Uciekają przed marginaliza-

⁶⁴ Interesującym i mądrym przyczynkiem do analizy tego tematu jest dzieło Richarda Pipesa *Rosja bolszewików* (Pipes 2005).

⁶⁵ Karykaturalna imitacja wzorów zachodnich była częsta w tworzeniu ustroju społecznego przez bolszewików rosyjskich. Centralne planowanie przykładowo to karykatura wojennej gospodarki Niemiec w latach I wojny światowej. Symbol sierpa i młota był archaizującą karykaturą, bowiem zapewne z braku wiedzy został skopiowany z symboliki konserwatywnej organizacji rzemiosła niemieckiego. Zwyczaj niepełnego i bezrefleksyjnego imitowania wzorów niemieckich zapoczątkował w Rosji Piotr I, a potem kontynuowali tę tradycję carowie noszący nazwisko Romanowów.

cją i zubożeniem albo w cyniczną bierność, albo w radykalną mobilizację krytyczną wobec podstaw legitymizacji władzy i własności. Układ statusów będzie musiał zostać przebudowany dość gruntownie, nawet jeżeli powiodą się programy reindustrializacji gospodarek świata zachodniego, tak aby przynajmniej 20–25% produktu krajowego brutto wytwarzał przemysł.

Fala uchodźców z krajów islamskich Bliskiego Wschodu pokazuje dramatyczną determinację milionów ludzi walczących o życie lub po prostu o trochę lepsze życie. Status prawny uchodźcy wypracowany został po wpływie dawniejszych wojen, nowe wojny są natomiast znacznie bardziej niszczące dla ludności cywilnej niż dla żołnierzy i innych uzbrojonych bojowników. Postępowania azyłowe w Unii Europejskiej nie są dostatecznie zunifikowane. Potrzeba nowych wspólnych regulacji.

Czy grona narastającego gniewu w wielu regionach świata w XXI stuleciu przyniosą odpowiednie reformy czy względnie udane rewolucje, czy też rewolucje zostaną zablokowane – pozostaje to pytaniem otwartym. Warto je stawiać i rozważać możliwe warianty zmian, bowiem pewne jest jedno, że zmiany będą dokonywane, a ich tempo i zakres przerosną raczej wyobrażenia konserwatystów. Jeśli strategie reform nie będą adekwatne do wyzwań lub będą się opóźniać czy okażą zbyt mało radykalne, to nawet rozproszony gniew słabo zorganizowanych, lecz bardzo sfrustrowanych ludzi może doprowadzić do strategicznej niemocy elit rządzących, którą nazywam Efektem Tsunami.

Grupy sfrustrowane swym statusem prawnym i społecznym będą dążyć do zmian dla siebie korzystnych. Awans może następować rozmaicie: przez indywidualny ruch w górę hierarchii statusów we własnym kraju, przez radykalną przebudowę całego systemu statusów umożliwiającą awans całych klas i warstw społecznych w danym kraju, a także przez emigrację do zamożniejszych i cywilizacyjnie rozwiniętych krajów. Jakie drogi tego przyszłego awansu będą otwarte i wybierane przez ludzi niezadowolonych ze swego statusu społecznego lub prawnego, nie wiadomo, ale odpowiedź na to pytanie będzie miała fundamentalny wpływ na zmiany statusów społecznych i prawnych w wielu regionach świata.

5.4. Konkluzje

Wnioski z naszych rozważań są natury metodologicznej i mogą mieć znaczenie dla socjologicznego badania porządków prawnych. Są efektem substancjalnej argumentacji zaprezentowanej w tym eseju, lecz ich poznawczą wartość można oceniać także niezależnie od stopnia akceptacji statusowej teorii porządku prawnego. Podsumujmy zatem, do jakich najważniejszych wniosków doszliśmy w trakcie naszego wywodu.

- Warto brać pod uwagę *szczególną rolę statusów społecznych i prawnych w wyjaśnianiu zmienności i reprodukcji porządków prawnych*. Zaletą pojęcia statusu prawnego jest jednoczesne ujmowanie uprawnień i obowiązków. Koncentracja uwagi wyłącznie lub głównie na uprawnieniach i niedowartościowanie obowiązków jest błędem metodologicznym w myśli prawnej. Niewielka liczba książek o obowiązku prawnym i politycznym w literaturze polskiej⁶⁶ świadczy o systematycznym niedocenianiu tej problematyki przez nauki prawne i politologię. Nieobecność problemów obowiązku w dyskursie publicznym i pedagogice społecznej rodzi groźne skutki społeczne. Zafiksowanie się liberalnej refleksji na doskonaleniu uprawnień i zapewnieniu ich gwarancji obniża szanse konkurowania świata kultury zachodniej ze społeczeństwami Azji, w których obowiązki człowieka wobec rodziny, społeczności lokalnej i własnego państwa były i są traktowane bardzo poważnie w kształtowaniu postaw i stylów zachowania. Dlatego Azjaci to ludzie odporni na trudności, wyzwania i cierpienia, co przyczynia się do ukształtowania u nich postawy dzielności życiowej. Argument przemawiający za eksponowaniem obowiązków jest zatem bardzo pragmatyczny i jego ignorowanie wywołuje skutki strategiczne dla państw i społeczeństw⁶⁷.
- Dlaczego ludzie potrzebują uznania innych ludzi? To potwierdza ich wiarę w to, że robią coś wartościowego i są godni szacunku. Poczucie własnej godności jest zagrożone bez uznania przez innych lub przy niskim uznaniu. Tytuł do roszczenia uznania przez innych może być bardzo różny, np. majątek, władza, wiedza, siła, uroda, dzielność etyczna. Cokolwiek jest tym tytułem, sama potrzeba uznania jest dość powszechnie odczuwana, a na pewno nie jest tylko przywilejem elit społecznych. Warto badać, co zwiększa lub zmniejsza potrzebę uznania oraz jakie nowe tytuły do uznania przyniesie przyszłość wraz z czwartą rewolucją naukowo-techniczną. To będą istotne czynniki zmiany treści prawa.
- Pojęcie porządku prawnego jest użyteczne poznawczo, gdy potraktować je szeroko i otworzyć na wiedzę socjologiczną i psychologiczną o zachowaniach kluczowych aktorów pola badawczego jurysprudencji. Myśląc w taki sposób, mamy większą *szansę rozumienia prawa w działaniu, prawa żywego w kulturze i świadomych decyzjach podmiotów prawa*.

⁶⁶ Jednym z chlubnych wyjątków jest interesująca książka Mirosława Rutkowskiego *Obowiązek moralny a motywacja* (Rutkowski 2001). Jest to dzieło filozofa zajmującego się problemami etyki i potwierdza brak głębszego zrozumienia i zainteresowania przez teorię prawa zagadnieniem sensu obowiązków.

⁶⁷ O strategicznych możliwościach państwa i ich ograniczeniach pisałem niedawno w książce *Strategia państwa. Teoria państwa aktywnego wobec sił spontanicznych* (Lamentowicz 2015).

- Takiemu myśleniu o prawie sprzyja *emergentne pojęcie systemu prawa* jako zjawiska falowego, wynurzającego się stopniowo i przechodzącego siedem etapów swego ruchu w przestrzeni społecznej, osiągającego *coraz wyższy stopień swego istnienia, istnienia przez działanie dzięki decyzjom ludzi, ich zachowaniu i postawom*. W tym procesie stopniowalnego istnienia obserwujemy także *interferencję norm i całych instytucji prawnych, ich przenikanie się i krzyżowanie*, którego to procesu nie należy mylić ze sprzecznościami i przeciwieństwami logicznymi, które również występują w coraz bardziej złożonych systemach prawa. Wielopoziomową strukturę kontekstów i układów podstawowych warto analizować jako system składający się z mniejszych systemów. Dzięki pojęciu emergencji można lepiej wyjaśnić chaotyczność w obrębie porządku prawnego oraz zaskakujące i trudne do wyobrażenia transformacje splotów faktyczno-normatywnych. Nadmierne idealizowanie systemu prawa i całego porządku prawnego, ku czemu skłania stosowanie terminów „system” i „porządek” oraz idealizacyjne założenia o cechach prawodawcy i adresatów prawa, utrudnia empiryczne i krytyczne myślenie o dynamice norm i całych systemów normatywnych. Rzeczywiste procesy społeczne w tej sferze są coraz bardziej nieprzejrzyste dla ich uczestników i siatkę pojęciową teorii prawa należy czynić adekwatną do otaczającej nas rzeczywistości. Sztuczne stabilizowanie płynnej rzeczywistości przy pomocy sztywnych i zamrożonych w dawnym kształcie terminów języka jurysprudencji nie da dobrych rezultatów.
- W ramach socjologicznej perspektywy badawczej najbardziej interesujące wydają się hipotezy o relacjach wzajemnych między postawami wobec prawa i statusami oraz między stylami egzekucji prawa przez ośrodki władzy publicznej a statusami. Postawy wobec prawa są coraz bardziej wieloaspektowe i w pewnym sensie migotliwe, chwiejne, poddające się presji konkretnych sytuacji życiowych, na co trafnie zwracają uwagę reprezentanci nurtów interakcjonistycznych w socjologii i psychologii społecznej. Coraz bardziej potrzebne są *nowe, empirycznie potwierdzone typologie postaw wobec prawa, uwzględniające cyniczny nihilizm i obywatelskie nieposłuszeństwo oraz porządną typologię statusów osobowych i rzeczowych, wykraczająca poza pomysły Jellinka i Bruggera*.
- Gdy w XIX wieku Georg Jellinek wysunął ideę „normatywnej siły faktyczności”, wielu pozytywistów wierzyło, że to wystarczy, aby nie spotykał ich zarzut formalizmu i stosowania abstrakcyjnych schematów w myśleniu. Ta idea jednak nie wystarczyła i dalej szukano sposobów przewyciężenia dualizmu faktów i norm. Znane są efekty myślenia kolistego postulowanego przez nurty hermeneutyczne, propozycje Ronalda Dworkina ujmujące *law as integrity* oraz twórczość Arthura Kaufmanna

czy osiągnięcia realistycznie zorientowanej socjologii prawa. Na nich wsparta jest moja teoria splotu faktyczno-normatywnego i krytyka myślenia binarnego wedle wzoru albo-albo.

- Jestem przekonany, że wspólny wysiłek teorii prawa i nauk prawno-dogmatycznych może przyczynić się do zbudowania pełniejszej i bardziej realistycznej typologii statusów prawnych oraz postawienia trafnych hipotez o interakcjach między tymi statusami. Badania porównawcze statusów prawnych w rozmaitych porządkach prawnych są bardzo potrzebne nie tylko dla celów poznawczych. Także dla mądrej legislacji i egzekucji prawa *sensu largo* ta wiedza jest potrzebna. Adekwatność prawnych regulacji odpowiadających potrzebom i interesom ludzi, wobec coraz wyższego poziomu cywilizacyjnego rozwoju, wobec pragmatycznych celów ośrodków władzy czy wreszcie wobec zmian w kulturze zurbanizowanych i coraz lepiej wykształconych społeczeństw, jest coraz trudniej osiągać. A bez właściwego stopnia tej adekwatności porządki prawne będą same obniżały swój prestiż i godność samego prawa. Coraz mniej prawdopodobna jest trwałość i pewność treści norm prawnych, inflacja przepisów jest cywilizacyjną chorobą świata płynnych rzeczywistości i narastających ryzyk.
- Warto korzystać z dorobku logik wielowartościowych, świadomie *przekraczać horyzont intelektualny binarnych form myślenia* dychotomicznego oraz brać poważnie pod uwagę procesualny i stopniowalny charakter zjawisk i działań opisywanych za pomocą pojęć prawnych. Nie ma racji dostatecznych, aby całą uwagę skupiać tylko na dwóch skrajnych punktach skali możliwych stanów normatywnych i faktycznych, a pomijać wewnętrzną złożoność splotów faktyczno-normatywnych.

Obecna wiedza o stylach tworzenia i egzekucji prawa jest dość duża, ale bez jej syntetyzującej reinterpretacji żaden program badań nie będzie możliwy. Zatem dalsze propozycje teoretyczne są pożądane i potrzebne, aby umożliwić empiryczne weryfikacje/falsyfikacje oraz operacyjną wiedzę przydatną przy projektowaniu i budowie nowych, lepszych instytucji prawnych i politycznych, zorientowanych na statusy prawne, a zwłaszcza na statusy prawne podmiotów.

Post scriptum

Już po napisaniu tej książki mogłem zapoznać się z tekstem eseju Carla Schmitta z 1934 roku *O trzech rodzajach myślenia w nauce prawa*. Dzięki temu przekonałem się, że moje podejście do porządku prawnego i skłonność do holistycznego myślenia w kategoriach porządku prawnego, a nie po prostu norm

lub decyzji, są nieco podobne do niektórych rekomendacji intelektualnych Schmitta.

Schmitt trafnie zauważył, iż istnieją w jurysprudencji „różne typy myślenia: abstrakcyjny typ oparty na regułach lub normach oraz konkretny typ oparty na porządku”. Ja sam także podzielam pogląd, że „poruszamy się w porządkach i następstwach hierarchicznych instancji i podlegamy nie czystym normom, lecz konkretnemu porządkowi. [...] Przecież ustawa nie może się sama stosować, realizować i egzekwować; nie może się sama ani interpretować, ani definiować, ani sankcjonować; nie może też – jeśli nie chce przestać być normą – określać i mianować konkretne osoby, które mają ją interpretować i realizować. Także niezawisły, podległy tylko ustawie sędzia nie jest pojęciem normatywistycznym, lecz podmiotem odwołującym się do porządku, odpowiednią instancją, częścią uporządkowanego systemu urzędów i władz. To że konkretna osoba sprawuje funkcje *właściwego* sędziego, nie wynika z reguł i norm, lecz z konkretnej organizacji sądu oraz z konkretnych osobistych nominacji [...]” (Zajadło 2016).

Porządek prawny moim zdaniem to pluralistyczny porządek instytucjonalny, którego nie tworzą normy lub reguły, gdyż poza tym porządkiem każda z nich ma bardzo ograniczone zdolności obowiązywania i nie mogłaby być egzekwowana niezależnie od tego porządku. Izolowanie norm od kontekstu i absolutyzacja ich jednostkowej mocy to główny błąd pozytywizmu.

Trafnie pisał Schmitt, że „każdy porządek, także «porządek prawny», jest związany konkretnymi pojęciami normalności, które nie są wyprowadzane z ogólnych norm, lecz właśnie takie normy są generowane przez ten specyficzny porządek i dla tego specyficznego porządku. [...] Ale «nomos», tak jak «law», nie jest ustawą, regułą czy normą, jest *prawem obejmującym zarówno normę, jak i rozstrzygnięcie, ale przede wszystkim porządek* (wyróżnienie moje – W.L.); pojęcia takie, jak król, władca, strażnik, *governor*, ale także sędzia i sąd, przenoszą nas natychmiast do konkretnych instytucjonalnych porządków, które nie są już tylko prostymi regułami”.

Nie mogę jednak przystać na tezę Schmitta, że „tak jak *nomos* jest *królem*, tak samo *król* oznacza *nomos*”, ponieważ ten *nomos*, o którym mówi moja koncepcja porządku prawnego, jest pluralistyczny, wielopodmiotowy i wewnętrznie konfliktowy. Porządek prawny nie jest homogeniczną jednością, w której państwo jest „organem wodza ruchu” i „instytucją instytucji, w której porządku znajdują swoją ochronę i swój porządek liczne inne, w istocie samodzielne instytucje”, jak mniemał Schmitt w 1934 roku. Wierzył on wówczas, że „czysty normatywizm musiałby wyprowadzać normę pozytywną z normy ponadpozytywnej; typ myślenia według porządku również prowadziłby do ponadpozytywnej, ogarniającej, totalnej jedności porządku”.

Owa „totalna jedność porządku” jest oczywistym elementem totalitarnym w koncepcji Schmitta. Podobnie jak wiara Santi Romano, że porządek prawny

jest „homogeniczny”. Nie podzielam opinii Romano o jedności i spójności porządku prawnego, zgadzam się jednak z nim, że „reguły są bardziej przedmiotem lub także środkiem porządku prawnego niż elementem jego struktury” (Romano 1918, 17).

Moim zdaniem porządek prawny to nie jest superpodmiot o kreatywnych mocach czy jakiś kolektywny *rex*, lecz sfera lub pole, gdzie energie rozmaitych podmiotów ze sobą współpracują lub rywalizują, określając przez nieregularne pasma swych decyzji taki instytucjonalny ład, w którym normy rodzą się i zamierają, a statusy podmiotów bywają dookreślane lub wzajemnie kwestionowane.

Pluralistyczny instytucjonalizm proponowany przeze mnie w tym studium zakłada, że ośrodki decyzji współtworzące system prawa i cały porządek prawny są bardzo liczne, często mają różne interesy i uznają rozmaite konfiguracje wartości oraz działają w różnych polach decyzyjnych, dynamizując procesy emergencji normatywności. To jest kontynuacja realistycznej i decyzyjnej teorii prawa Stanisława Ehrlicha (Pękala 2012, 5–20; Pękala 2016).

Kluczowe w teorii realistycznej Stanisława Ehrlicha jest analizowanie systemów normatywnych jako sieci informacyjno-decyzyjnych, w których uczestniczy bardzo wiele podmiotów tworzących przepisy, stosujących je i jedynie przestrzegających lub nieprzestrzegających, a normy obowiązują jedynie wtedy, gdy są spełniane, gdy określają zachowania ludzi (Ehrlich 1994, 99). W tych sieciach informacyjno-decyzyjnych toczy się dynamiczna „gra uprawnień i obowiązków”, czyli w języku mojej teorii „gra o statusy prawne”.

Sfera społecznego procesu decyzyjnego jest „splotem ciągów zamierzonych decyzji oraz reakcji decyzyjnych na żywiołowe wydarzenia” (Ehrlich 1994, 22). Niektóre z tych procesów pozostają poza kontrolą tych podmiotów, które je zapoczątkowały; są to procesy ergodyczne (Ehrlich 1995, 211; Ehrlich 1998, 127). Dlatego właśnie „ciągi decyzyjne mogą być blokowane, wypaczane i wygaszane, unicestwiane” (Ehrlich 1994, 12). Niekiedy te losowe, ergodyczne procesy społeczne mogą prowadzić nawet do anomii lub destrukcji normatywności prawa (Lamentowicz 1988a)⁶⁸.

Interferencja pasm decyzji wielu podmiotów o różnych statusach generuje emergentną dynamikę porządku i systemu prawa z licznymi niespodziankami i zdarzeniami bardzo rzadkimi, o rozległych skutkach, nazywanych przez wspól-

⁶⁸ Pojęcie destrukcji normatywności przydaje się także socjologom prawa do krytycznych analiz porządku prawnego. Dziesięć lat po mojej innowacyjnej propozycji odróżniania anomii i destrukcji normatywności jeden z wybitnych socjologów prawa zastosował pojęcie destrukcji normatywności w takim samym rozumieniu, jakie proponowałem (Kojder 1998). Moją krytyczną ocenę porządku prawnego u schyłku PRL potwierdziły niestety analizy Andrzeja Kojdera dziesięć lat później, po wielu latach budowania liberalno-demokratycznego ustroju państwa polskiego. Jak widać, trudno wydobyc się ze stanu destrukcji normatywności, który jest niewątpliwie patologiczny.

czesne nauki o zarządzaniu „czarnymi łabędziami”. Są one zatem zawsze systemami otwartymi i porządkami ze znaczną domieszką nieporządku, sprzeczności, nieokreśloności i braków niezamierzonych przez uczestników procesów tworzenia systemu prawa. Być może stają się niekiedy porządkiem chaotycznym lub nawet nieporządkiem, ale nigdy nie stają się „totalną jednością porządku”, co sugerował Carl Schmitt, przynajmniej w tych częściach świata, gdzie przestrzegane są liberalno-demokratyczne zasady rządzenia i gdzie wysoko ceni się wartości wolności i równości.

Bibliografia

- Afeltowicz, Łukasz. 2010. „Zawłaszczone państwa, sieci społeczne i wyobrażenia socjologiczna: krytyczna analiza koncepcji *state capture*”. *Studia Socjologiczne* 1: 69–105.
- Agamben, Giorgio. 2008. *Stan wyjątkowy*. Przeł. Monika Surma-Gawłowska. Kraków: korporacja ha!art.
- Alexy, Robert. 2006. *O pojęciu i naturze prawa*. Wykład im. Leona Petrażyckiego, 19 maja 2006. Wydział Prawa i Administracji UW. Warszawa: Wydawnictwo Ius et Lex.
- Alexy, Robert. 2007. “The Weight Formula”. W: *Studies in the Philosophy of Law 3. Frontiers of the Economic Analysis of Law*. Eds. Jerzy Stelmach, Bartosz Brożek, Wojciech Załuski. Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego.
- Anter, Andreas (Hrsg.). 2004. *Die normative Kraft des Faktischen: das Staatsverständnis Georg Jellineks*. Baden-Baden: Nomos-Verlag.
- Bedau, Mark A., Paul Humphreys (eds.). 2008. *Emergence: contemporary readings in philosophy and science*. Cambridge: MIT Press.
- Behrend, K. R. 1980. “Police Cynicism – A Cancer in Law Enforcement?” *FBI Law Enforcement Bulletin* 8: 1–4.
- Beinhocker, Eric D. 2006. *The Origin of Wealth: Evolution, Complexity, and the Radical Remaking of Economics*. Boston, MA: Harvard Business School Press.
- Beinhocker, Eric D., Nick Hanauer. 2014. “Redefining Capitalism”. *McKinsey Quarterly*, September.
- Berlin, Isaiah. 2003. *Rosyjscy myśliciele*. Warszawa: Prószyński i S-ka.
- Bernstein, Basil. 1990. *Odtwarzanie kultury*. Warszawa: PIW.
- Biernat, Tadeusz, Krzysztof Pałeczki, Aleksander Peczenik, Christoffer Wong, Marek Zirk-Sadowski. 2004. *Stressing Legal Decision*. Kraków: Polpress.
- Bix, Brian. 2006. *Jurisprudence: Theory and Context*. Fourth edition. London.
- Blumer, Herbert. 2007. *Interakcjonizm symboliczny. Perspektywa i metoda*. Kraków: Zakład Wydawniczy Nomos.
- Bobbio, Norberto. 1960. *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Torino.
- Boix, Charles, Daniel N. Posner. 1998. “Social Capital: Explaining Its Origins and Effects on Government Performance”. *British Journal of Political Science* 28: 686–693.
- Borucka-Arctowa, Maria, Krzysztof Pałeczki (red.). 2003. *Sądy w opinii społeczeństwa polskiego*. Kraków.
- Botton de, Alain. 2012. *Lęk o status*. Warszawa: Czuły Barbarzyńca.
- Bourdieu, Pierre, Loic J. D. Wacquant. 2001. *Zaproszenie do socjologii refleksyjnej*. Warszawa: Oficyna Naukowa.
- Bourdieu, Pierre. 1977. *Outline of a Theory of Practice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Breczko, Anetta. 2004. „Prawo i moralność w teorii i praktyce wczoraj i dziś”. *Temida* 2, Białystok.

- Brożek, Bartosz. 2012. *Normatywność prawa*. Warszawa: Lex Wolters Kluwer.
- Brożek, Bartosz. 2014. *Granice interpretacji*. Kraków: Copernicus Center Press.
- Brugger, Winfried. 1995. "Das Menschenbild der Menschenrechte". *Jahrbuch für Recht und Ethik* 3: 121–134. Przedruk w: Nr. 17, § 3. Internetnachdruck.
- Brugger, Winfried. 2007. „Krzyż antropologiczny decyzji w polityce i prawie”. *Politeja. Pismo Wydziału Studiów Międzynarodowych i Politycznych Uniwersytetu Jagiellońskiego* 2(8): 7–19.
- Brugger, Winfried. 2007. "Zum Verhältnis von Menschenbild und Menschenrechten". W: *Vom Rechte, das mit uns geboren ist. Aktuelle Probleme des Naturrechts*. Hrsg. Wilfried Härle, Bernhard Vogel. Freiburg im Br.: Herder Verlag. Strona internetowa: <http://www.kas.de/wf/de/33.12304>.
- Brugger, Winfried. 2008. *Das anthropologische Kreuz der Entscheidung in Politik und Recht*. Ed. 2. Baden-Baden.
- Bryson, Bill. 2013. *W domu*. Poznań: Wydawnictwo Zysk i S-ka.
- Chalmers, David. 2010. *The Character of Consciousness*. Oxford University Press.
- Chalmers, David. 2010a. *Świadomy umysł*. Warszawa: PWN.
- Chalmers, David. 2012. *Constructing The World*. Oxford University Press.
- Dyrda, Adam, Tomasz Gizbert-Studnicki. 2016. „Czy systemowość jest konieczną właściwością prawa?” *Przegląd Prawa i Administracji* 104: 19–37. <http://jagiellonian.academia.edu/TGizbertStudnicki>.
- Dziadkowiec, Jakub. 2012. „Poszukiwanie sensu we Wszechświecie emergentnym”. *Semina Scientiarum* 11: 35–63.
- Ehrlich, Stanisław. 1994. *Dynamika norm: Podstawowe zagadnienia wiążących wzorów zachowania*. Warszawa: Wydawnictwa Szkolne i Pedagogiczne.
- Ehrlich, Stanisław, 1995. *Wiążące wzory zachowania. Rzecz o wielości systemów norm*. Warszawa: PWN.
- Ehrlich, Stanisław. 1998. *Norma, grupa, organizacja*. Warszawa: Wydawnictwa Prawnicze PWN.
- Fraser, Nancy, Axel Honneth. 2005. *Redystrybucja czy uznanie? Debata filozoficzno-polityczna*. Tłum. Monika Bobako, Tomasz Dominiak. Wstęp Monika Bobako. Wrocław: Wydawnictwo Naukowe Dolnośląskiej Wyższej Szkoły Edukacji TWP.
- Fraser, Nancy. 2006. „Od redystrybucji do uznania różnicy? Dylematy sprawiedliwości w erze «post-socjalistycznej»”. W: *Współczesne teorie socjologiczne*. Tom 1. Red. Aleksandra Jasińska-Kania, Lech M. Nijakowski, Jerzy Szacki, Marek Ziółkowski. Warszawa: Wydawnictwo Scholar.
- Gladwell, Malcolm. 2010. *Poza schematem. Sekrety ludzi sukcesu*. Kraków: Wydawnictwo Znak.
- Goffman, Erving. 1979. "Symbols of Class Status". W: *Social Interaction*. Ed. Howard Robboy. New York: St. Martin Press.
- Gould, Roger. 2002. „The Origins of Status Hierarchy: A Formal Theory and Empirical Test”. *American Journal of Sociology* 107(5): 1143–1178.
- Grabowski, Andrzej. 2009. *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego. Krytyka niepozytywistycznej koncepcji prawa*. Kraków: Księgarnia Akademicka.
- Habermas, Jürgen. 1968. *Technik und Wissenschaft als „Ideologie“*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Habermas, Jürgen. 1996. *Die Neue Unübersichtlichkeit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Hałas, Elżbieta, Krzysztof Konecki (red.). 2005. *Konstruowanie jaźni i społeczeństwa. Europejskie warianty interakcjonizmu symbolicznego*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Scholar.
- Hałas, Elżbieta. 1987. *Społeczny kontekst znaczeń w teorii symbolicznego interakcjonizmu*. Lublin: Redakcja Wydawnictw KUL.
- Hanauer, Nick, Eric Liu. 2011. *The Gardens of Democracy: A New American Story of Citizenship, the Economy, and the Role of Government*. Seattle, WA: Sasquatch Books.
- Hanauer, Nick. 2014. „The Pitchforks Are Coming... For Us Plutocrats”. *Politico*, July/August.
- Harari, Yuval. 2014. *Od zwierząt do bogów. Krótka historia ludzkości*. Warszawa: Dom Wydawniczy PWN.

- Hegel, Georg. 1807. *Phänomenologie des Geistes*. Würzburg: Göbhard Bamberg. (Wydanie polskie 1963. *Fenomenologia ducha*. Warszawa: PWN).
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. 2002. *Fenomenologia ducha*. Tłum. Światosław Florian Nowicki. Warszawa: Wyd. Aletheia.
- Heidegger, Martin. 1994. *Bycie i czas*. Warszawa: PWN.
- Heidegger, Martin. 2000. *Wprowadzenie do metafizyki*. Warszawa: PWN.
- Hohfeld, Wesley Newcomb. 1917. "Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning". *Faculty Scholarship Series*. Paper 4378. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4378.
- Hohfeld, Wesley Newcomb. 1917. "Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning". *Yale Law Journal* 8: 710–770.
- Honneth, Axel. 2012. *Walka o uznanie. Moralna gramatyka konfliktów społecznych*. Kraków: Zakład Wydawniczy Nomos.
- Ihering von, Rudolph. 1883. *Der Zweck im Recht*. Bd. 2. Leipzig: Breitkopf und Härtel.
- Ihering von, Rudolph. 1894. *Der Kampf um's Recht*. 11. Auflage. Wien: Manz.
- Izdebski, Hubert, Paweł Skuczyński (red.). 2006. *Etyka zawodów prawniczych. Etyka prawnika*. Warszawa: Lexis Nexis.
- Jaegwon, Kim. 2006. *Philosophy of Mind*. Westview Press.
- Jasińska-Kania, Aleksandra, Lech Nijakowski, Jerzy Szacki, Marek Ziółkowski (red.). 2006. *Współczesne teorie socjologiczne*. Tom 1. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Scholar.
- Jellinek, Georg. 1892. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Freiburg im Breisgau; Internet Archive.
- Jellinek, Georg. 1905. *Allgemeine Staatslehre*. 2. Aufl. Berlin: O. Häring Verlag.
- Kelsen, Hans. 2014. *Czysta teoria prawa*. Warszawa: LexisNexis.
- Kennedy, Duncan. 2004. *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy*. New York University Press.
- Kim, Pauline T. 1998. "Cynicism, Reconsidered". *Wash. U. L. Q.* 76(193). Strona internetowa: http://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol76/iss1/14
- Knack, Stephen, Paul J. Zak. 2002. „Building Trust: Public Policy, Interpersonal Trust, and Economic Development”. *Supreme Court Economic Review* 10: 91–107.
- Kojder, Andrzej. 1998. „Destrukcja normatywności: jej współczesne przejawy i skutki społeczne” W: *Śląsk – Polska – Europa. Zmieniające się społeczeństwo w perspektywie lokalnej i globalnej*. Księga X Ogólnopolskiego Zjazdu Socjologicznego. Do druku przygotowali Antoni Sulek i Marek S. Szczepański. Katowice: Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego.
- Kojder, Andrzej. 2001. *Godność i siła prawa*. Warszawa: Oficyna Naukowa.
- Kojder, Andrzej. 2009. *Myśli Leona Petrażyckiego*. Warszawa: Oficyna Naukowa.
- Kojève, Alexandre. 1980. *Introduction to the Reading of Hegel. Lectures on the Phenomenology of Spirit*. Ithaca: Cornell University Press.
- Konwencja wiedeńska o prawie traktatów z 23 maja 1969 r. Weszła w życie 27 stycznia 1980 r. *UN Treaty Series* 1155: 331.
- Kordela, Marzena. 2007. „Możliwość konstruowania ogólnej teorii zasad prawa. Uwagi do koncepcji Roberta Alexy’ego”. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 2: 11–28.
- Korsgaard, Christine. 1992. *The Sources of Normativity*. Tanner Lectures on Human Values. Cambridge 16–17.11.
- Krzemiński, Ireneusz. 1986. *Symboliczny interakcjonizm i socjologia*. Warszawa: PWN.
- Lamentowicz, Wojciech. 1977. *Reformizm szwedzki*. Warszawa: PWN.
- Lamentowicz, Wojciech. 1983. „Legitymizacja władzy politycznej w powojennej Polsce”. *Krytyka* 13–14.
- Lamentowicz, Wojciech. 1987. *Kapitalizm i reformy społeczne. Studium z teorii państwa*. Rozprawy habilitacyjne. Warszawa: Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego.

- Lamentowicz, Wojciech. 1988a. „Destrukcja normatywności”. W: *Kultura prawna i dysfunkcyjności prawa*. Tom I. Red. Anna Turska. Warszawa: Uniwersytet Warszawski.
- Lamentowicz, Wojciech. 1988b. „Kulturowe aspekty legitymizacji monocentrycznych struktur politycznych”. W: *Legitymizacja. Klasyczne teorie i polskie doświadczenia*. Red. Andrzej Rychard, Antoni Sułek. Warszawa: Polskie Towarzystwo Socjologiczne, Uniwersytet Warszawski.
- Lamentowicz, Wojciech. 1991. „Siła i bezsilność władzy politycznej”. W: *Spoleczeństwo polskie u progu przemian*. Red. Janusz Mucha. Wrocław: Ossolineum.
- Lamentowicz, Wojciech. 1993 i 1996. *Państwo współczesne*. Warszawa.
- Lamentowicz, Wojciech. 2011. „Paradoksy liberalnej demokracji”. W: *Transformacje demokracji: doświadczenia, trendy, turbulencje, perspektywy*. Red. Lech Zacher. Akademia im. Leona Koźmińskiego. Warszawa: Difin SA.
- Lamentowicz, Wojtek. 2012. *Granice strategii państwa: Efekt Tsunami*. Częstochowa: Instytut Geopolityki.
- Lamentowicz, Wojtek. 2013. “The Gordian Knots and Alexandrian Solutions: New Approach to Forecasting and Strategy Making”. *Transformacje* 3–4.
- Lamentowicz, Wojciech. 2015. „Legal and Moral Dilemmas of Targeted Killing by Drones”. W: *Technology, Society, and Sustainability: Selected Concepts, Issues and Cases*. Ed. Lech Zacher. Springer Verlag.
- Lamentowicz, Wojtek. 2015. *Strategia państwa. Teoria państwa aktywnego wobec sił spontanicznych*. Warszawa: Wydawnictwo Elipsa.
- Lamentowicz, Wojtek. 2017. „Wicked problems and Gordian Knots: Increased risk of Tsunami Effect in modern governance”. *Rocznik Administracji Publicznej*. Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Pedagogicznego.
- Lang, Wiesław. 1989. *Prawo i moralność*. Warszawa: PWN.
- Lang, Wiesław. 2008. „System prawa i porządek prawny”. W: *System prawa a porządek prawny*. Red. Olgierd Bogucki, Stanisław Czepita. Szczecin: Uniwersytet Szczeciński.
- Latoń, Andrzej. 2005. „Osoba i pragnienie uznania według Paula Ricoeura i Axela Honnetha”. *Filozofia chrześcijańska*. Tom 2, 129–141.
- Leszczyński, Leszek. 2004. *Zagadnienia teorii stosowania prawa. Doktryna i tezy orzecznictwa*. Kraków: Zakamycze.
- Loftus, Elizabeth F., James M. Doyle & Dysert. 2008. *Eyewitness testimony: Civil & Criminal*. 4th edition. Charlottesville, Va: Lexis Law Publishing.
- Lubowski, Andrzej. 2013. *Świat 2040. Czy Zachód musi przegrać?* Kraków: Wydawnictwo Znak.
- Luhmann, Niklas. 1988–1989. „Samolegitymizacja państwa”. *Colloquia Communia* 41–42.
- Lytard, Jean Francois. 1997. *Kondycja ponowoczesna. Raport o stanie wiedzy*. Warszawa: Aletheia.
- Łojko, Elżbieta. 2005. *Rola i zadania prawników w zmieniającym się społeczeństwie*. Warszawa.
- Łojko, Elżbieta. br. *Nowe konteksty wykonywania zawodów prawniczych*.
- Łojko, Elżbieta, Monika Dziurnikowska-Stefańska (red.). 2011. *Wartości a sukces zawodowy prawników. Granice kompromisu?* Warszawa: Stowarzyszenie Absolwentów Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.
- Łukasiewicz, Dariusz. 2011. „O krytyce determinizmu i logice wielowartościowej Jana Łukasiewicza”. *Studia z Filozofii Polskiej*. Tom 6.
- MacCormick, Neil, Ota Weinberger. 1986. *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*. Dordrecht–Boston.
- Malinowski, Grzegorz. 2006. *Logiki wielowartościowe*. Warszawa: PWN.
- Marody, Mirosława. 1987. *Technologie intelektu*. Warszawa: PWN.
- Maruszewski, Tomasz. 1996. *Psychologia poznawcza*. Warszawa: Polskie Towarzystwo Semiotyczne.
- Masłowsky, Danuta i Włodzimierz. 2001. *Księga aforyzmów świata*. Wydawnictwo Antyk.

- Miller, George. 1956. "The Magical Number Seven, Plus or Minus Two: Some Limits on Our Capacity for Processing Information". *The Psychological Review* 63: 81–97.
- Modrzyk, Ariel. 2010. „Ku wspólnocie posttraudycyjnej. Axel Honneth jako krytyk komunitariańskiej filozofii politycznej”. *Praktyka Teoretyczna* 1.
- Modrzyk, Ariel. 2011. „Próba rozróżnienia teoretycznego kategorii estymy i szacunku”. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 4.
- Morawski, Lech. 2001. „Zasady prawa – komentarz krytyczny”. W: *Studia z filozofii prawa*. Red. Jerzy Stelmach. Kraków: Uniwersytet Jagielloński.
- Morawski, Lech. 2005. *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*. Wydanie V. Warszawa: Lexis Nexis .
- Nęcka, Edward, Jarosław Orzechowski, Błażej Szymura. 2006. *Psychologia poznawcza*. Warszawa: Wydawnictwo SWPS Academica, PWN.
- Nęcki, Zbigniew. 1996. *Komunikacja międzyludzka*. Kraków: Wydawnictwo Profesjonalnej Szkoły Biznesu.
- Opalek, Kazimierz, Jan Woleński. 1974. „O tzw. słabych i mocnych dozwoleniach”. *Studia Filozoficzne* 8: 115–124.
- Opalek, Kazimierz, Jerzy Wróblewski. 1969. *Zagadnienia teorii prawa*. Warszawa: PWN.
- Palecki, Krzysztof. 1988. *Prawo, polityka, władza*. Warszawa.
- Palecki, Krzysztof. (red.). 1997. *Dynamika wartości w prawie*. Kraków: Księgarnia Akademicka.
- Paszukanis, Jewgienij. 1985. *Ogólna teoria prawa a marksizm*. Warszawa: PWN (oryginalne wydanie w 1924 roku).
- Petrażycki, Leon. 1959. *Teoria prawa i państwa w związku z teorią moralności*. Tom I. Warszawa: PWN.
- Petrażycki, Leon. 1960. *Teoria prawa i państwa w związku z teorią moralności*. Tom II. Warszawa: PWN.
- Pękala, Mateusz. 2012. „Stanisława Ehrlicha decyzyjna koncepcja prawa”. *Państwo i Prawo* 12: 5–20.
- Pękala, Mateusz. 2016. *Pole decyzyjne ustawodawcy*. Kraków: Akademia Ignatianum, Wydawnictwo WAM.
- Pipes, Richard. 2005. *Rosja bolszewików*. Warszawa: Wydawnictwo Magnum.
- Pipes, Richard. 2006. *Rosja carów*. Warszawa: Wydawnictwo Magnum.
- Poczobut, Robert. 2009. *Między redukcją a emergencją. Spór o miejsce umysłu w świecie fizycznym*. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego. Monografie Fundacji Na Rzecz Nauki Polskiej.
- Podgórecki, Adam. 1962. *Socjologia prawa*. Warszawa: Wiedza Powszechna.
- Podgórecki, Adam. 1974. *Law and Society*. London: Routledge.
- Podgórecki, Adam. 1991. *A Sociological Theory of Law*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore.
- Potter, Jonathan, Margareth Wetherell. 1987. *Discourse and Social Psychology. Beyond Attitudes and Behaviour*. London: Sage Publications.
- Pulka, Zbigniew. 1998. „Stanisława Ehrlicha wersja realizmu prawniczego”. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 3, 4 (LX): 35–58.
- Raz, Joseph. 1980. *The Concept of a Legal System*. 2th edition. Oxford: Clarendon Press.
- Raz, Joseph. 2000. *Autorytet prawa: eseje o prawie i moralności*. Warszawa: Wydawnictwo ABC.
- Ricoeur, Paul. 2005. *The Course of Recognition*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Roth, Kenneth. 2000. “The Charade of US Ratification of International Human Rights’ Law”. *Chicago Journal of International Law*. Fall.
- Rutkowski, Mirosław. 2001. *Obowiązek moralny a motywacja*. Szczecin: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego.
- Rutkowski, Mirosław. 2011. *Nieposłuszeństwo wobec prawa*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.

- Sadowski, Mirosław. 2007. „Godność człowieka – aksjologiczna podstawa państwa i prawa”. W: *Studia Erasmiiana Wratislaviensia – Wrocławskie Studia Erasmijskie*. Zeszyt Naukowy Studentów, Doktorantów i Pracowników Uniwersytetu Wrocławskiego: 8–28.
- Sadurski, Wojciech. 2008. „Rozumność: między teorią prawa a filozofią polityczną”. W: *Rozumność rozumowań prawniczych*. Red. Mirosław Wyrzykowski. Warszawa: Uniwersytet Warszawski.
- Sampson, Robert J., Dawn J. Bartusch. 1998. “Legal cynicism and tolerance of deviance: The neighborhood context of racial differences”. *Law Soc. Rev.* 32: 777–804.
- Santi, Romano. 1918. *L'Ordinamento giuridico*. Pisa.
- Schmitt, Carl. 1993. *Land und Meer. Eine weltgeschichtliche Betrachtung*. Stuttgart (1 wydanie 1942).
- Scott, James C. 1985. *Weapons of the Weak: Everyday Forms of Peasant Resistance*. New Haven: Yale University Press.
- Scott, James C. 1990. *Domination and the Arts of Resistance: Hidden Transcripts*. New Haven: Yale University Press.
- Scott, James C. 2009. *The Art of Not Being Governed: An Anarchist History of Upland Southeast Asia*. New Haven: Yale University Press.
- Siep, Ludwig. 1975. *Anerkennung als Prinzip der praktischen Philosophie. Untersuchungen zu Hegels Jenaer Philosophie des Geistes*. (Überarbeitete Habilitationsschrift). Freiburg. Überarbeitete Neuauflage: Hamburg 2014.
- Skąpska, Grażyna, Janina Czapska, Maria Kozłowska. 1989. *Spoleczne role prawników*. Wrocław: Ossolineum.
- Skrzydło, Jacek. 1996. „Sędzia polski wobec perspektywy członkostwa w Unii Europejskiej”. *Państwo i Prawo* 11.
- Sloterdijk, Peter. 2008. *Krytyka cynicznego rozumu*. Przeł. Piotr Dehnel. Wrocław: Wydawnictwo Naukowe Dolnośląskiej Szkoły Wyższej. Seria Biblioteka Współczesnej Myśli Społecznej (1983. *Kritik der zynischen Vernunft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp).
- Sloterdijk, Peter. 2011. *Gniew i czas*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Scholar.
- Sloterdijk, Peter. 2011a. *Kryształowy pałac. O filozoficzną teorię globalizacji*. Warszawa: Wydawnictwo Krytyki Politycznej.
- Sloterdijk, Peter. 2012. *Pogarda mas. Szkic o walkach kulturowych we współczesnym społeczeństwie*. Warszawa: Wydawnictwo Aletheia.
- Sloterdijk, Peter. 2013. *Gorliwość Boga. O walce trzech monoteizmów*. Warszawa: Wydawnictwo Aletheia.
- Sokół, Wojciech. 1997. *Legitymizacja systemów politycznych*. Lublin: Wydawnictwo UMCS.
- Soniewicka, Marta, Justyna Holocher. br. *The Concept of Human Dignity in Polish Legal Culture*. https://www.academia.edu/11015761/The_Concept_of_Human_Dignity_in_Polish_Legal_Culture_draft_version.
- Soniewicka, Marta. 2010. *Granice sprawiedliwości. Sprawiedliwość ponad granicami*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Stawecki, Tomasz. 2008. „O celowości rozumowań prawniczych w polskiej teorii prawa i praktyce prawniczej”. W: *Rozumność rozumowań prawniczych*. Red. Mirosław Wyrzykowski. Warszawa: Uniwersytet Warszawski.
- Stefancic, Jean, Richard Delgado. 2005. *How Lawyers Lose Their Way: A Profession Fails Its Creative Minds* (Taschenbuch). Duke University Press.
- Stelmach, Jerzy, Bartosz Brożek. 2010. *Sztuka negocjacji prawniczych*. Warszawa.
- Stelmach, Jerzy, Bartosz Brożek. 2006. *Metody prawnicze*. Wyd. II. Warszawa.
- Strawiński, Witold. 1997. *Jedność nauki, redukcja, emergencja*. Warszawa. Aletheia.
- Strzyczkowski, Kazimierz. 2007. „O (nie)użyteczności pojęcia kapitału społecznego z perspektywy ustaleń socjologii amerykańskiej”. *Kultura i Społeczeństwo* 3: 41–69.

- Szarkowicz, Ryszard. 2004. *Amerykańska etyka prawnicza*. Kraków: Zakamycze.
- Środa, Magdalena. 1993. *Idea godności w kulturze i etyce*. Warszawa: Wydawnictwo Borgis.
- Tanis, Martin, Tom Postmes. 2005. "Short Communication A social identity approach to trust: Interpersonal perception, group membership and trusting behavior". *European Journal of Social Psychology* 35: 413–424.
- Taylor, Charles. 1994. "The Politics of Recognition". W: *Multiculturalism. Examining the Politics of Recognition*. Ed. Amy Gutmann. New York: Princeton University Press.
- Tittenbrun, Jacek. 1983. *Interakcjonizm we współczesnej socjologii amerykańskiej*. Poznań: Wyd. Naukowe UAM.
- Tobor, Zygmunt. 2014. *W poszukiwaniu intencji prawodawcy*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Torpe, Lars. 2003. "Social Capital in Denmark: A Deviant Case?". *Scandinavian Political Studies* 26: 27–48.
- Turska, Anna (red.). 2010. *Prawo i wykluczenie. Studium empiryczne*. Warszawa: C.H. Beck.
- Tyler, Tom R. 1990. *Why People Obey the Law*. New Haven: Yale University Press.
- Urbina, Sebastian. 2002. *Legal Method and the Rule of Law*. Dordrecht: Kluwer Law International.
- Uslaner, Eric M. 2002. *The Moral Foundations of Trust*. Cambridge (UK): Cambridge University Press.
- Uslaner, Eric M. 2004a. „Trust, Democracy, and Governance: Can Government Policies Influence Generalized Trust?”. W: *Generating Social Capital*. Eds. Dietlind Stolle, Marc Hooghe. New York: Palgrave.
- Uslaner, Eric M. 2004b. "Trust and Corruption". W: *The New Institutional Economics of Corruption*. Eds. Johann Graf Lambsdorff, Markus Taube, Mathias Schramm. London: Routledge.
- Walzer, Michael. 2007. *Sfery sprawiedliwości. Obrona pluralizmu i równości*. Tłum. Michał Szczybiałka. Warszawa.
- Wenklara, Michał. 2011. „O prawie oporu i obywatelskim nieposłuszeństwie”. *Horyzonty Polityki* 2(3): 133–148.
- Werner, Wiktor. 2013. "The Utility of Knowledge: Between Power Over the World and Part of the Emergent System". *Historyka. Studia Metodologiczne* XLIII: 151–162.
- Whitehead, Jason E. 2014. *Judging Judges. Values and the Rule of Law*. Baylor University Press.
- Wildt, Andreas. 1982. *Autonomie und Anerkennung. Hegels Moralitätskritik im Lichte seiner Fichte-Rezeption*. Stuttgart : Klett-Cotta.
- Wojciechowski, Bartosz. 2007. „Idea równości w krytycznej teorii społecznej Axela Honnetha”. W: *Ponowoczesna teoria prawa*. Red. Michał Błachut. Wrocław.
- Wojciechowski, Bartosz. 2012. „Prawa człowieka jako element polityki wzajemnego uznania i równości szans”. W: *Konwergencja czy dywergencja kultur i systemów prawnych?* Red. Oktawian Nawrot, Sebastian Sykuna, Jerzy Zajadło. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Wojciszke, Bogdan. 2000. „Postawy i ich zmiana”. W: *Psychologia. Podręcznik akademicki*. Tom III. Red. Jan Strelau. Gdańsk: Gdańskie Wydawnictwo Psychologiczne.
- Wronkowska, Sławomira, Maciej Zieliński, Zygmunt Ziemiński. 1974. *Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe*. Warszawa.
- Wróblewski, Jerzy. 1990. "Principles, values, and rules in legal decision-making and the dimensions of legal rationality". *Ratio Juris* 3(1), March.
- Wyrzykowski, Mirosław (Red.). 2008. *Rozumność rozumowań prawniczych*. Warszawa: Uniwersytet Warszawski, Collegium Iuridicum III.
- Zieliński, Maciej. 2010. *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*. Wyd. V. Warszawa: Lexis Nexis.
- Zajadło, Jerzy. 2005. *Dylematy humanitarnej interwencji*. Gdańsk: Arche.
- Zajadło, Jerzy. 2016. *Schmitt*. Gdańsk: Arche.

- Zirk-Sadowski, Marek. 1998. *Prawo a uczestniczenie w kulturze*. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego.
- Zirk-Sadowski, Marek, Bartosz Wojciechowski, Mariusz J. Golecki (eds.). 2009. *Between Complexity of Law and Lack of Order. Philosophy of Law in the Era of Globalization*. Toruń–Beijing: Wydawnictwo Adam Marszałek.
- Zirk-Sadowski, Marek, Mariusz J. Golecki, Bartosz Wojciechowski (eds.). 2009a. *Multicentrism as an Emerging Paradigm in Legal Theory*. Frankfurt am Main: Peter Lang Publishing Group.
- Zirk-Sadowski, Marek. 2012. „Tożsamość konstytucyjna a prawo europejskie”. *Analizy Natolińskie* 1(53).
- Žižek, Slavoj. 2001. *Wzniosły obiekt ideologii*. Przeł. Joanna Bator, Paweł Dybel. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego.