

NAUKI PRAWNE



Andrzej Bator

Instrumentalizacja jako działanie prawne Studium z teorii prawa

**Instrumentalizacja jako działanie prawne.
Studium z teorii prawa**

Acta Universitatis Wratislaviensis

No 4344

Mojej żonie Barbarze



Andrzej Bator

**Instrumentalizacja
jako działanie prawne.
Studium z teorii prawa**

WYDAWNICTWO UNIwersYTETU WROcŁAWskiego
WROcŁAW 2025

Andrzej Bator

Instrumentalizacja jako działanie prawne. Studium z teorii prawa

Recenzent: Marek Smolak

Redaktor prowadzący: Robert Zontek

Redakcja i korekta: Jarosław Błochowiak

Skład i łamanie: Violet Design / Wioletta Kowalska

Projekt i opracowanie graficzne okładki: Małgorzata Szałyga na podstawie layoutu Grupy Projektor

Ilustracja na okładce: freepik.com

Dofinansowano ze środków funduszu na rzecz badań naukowych i komercjalizacji ich wyników Uniwersytetu Wrocławskiego

© Uniwersytet Wrocławski 2025

ISBN: 978-83-68705-25-6 (druk)

ISBN: 978-83-68705-26-3 (PDF)

ISSN: 0239-6661 (AUWr)

ISSN: 3071-6748 (AUWr online)

Druk: Mazowieckie Centrum Poligrafii sp. z o.o.



Uniwersytet
Wrocławski



Wydawnictwo Uniwersytetu
Wrocławskiego

Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego

ul. F. Joliot-Curie 12, 50-383 Wrocław

tel. 71 3752474, e-mail: wydawnictwo@uwr.edu.pl

*[...] jeśli przekroczysz pewną granicę i nic się nie dzieje,
to granica traci znaczenie.*

Lauren Olivier, 7 razy dziś

*Mamy tendencję myśleć o prawie tak, jak gdyby wyprzedzało ono
rozwiązanie kwestii prawnej, ale czyniąc to popełniamy błąd, wynikający
z postrzegania prawa jako pojęcia, a nie aktywności. Myślimy, że prawo
istnieje niezależnie od procesów nakładania prawnych zobowiązań
i wymierzania sankcji. Bardziej interesująca jest sekwencja odwrotna.*

Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*

Spis treści

Wprowadzenie.....	11
1. W poszukiwaniu granic instrumentalizacji prawa.....	17
1.1. Instrumentalizacja prawa jako zachowanie niemoralne.....	17
1.2. Instrumentalizacja wobec autonomii prawa.....	24
1.3. Nieredukcyjne ujęcie instrumentalizacji prawa.....	32
2. Pozytywizm prawniczy i co dalej?.....	43
2.1. Koncepcje instrumentalizacji a dwie tezy pozytywizmu prawniczego.....	43
2.2. Ewolucja pozytywizmu prawniczego a akty instrumentalizacji prawa.....	49
2.3. Argument z zasad. Przypadek koncepcji państwa prawa.....	54
2.4. Pragmatyczne otwarcie.....	59
3. Zachowania instrumentalne jako składnik kultury.....	63
3.1. Instrumentalny a zasadniczy charakter działań prawnych. Problem demarkacji.....	63
3.2. Działania człowieka w relacji cywilizacja–kultura.....	68
3.3. Zachowania symboliczne a zachowania instrumentalne. Argument z integralności kultury.....	72
3.4. Społeczno-regulacyjna koncepcja kultury: struktura <i>vs</i> działanie.....	79
3.5. Prawne zachowania symboliczne. Przypadek prawa procesowego.....	89
4. W stronę demokratycznej instrumentalizacji prawa.....	95
4.1. Instrumentalizacja w perspektywie działającego podmiotu.....	95
4.2. Punkt wyjścia: autonomia prawa.....	102
4.3. Kultura bez struktury: pragmatyczny punkt widzenia.....	105
4.4. Pragmatyczny instrumentalizm i prawo.....	109
4.5. Pluralistyczna instrumentalizacja prawa. Problem polityczności.....	118

5. Formalizm vs instrumentalizm prawny w perspektywie realizmu zrównoważonego	129
5.1. Od prawodawcy do sędziego	129
5.2. Formalistyczna autonomia prawa i prawoznawstwa	135
5.3. Reguła ogólna jako podstawa aktów instrumentalizacji	139
5.4. Sądowa instrumentalizacja: sędzia arbiter <i>vs</i> sędzia „przedsiębiorca”	142
5.5. Orzecznictwo sądowe w cieniu polityki: sędzia „Prometeusz”	151
6. Działania instrumentalne i reguły ich wykonywania	161
6.1. Formalistyczny punkt wyjścia	161
6.2. Reguły, normy, dyrektywy a akty instrumentalizacji prawa	165
6.3. Akty instrumentalizacji: między normą imperatywną a regułą	174
6.4. Reguła działania w teorii czynności konwencjonalnych	181
7. Od racjonalności komunikacyjnej do racjonalności instrumentalnej (i z powrotem)	193
7.1. Orientacja strategiczna w teorii działania komunikacyjnego	193
7.2. O potrzebie przekraczania granic (własnych)	207
7.3. Scjentyzm porzucony (krok pierwszy)	210
7.4. Racjonalność kultury prawnej (krok drugi)	214
7.5. W kierunku kompetencji komunikacyjnej (krok trzeci)	217
7.6. Przypadek derywacyjnej koncepcji wykładni prawa	222
8. Postscriptum: instrumentalność prawa	225
8.1. Instrumentalność a działania instrumentalizujące prawo	225
8.2. Instrumentalność według Artura Kozaka. Odpowiedź na krytykę	233
Bibliografia	247
Summary	255

Wprowadzenie

Do swoich poglądów wyrażanych w przeszłości wracamy zwykle z dwóch powodów: albo dlatego, że zauważamy, iż rzeczywistość (praktyka społeczna), której obecnie doświadczamy, jest podobna do tej, która towarzyszyła nam w przeszłości, i uważamy za sensowne ich przypomnienie czy skonfrontowanie z praktyką aktualną, albo dlatego, że kieruje nami przekonanie o „rozmowie niedokończonej”, gdy chodzi o same te poglądy, o to, w jakim stanie je kiedyś pozostawiliśmy i jak wpisały się w obraz naszej dyscypliny. Oba te powody mogą występować łącznie. I tak rzecz się ma z problematyką instrumentalizacji prawa oraz autorem niniejszej książki.

Historyczny kontekst, który towarzyszył dyskusjom polskich teoretyków nad instrumentalizacją prawa, to lata dziewięćdziesiąte ubiegłego wieku. Istotne wtedy było zakorzenienie naszej rodzimej praktyki prawnej w zachodniej kulturze prawnej, dopiero transformowanej w tym kierunku i rozliczającej się z PRL-owską przeszłością. Tak zwany realny socjalizm, obudowany progresywnymi programami zmian społecznych, lokował prawo stanowione przez prawodawcę w pozycji dyspozycyjnego narzędzia realizacji projektowanych przemian. W rozliczanie się z przeszłością wprzęgnięty został nurt rozważań o instrumentalizacji prawa, w ramach którego odchodząca i krytykowana praktyka polityczno-prawna powiązana została z teoretyzowaniem na ten temat. Samo pojmowanie instrumentalizacji, jako że służyło nazywaniu tych uznawanych za naganne praktyk, podzieliło losy takich ocen. O instrumentalizacji prawa należało w tak ujętej perspektywie pisać albo po prostu źle (argument z moralności), albo też sięgać po oceny bardziej wyważone, oparte na wewnętrznych wartościach prawa (argument z praworządności). Poza wartościującym podejściem oba te typy postaw łączył jeszcze przedmiot — był nim państwowy prawodawca i wytwory jego aktywności: akty normatywne.

Rzeczywistość prawna, z którą mamy do czynienia w Polsce po roku 2015, może skłaniać do pytania o wynik jej konfrontacji z formułowanymi u początków naszej demokracji koncepcjami i poglądami teoretyków prawa dotyczącymi instrumentalizacji. Tą drogą jednak iść nie zamierzam. Po pierwsze dlatego, że byłem tylko jednym z uczestników tamtej dyskusji (obok Wiesława Langa, Lecha Morawskiego, Włodzimierza Gromskiego i Artura Kozaka) i nie mam legitymacji, aby wypowiadać się w ich imieniu, tym bardziej że większości z nich nie jest dane, aby móc się wypowiadać za siebie; po drugie dlatego, że — zarówno wtedy, jak i później — bardziej zależało mi na teoretycznym, właściwym dla podejścia analitycznego, dystansie wobec tamtej i każdej innej praktyki ustrojowo-politycznej. Z tych powodów praca, którą niżej przedstawiam, jest próbą rozwinięcia własnych poglądów, wówczas tylko zasygnalizowanych jedną pokonferencyjną publikacją¹. Jednak poglądy wymienionej wyżej grupy autorów są dla mnie ważne, a nawet bardzo ważne w niniejszej publikacji. Próbuję je bowiem wykorzystać albo jako konstruktywne źródła inspiracji, albo też jako przedmiot krytyki, na której buduję teoretyczny kontrapunkt w poszukiwaniu ścieżki własnej. Dla mnie powrót do dyskusji z lat dziewięćdziesiątych (przełomu lat dziewięćdziesiątych i dwutysięcznych) jest próbą kontynuowania „niedokończonej [wtedy] rozmowy”, dzisiaj już niestety właściwie „monologu”. Miarą wartości dostępnych nam koncepcji i teorii nie jest przecież to, jak toczą się losy ich autorów, ale to, jak żyją one w środowisku naukowym, wśród czytelników, komentatorów, w tym krytyków.

Książkę niniejszą chciałbym w szczególności poświęcić dwóm wrocławskim autorom — Włodzimierzowi Gromskiemu i Arturowi Kozakowi. Pierwszemu, ponieważ jest autorem jedyne w naszej rodzimej literaturze monograficznego, a zarazem — tak przynajmniej to oceniam — w pełnym tego słowa znaczeniu teoretycznoprawnego opracowania poświęconego problematyce instrumentalizacji prawa. Nieprzypadkowo to właśnie praca *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*² jest pozycją bodaj najczęściej przeze mnie przywoływaną, choć miejscami również krytycznie. Drugiemu mojemu koledze, Arturowi Kozakowi, dlatego, że jakkolwiek problematyka instrumentalizacji prawa nie była dla niego kwestią centralną i opublikował tylko jeden artykuł³ wprost poświęcony temu zagadnieniu — podobnie

1 A. Bator, *Instrumentalizacja jako aspekt prawa*, [w:] *Zmiany społeczne a zmiany w prawie. Aksjologia. Konstytucja. Integracja europejska*, red. L. Leszczyński, Lublin 1999.

2 W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, Wrocław 2000.

3 A. Kozak, *Instrumentalność a instrumentalizacja prawa*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa*, red. Artur Kozak, Wrocław 2000.

jak było w przypadku innej istotnej dla moich rozważań postaci, Wiesława Langa⁴ — to okazało się to zupełnie wystarczającym powodem, aby poświęcić wrocławskiemu teoretykowi cały ostatni rozdział pracy (*Postscriptum: instrumentalność prawa*), a zaproponowane przez Langa nieredukcyjne ujęcie instrumentalizacji prawa wykorzystać do konstruowania koncepcji własnej. Muszę dodać jeszcze, że fragment poświęcony proponowanemu przez Kozaka pojmowaniu instrumentalności prawa zasadniczo nie ma charakteru polemicznego, a bardziej służy wyjaśnieniu mojego stanowisko w tej kwestii, które, jak sądzę, ma szansę stać się bardziej zrozumiałe dzięki szerszemu kontekstowi, jaki buduję w niniejszej monografii.

Wreszcie wśród postaci polskiej teorii prawa, które miały wpływ na prezentowaną koncepcję instrumentalizacji prawa, wymienić muszę Lecha Morawskiego, z którym zdecydowanie najmocniej polemizuję w pierwszych rozdziałach pracy po to, ażeby we fragmentach końcowych (szczególnie w rozdziale siódmym, gdy omawiam kwestię relacji między działaniami komunikacyjnymi i strategicznymi w ujęciu Habermasa) skorzystać z ważnej dla tej mojej pracy krytyki ze strony Morawskiego wobec niektórych tez autora *Teorii działania komunikacyjnego*. Z pewnego czasowego dystansu — związanego z pracami Morawskiego pisanyymi w latach dziewięćdziesiątych i jego o dwadzieścia kilka lat późniejszą książką *Podstawy filozofii prawa*⁵ — byłbym nawet skłonny twierdzić, że różnica między nami ma (miała — jeśli zestawiać ze sobą poglądy głoszone przed rokiem dwutysięcznym), z dzisiejszej perspektywy patrząc, bardziej werbalny aniżeli merytoryczny charakter. Morawski, jak można przypuszczać, właśnie pod wpływem Habermasa spozycjonował sobie pojęcie instrumentalizacji prawa jako pejoratywnie konotowane. Od tego rodzaju aksjologicznych obciążeń uwolnił natomiast działania nazywane przez Habermasa „strategicznymi”. Bywa tak, że znaczeniowo bliskie terminy za sprawą swoich użytkowników zatracają, mówiąc językiem Wittgensteina, „podobieństwa rodzinne” także wtedy, gdy w przekonaniu innych użytkowników języka pozostają w ścisłym związku, a nawet w znaczeniowej tożsamości.

I jeszcze kilka zdań o ważnych dla mnie autorach anglojęzycznych. Dwie postacie czuję się zobowiązany przywołać. Pierwsza to John Dewey uznawany za trzeciego (obok Williama Jamesa i Charlesa S. Peirce’a) kłasyka pragmatyzmu. Nie mogło go tu zabraknąć ze względu na koncepcję

⁴ W. Lang, *Instrumentalne pojmowanie prawa a państwo prawa*, „Państwo i Prawo” 1991, z. 12.

⁵ L. Morawski, *Podstawy filozofii prawa*, Toruń 2014.

pragmatycznego instrumentalizmu podkreślającą integralny związek między wiedzą i działaniem. Jego teoria pedagogiki — uczenia się poprzez działanie — daje konstruktywną odpowiedź w trwającym od ponad stu lat sporze w anglosaskiej (głównie amerykańskiej) jurysprudencji między tak zwanymi formalistami i realistami/instrumentalistami. Dewey, szanując tych pierwszych (prymat reguły ogólnej nad faktami i kontekstem ich występowania), stara się zadowolić również drugich (opowiadających się za tak zwaną *bottom-up strategy*) i traktuje te rozbieżne kursory działania jako wzajemnie zwrotne. Chodzi mianowicie o proces dochodzenia do decyzji poprzez poznawanie oraz wzajemne dostosowywanie obu tych dobrze znanych praktyce sędziowskiej wymiarów prawa (obowiązywanie i faktyczność). Drugą inspirującą dla mnie postacią jest współczesna holenderska filozofka prawa Sanne Taekema, która pod wpływem Deweya próbuje aplikować jego teorię instrumentalnego poznawania/działania na grunt horyzontalnej praktyki demokratycznej — tak zwanego demokratycznego pluralizmu. Pomysł ten jest po dwakroć dla polskiego czytelnika atrakcyjny, ponieważ pozwala obalić dwa wpływowe mity pokutujące w polskiej teorii prawa: pokazuje, że (a) instrumentalizacja prawa nie musi, a nawet nie powinna być uznawana za domenę państwowego prawodawcy, przeciwnie: daje się wpisać w liberalnie pojmowaną demokrację, oraz że (b) praktyka demokratyczna wymaga stabilnego prawa, autonomicznego zarówno wobec prawodawczych działań państwa, jak i wobec działań podejmowanych przez pozostałych, społecznych uczestników życia prawnego.

Autonomia prawa — i tę myśl można potraktować jako główną tezę pracy — przestaje wtedy pełnić funkcję granicy instrumentalizacji prawa (prawotwórstwa), jak to się powszechnie przyjmowało w polskiej literaturze przedmiotu, staje się natomiast warunkiem kontrolowanego przez prawo i kulturę prawną działania zinstrumentalizowanego, a zarazem otwiera horyzontalną perspektywę dla aktywności społecznych podmiotów, pozwala tym samym relokować prawne akty instrumentalizacji — sięgając po znaną metaforę Habermasa — ze „świata systemów” do „świata życia”. Jak mawiał Hegel, „każda filozofia ma sobie właściwe czasy”. W Polsce doświadczamy tego w sposób szczególny, a rozważania o instrumentalizacji prawa stały się wręcz emblematycznym przypadkiem takiego historycznego, a wskutek tego również politycznego uwikłania. Widać to było w pierwszym dziesięcioleciu polskiej odnowionej demokracji, kiedy to za krytyką instrumentalizacji prawa stała powszechna sympatia dla liberalnej filozofii politycznej. Wtedy wszyscy (lub prawie wszyscy) byliśmy liberałami. W ostatnich kilku latach tamta dyskusja — wydawało się nam na początku XXI wieku, że już

zamknięta — powróciła. Czynnikiem sprawczym ponownie okazały się nasze lokalne doświadczenia, tym razem związane z „reformowaniem prawa” w Polsce po roku 2015. To kolejny dowód, że Hegel miał rację. Dyskusja co prawda powróciła, jednak już bez takiego jak wcześniej teoretyczno- i filozoficznoprawnego impetu⁶. Została wymuszona doktrynalnymi rozterkami, głównie po stronie dogmatyki publicznego prawa ustrojowego, a przede wszystkim realnymi, politycznymi wyzwaniami, przed którymi stanęła zawodowa praktyka prawnicza. Poznawcza ciekawość dla niepowtarzalnego i jednokierunkowego (jak się w latach dziewięćdziesiątych wydawało) fenomenu prawa okresu tranzycji zesłała na dalszy plan. Zostaliśmy opanowani przez dziejącą się na naszych oczach politykę. Również i tamten nasz lokalny „koniec historii” okazał się wizją przedwczesną.

W rozprawie staram się omijać bieżące dyskusje polityczno-ustrojowe, nawet jeśli toczą się w bliskim mi środowisku teoretyków i filozofów prawa. To, że „każda filozofia ma sobie właściwe czasy”, nie oznacza, że powinna dawać odpowiedź na każde wydarzenie, które ma miejsce w „naszych” czasach. Paremię Hegła raczej interpretowałbym w taki sposób: czasom konfliktów i wyzwań społecznych, w jakich żyjemy, towarzyszyć powinna filozofia, która z wyzwaniami takimi potrafi sobie radzić, która wyzwania i przypadki trudne zdolna jest diagnozować i znajdować na nie odpowiednie recepty. Aby się tak stało, sama filozofia (teoria prawa) musi być otwarta na zmiany zachodzące w otoczeniu społecznym, w tym także politycznym. Nie może petryfikować przeszłości, lecz powinna — nie zrywając z tradycją — uczyć się przez doświadczenie, być responsywna wobec tego, co się wokół nas dzieje. Za filozofię, która ma taką umiejętność, uważam pragmatyzm. To on jest nadzieją, którą w czasach niepewności — a także czasach deficytu elementarnej stabilizacji, tak potrzebnej naukom teoretycznym i praktyce zawodowej — pokładać można w teorii i filozofii prawa.

⁶ Spośród prac, których nie wykorzystuję w monografii, warto wskazać następujące: S. Wronkowska, *O woluntaryzmie, instrumentalizacji i odpowiedzialności za prawo*, „Przeгляд Konstytucyjny” 2019, nr 1; podejmujący kwestię ideologizacji wykładni prawa tekst: A. Kotowski, *Instrumentalizacja prawa i instrumentalne użycie prawa a jego wykładnia*, „Studia Prawnicze” 2016, z. 4 (208); poruszający kwestię kryzysu konstytucyjnego tekst: M. Romanowicz, *Instrumentalizacja prawa a kryzys konstytucyjny — refleksja na gruncie kilku aktualnych ustaleń Profesora Piotra Winzorka*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2022, z. 1 (30); podejmującą problem prawnego populizmu książkę: B. Kuźniak, P. Obacz, *Instrumentalizacja prawa międzynarodowego na przykładzie Polski jako strony konwencji sambiulskiej*, Kraków 2020; publikacje dotyczące wybranych problemów dogmatyki prawa, np. P. Ostojski, *Instrumentalizacja prawa o postępowaniu administracyjnym*, Poznań 2017, J. Kociubiński, *Instrumentalizacja prawa konkurencji Unii Europejskiej w obliczu konsolidacji sektora transportu lotniczego*, Warszawa 2016.

Potrzebę takiej refleksyjnej równowagi, obejmującej również mój dystans wobec bieżących debat naukowych, sporów politycznych oraz poszukiwanie inspiracji w dyskusjach toczonych w przeszłości, najlepiej chyba wyrazić można myślą, którą zawarł w podsumowaniu jednej ze swoich książek Zygmunt Ziemiński. W pracy każdego teoretyka prawa „konieczna jest powściągliwość w formułowaniu wniosków nazbyt szczegółowych i pewien dystans abstrakcji. Jest bowiem czas tworzenia i czas porządkowania”⁷. Niewątpliwie żyjemy w czasach tworzenia, które teoretyzowaniu nie sprzyjają. Dlatego za punkt oparcia dla proponowanej w niniejszej książce koncepcji instrumentalizacji prawa przyjąłem poglądy i stanowiska, które dzisiaj mogą uchodzić już za historyczne, wobec których czasy obecne mogą być uznane za czasy ich porządkowania. Zamiarem moim jednak jest, ażeby poglądy te były czymś więcej, konstruktywnym punktem wyjścia, pozwalającym nie tylko na dokończenie tamtej „rozmowy”, lecz także na jej rozszerzenie o doświadczenia wpływające z naszej historii najnowszej oraz takie jej sprobematyzowanie, które uwzględnić będzie również zmiany zachodzące w samej teorii i filozofii prawa.

Wrocław, czerwiec 2025 roku

⁷ Z. Ziemiński, *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, Warszawa-Poznań 1983, s. 136.

1. W poszukiwaniu granic instrumentalizacji prawa

1.1. Instrumentalizacja prawa jako zachowanie niemoralne

Zasadniczym celem, który sobie stawiam w niniejszej książce, jest rewizja przekonania, że instrumentalizacja prawa jest lub może być uznana za działanie niegodzliwe, niemoralne, a wskutek tego działanie instrumentalne domaga się zewnętrznej, weryfikującej oceny legitymizującej *ex ante*, to jest w samej już oferowanej przez badacza teorii, a co za tym idzie wyznaczania opartych na przyjętych wartościach „granic instrumentalizacji prawa”. Zewnętrzne oceny moralne, jakie przyjmowane bywają przez prawoznawców wobec aktów instrumentalizacji prawa, jeśli nie są wprost pochodną ocen dyktowanych przez stosunek badacza do wcześniejszej lub bieżącej polityki, stają się ocenami osadzonymi w aprobowanej przezeń filozofii politycznej. Lech Morawski twierdził, że „podstawową ideą, która dyskredytuje instrumentalizm w oczach wielkiej etyki i filozofii, od Kanta i Milla poczynając, a na Rawlsie i Habermasie kończąc, jest to, że czyni ona z jednych ludzi instrument w rękach innych ludzi [...]. Prawo do wyboru to analityczny składnik każdego uprawnienia i wolności, ponieważ tam, gdzie nie mamy prawa wybierać, tam w gruncie rzeczy nie mamy żadnych praw i wolności”⁸. Tę ważną dla mnie myśl wygłoszoną przez Morawskiego na początku lat dziewięćdziesiątych, której — jak można sądzić z późnego okresu naukowej, a przede wszystkim politycznej kariery — sam jej autor nie pozostał wierny, chcę uczynić przesłaniem niniejszej monografii. Z jednym wszakże zasadniczym zastrzeżeniem: interesuje mnie mianowicie takie rozumienie „prawa do wyboru” jako „analitycznego składnika

⁸ L. Morawski, *Instrumentalizacja prawa (zarys problemu)*, „Państwo i Prawo” 1993, z. 3, s. 22.

każdego uprawnienia i wolności”, które nie będzie „dyskredytować instrumentalizmu w oczach wielkiej etyki i filozofii” reprezentowanej przez jej liberalnych przedstawicieli przywołanych przez Morawskiego. W mojej ocenie problem nie leży w oporze, jaki zmuszona jest stawiać liberalna etyka i filozofia instrumentalizmowi, ale w takim rozumieniu i praktykowaniu instrumentalizmu (instrumentalizacji prawa), które nie będzie wywoływało oporu po stronie liberalnej filozofii polityki. W interesującym mnie ujęciu instrumentalizacji problem leżeć będzie zatem po stronie prawoznawstwa i rozumienia, jakie nasza dyscyplina nadawać będzie instrumentalizacji prawa, a nie po stronie liberalnej filozofii z jej atencją dla praw i wolności jednostki.

Jednak nie tylko autorzy programowo zaangażowani w takie czy inne wartości mają skłonność do kierowania się uprzedzeniem wobec instrumentalizacji prawa. Charakterystyczne jest choćby to, że w opracowaniach prawniczych podejmujących tę problematykę już samej tylko frazie językowej „instrumentalizacja prawa” najczęściej towarzyszy jako składniowe dopełnienie słowo „granic”. Możemy się o tym przekonać, chociażby wpisując frazę „instrumentalizacja prawa” w jakąkolwiek wyszukiwarkę internetową. A jeśli nawet tak nie jest, to już niemal zawsze rozważaniom o instrumentalizacji prawa towarzyszy jakiś pojęciowy kontrapunkt: prawa nieinstrumentalnego, prawa ujmowanego komunikacyjnie, kultury prawnej czy praworządności. Na różne sposoby autorzy zabiegają o to, aby poszukiwać granic instrumentalizacji prawa — nawet jeśli wyprowadzonym wnioskom daleko do operacjonalizacji pozwalającej skutecznie kwalifikować lub dyskwalifikować budzące wątpliwości praktyki decyzyjne rzeczywistego prawodawcy czy — co ma miejsce już znacznie rzadziej — organów stosowania prawa. Rodzime dziedzictwo najnowszej historii politycznej kształtującej negatywną konotację pojęcia instrumentalizacji prawa daje tu o sobie znać.

Dla Morawskiego instrumentalizacja prawa jest zjawiskiem *ex definitione* nagannym albo przynajmniej podejrzanym. Z tych też powodów autor w istocie rzeczy nie poszukiwał „granic” instrumentalizacji prawa, ale warunków, które spełniać miało „dobre”, czyli nieinstrumentalizowane — jakkolwiek niepozbawione orientacji strategicznej — prawo. Negatywną ocenę toruński teoretyk prawa wystawiał państwowemu prawodawcy⁹, a dokładniej mówiąc — zastosowanej przez prawodawcę

⁹ Jak pisał A. Kozak, „konceptję L. Morawskiego determinują [...] dwa podstawowe czynniki: po pierwsze, interesują go głównie działania określonego podmiotu, jakim jest prawodawca; po drugie, przyjmuje on bardzo specyficzną optykę z wyraźną opcją aksjologiczną, uwarunkowaną przez filozofię liberalną. Powoduje to, iż autor szczególnie skrupulatnie tropi

metodzie regulacyjnej (metodzie sterowania). Czyniąc rekurs w stronę analitycznej teorii prawa, proponuje bowiem pewne pojęciowe dystynkcje (kontrola, sterowanie, warianty sterowania), które wykorzystuje dla charakterystyki regulacji prawodawczych. Rezultaty tych regulacji poddaje następnie ocenie z perspektywy powodowanych przez nie skutków społecznych jako zgodnych lub niezgodnych z aksjologią liberalnej filozofii politycznej. Przywołując sztandarowe prace F. Hayeka¹⁰, stwierdza, że „idea prawa sterującego i instrumentalnego pozostaje w radykalnej opozycji do idei prawa liberalnego [...], które nie jest pomyslane jako instrument polityki państwa i interesów grupowych, lecz jako instrument ochrony ludzkiej wolności”¹¹. A więc bywają „dobre” instrumentalne użycia prawa, jednak pod warunkiem, że akceptować będziemy cele, którym dany instrument prawny sprzyja. Morawski ujął swoje stanowisko tak oto: „instrumentalizacją prawa chcę właśnie nazywać te formy sterowania, które wydają się być niedopuszczalne z moralnego punktu widzenia”. Jak jednak dodawał: „w podanej formule świadomie użyłem zwrotu *wydają się*, by wskazać, że jest to określenie hipotetyczne i gotowe do rewizji”¹². Takiej rewizji autor jednak — ani w przywołanym artykule, ani też w późniejszych opracowaniach — nie dokonał, jakkolwiek radykalizm tego stwierdzenia w bardziej szczegółowych rozważaniach nieco zrelatywizował. Nie precyzował również, czym miałby być ów „moralny punkt widzenia”, choć to raczej nie powinno budzić wątpliwości (przynajmniej gdy chodzi o okres, w którym pisany był przywoływany artykuł), jako że już w cytowanym tekście z 1993 roku pojawia się odwołanie do uznawanego za swego rodzaju manifest myśli liberalnej eseju o wolności J.S. Milla¹³, a zaraz obok możemy znaleźć mocną autorską deklarację, iż „podstawowym przesłaniem antyinstrumentalistycznej etyki i filozofii jest obrona ludzkiego prawa do wyboru we wszystkich sferach naszego życia”¹⁴. *Ergo* z „etyką i filozofią” fundującą instrumentalizację prawa mieć będziemy do czynienia wtedy, gdy wybór taki — ze względu na zastane regulacje prawne — będzie zniesiony albo znacząco ograniczony. Instrumentalizacja jest zatem, ze względu na możliwą skalę wolności adresata regulacji

rozmaite formy uprzedmiotowienia obywatela przez państwo, zwracając przy tym szczególną uwagę na charakterystykę prawodawczych działań aparatu państwowego” (A. Kozak, *Instrumentalność a instrumentalizacja prawa*, s. 98.

10 F.A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, Chicago 1960, s. 222 n.; F.A. Hayek, *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and History of Ideas*, London 1982, s. 134.

11 L. Morawski, *Instrumentalizacja prawa (zarys problemu)*, s. 21.

12 *Ibidem*.

13 J.S. Mill, *Utylitaryzm. O wolności*, przeł. A. Kurlandzka, Warszawa 1959, s. 133.

14 L. Morawski, *Instrumentalizacja prawa (zarys problemu)*, s. 22.

prawodawczej, stopniowalna. I tutaj pojawia się wspomniana relatywizacja. Autor dodaje bowiem, że akty normodawczego sterowania zachowaniami człowieka ze strony państwa (suwerennej władzy) mogą dokonywać się co prawda na podstawie racjonalizacji celowościowo-instrumentalnej, jednak możliwa będzie i taka racjonalizacja, która da się pogodzić z „ludzkim prawem do wyboru”. Chodzi tu o racjonalizację, która co najmniej tolerować będzie wolną od interwencji państwa sferę wartości demokratycznych, w tym prawa człowieka. Jej technicznym wyrazem będą mechanizmy proceduralne pozwalające budować tak zwane programy warunkowe w ujęciu N. Luhmanna¹⁵ — przeciwstawiane u niemieckiego socjologa programom celowym. Chodzi zatem o takie pośrednie formy sterowania zachowaniami, które jakkolwiek prowadzić będą (powinny przy spełnianiu postawionych warunków) do osiągania przez prawodawcę swoich celów, to jednak pozostawią prawną, mniejszą lub większą, przestrzeń do dokonywania wyborów przez adresatów norm. Będzie to już jednak zdaniem Morawskiego sterowanie nieinstrumentalne. Jedno wszak pozostaje niezmiennie. Proponowane za Luhmannem dystynkcje i konstrukcje pojęciowe służyć mają separowaniu uznawanej za „niemoralną” instrumentalizacji prawa, zorientowanej przez prawodawcę na publiczny cel, od takiego kontrolowania zachowania społecznego (sterowania), które może już uchodzić za godne moralnej aprobaty, bo aprobuje pewne zachowania, co prawda limitowane przez sformułowane warunki, niemniej daje adresatowi normy jakąś, bliżej nieokreśloną, przestrzeń wolności.

Przewodnią ideą rządzącą pisarstwem Morawskiego o instrumentalizacji prawa było zatem poszukiwanie granic pozwalających zamknąć lub przynajmniej zminimalizować ryzyko społeczne, które autor ten dostrzegł w naturalnej skłonności każdej władzy — władzy powołującej się na ideę suwerenności — do prawodawczej omnipotencji. Za krytyką instrumentalizacji prawa kryła się zatem również krytyka tradycyjnej pozytywistycznej doktryny — nieograniczonej i niekontrolowanej władzy suwerena — doktryny, w myśl której „suweren ma prawo uczynić każdą treść treścią prawa i w tej materii jest skrupowany tylko prawami przyrody”¹⁶.

Jak pisze Morawski w swoich analitycznych adaptacjach postulowanej koncepcji, „choć każde prawo jest formą kontroli społecznej w tym sensie, że poddaje ludzkie zachowania normatywnym ograniczeniom, to jednak nie każde prawo musi być formą sterowania”.

¹⁵ *Ibidem*, s. 25–28.

¹⁶ *Ibidem*, s. 25.

O ile pierwszą część tej tezy autor uznaje za trywialną (każde prawo w jakiś sposób ogranicza wolność działania), o tyle część drugą — już nie. Kontrolować bowiem można przez sterowanie lub przez warunki ramowe. Sterować zachowaniami można „miętko” (wskazanie wyłącznie celu działania) bądź „twardo” (określenie celu wraz ze środkami jego realizacji)¹⁷. Nie tu jednak autor znajduje problem instrumentalizacji prawa, pojęciowo nie wyodrębnia bowiem instrumentalnej lub nie-instrumentalnej postaci sterowania. Gdy wylicza cechy (symptomy) regulacji prawnych, które wskazują, że „prawo używane jest jako forma sterowania”, od razu dodaje, że „te same symptomy odnoszą się również do zjawiska instrumentalizacji prawa”¹⁸.

Gdzie zatem tkwi problem instrumentalizacji prawa? Na pewno nie w samych dystynkcjach pojęciowych. Liczy się bowiem tylko cel, który kieruje aktami sterowania, a który jest oceniany na podstawie wartości przyjmowanych przez filozofię polityczną, za którą się opowiadamy. Jak pisze Morawski:

nie każdy przypadek sterowania przez prawo musi być uznany za przejaw jego instrumentalizacji. Dlaczego to bowiem budowa szkół publicznych miałaby być uznana za tę samą formę sterowania, co obowiązek nauczania w tych szkołach religii katolickiej, a budowa państwowych stacji telewizyjnych i radiowych postawiona na tej samej płaszczyźnie, co obowiązek respektowania przez te stacje (i nie tylko te) wartości chrześcijańskich?¹⁹

Jak wywodzi dalej:

używając tych przykładów, chciałbym zasygnalizować, że istnieją przypadki, w których sterowanie może być moralnie usprawiedliwione, i istnieją przypadki, w których jest ono z moralnego punktu widzenia niedopuszczalne. Instrumentalizacją prawa chcę właśnie nazywać te formy sterowania, które wydają się być niedopuszczalne z moralnego punktu widzenia²⁰.

Konsekwentnie ten sam kierunek argumentowania obiera Morawski, gdy poszukuje pozytywnych rozwiązań, które miałyby prowadzić do eliminowania patologii powodowanych przez instrumentalizację prawa. Wskazuje dwa takie, zbieżne ze sobą, zalecenia, różniące się jedynie językiem prezentowanych rozwiązań — raz bliższym filozofii politycznej, kiedy indziej nawiązującym do teorii prawa. Pierwsze z nich to postulaty wsparte na regułach etyki proceduralnej, które — w odróżnieniu od etyki materialnej — „nie rozstrzygają bezpośrednio kwestii, co jest dobre, a co złe, a jedynie wskazują, jak powinniśmy podejmować decyzje

¹⁷ *Ibidem*, s. 17–18.

¹⁸ *Ibidem*, s. 19.

¹⁹ *Ibidem*, s. 21.

²⁰ *Ibidem*.

w sprawach odnoszących się do tego, co dobre lub złe”, jakie warunki muszą spełniać procedury podejmowania decyzji (bezsstronność, równość, zakaz dyskryminacji itp.)²¹. Drugim zaleceniem, a właściwie ujętym w analitycznym języku rozwinięciem tych pierwszych postulatów, jest Luhmanna koncept programów (zespołów norm) warunkowych „operujących językiem norm o strukturze okresu warunkowego („Jeżeli zachodzą warunki W, to decydent powinien podjąć decyzję D”)²² — rozwijanych później również w kierunku programów proceduralnych — oraz przeciwstawianych im programów celowych, mających z kolei postać złożonych ocen instrumentalnych („Jeżeli masz obowiązek realizować cel C, to powinieneś podjąć decyzję D”). Jak przewidywalnie oceniał to Morawski, „największą groźbę instrumentalizacji prawa stwarzają programy celowe”, gdyż otwierają one drogę do wkraczania, bez zgody swoich adresatów, w sferę ich praw podmiotowych. Groźby takiej nie ma, a zatem instrumentalizacja nie będzie mieć miejsca, w przypadku korzystania z programów warunkowych, gdyż prawodawca określa tu „tylko warunki ramowe, pozostawiając wybór celów i środków działania adresatom programu”²³. Wolność działania limitowana warunkami ramowymi, a także zgoda adresata na wyzbycie się wolności (programy proceduralne) są tym, co wyznacza granice, po przekroczeniu których pojawiać się będą sytuacje instrumentalizowania prawa.

Jak widzimy, sytuacje instrumentalizacji prawa generują w sobie przymus działania po stronie adresatów norm, a wolność kształtowania treści działania podejmowanego po stronie prawodawcy (jego publiczne programy celowe) znosi decyzyjną wolność wyboru po stronie adresata, uniemożliwia lub znacząco utrudnia realizację prywatnych programów celowych, chyba że ten ostatni wyrazi zgodę na ograniczenie przez prawodawcę swojej własnej wolności, co zapewne zdarza się, gdy uzna, że jest beneficjentem tych programów. Czynnikiem sprawczym w prezentowanej koncepcji są działania prawodawcy. To ostatecznie decyzje prawodawcy wyznaczają przestrzeń dla działań podmiotów prywatnych, które zarazem kształtują granice wolności obywatelskiej, otwierają lub

²¹ *Ibidem*, s. 24.

²² N. Luhmann, *Rechtssoziologie*, Opladen 1983, s. 227 n. Zob. też L. Morawski, „Autopoiese” i prawo refleksyjne w ujęciu G. Teubnera, [w:] *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie*, red. G. Skąpska et al., Kraków 1992, s. 178 n.; L. Morawski, *Instrumentalizacja prawa (zarys problemu)*, s. 17 n.

²³ L. Morawski, *Instrumentalizacja prawa (zarys problemu)*, s. 27. Jako przykłady programowania warunkowego autor wymienia w jednym szeregu „prawo karne jako *prawo granic* oraz prawo cywilne oparte na instytucji umów”. Z kolei polityka pracy, „w której państwo uzgadnia ze związkami zawodowymi i związkami przedsiębiorców program działania lub deleguje jego określenie bezpośrednio na te instytucje, ma być przykładem programowania proceduralnego”.

zamykają drogę do budowania i realizowania „prywatnych” programów celowych. W realizacji tych ostatnich Morawski nie dostrzega już „instrumentalizacji prawa”, a przynajmniej tak ich nie nazywa. Pokrywają się one bowiem z aksjologią, którą funduje aprobowana przez toruńskiego teoretyka prawa filozofia polityczna.

Lecha Morawskiego walka z „instrumentalizacją prawa” okazuje się ostatecznie: (a) walką z prawodawcą i prawotwórstwem, ze stosowaną przez prawodawcę taką metodą regulacji, która monopolizuje po jego stronie wolność decyzyjną, co skutkuje zniesieniem albo znaczącym ograniczeniem wolności (możliwości wyboru) po stronie adresatów norm. Co warto odnotować, autor nie nazywa decyzji podejmowanych w warunkach pozostawionej adresatom norm wolności działania „instrumentalizacją prawa”. Nazwa ta zastrzeżona jest dla działań podejmowanych przez państwowego prawodawcę. Posługiwanie się przezeń argumentem z instrumentalizacji prawa (b) jest zewnętrzną wobec prawa krytyką decyzyjności prawodawcy opartą na argumentach moralnych (wolnościowa etyka) i politycznych (liberalna filozofia polityczna). Przedmiot jego krytyki (c) presuponuje określoną wizję/koncepcję prawa, a mianowicie taką, w której nie występują wbudowane w prawo, znane nam współcześnie mechanizmy chroniące adresatów norm przed sytuacjami, w których „suweren ma prawo uczynić każdą treść treścią prawa”, a więc takie standardy, jak praworządność czy kultura prawna. Pozytywne wartości, na które powołuje się Morawski lub które przywołuje dla potrzeb ich skonfrontowania z nieakceptowaną przez siebie instrumentalizacją prawa, to wartości zewnętrzne, pozaprawne. Argument z instrumentalizacji prawa służy tu zatem albo do krytyki kształtu prawa, które można było uznać w latach, w których Morawski pisał swój tekst (1993), za prawo okresu schyłkowego (*vide* ówczesna wizja F. Fukuyamy dotycząca końca historii), albo jako *memento* przed zdarzeniami, które mogłyby w przyszłości nastąpić, a które istotnie w Polsce nastąpiły po roku 2015. Za złośliwość historii politycznej uznać chyba można, że zdarzenia te nie rozegrały się bez aktywnego udziału Lecha Morawskiego. Sympatie do wyznawanych filozofii politycznych okazują się nietrwałe. Może zatem ugruntowania dla konstruowanych koncepcji prawa (jego instrumentalizacji) powinniśmy poszukiwać w bardziej stabilnych dziedzinach. Do takich bez wątpienia należy teoria kultury.

1.2. Instrumentalizacja wobec autonomii prawa

Choć nie jest to tak otwarcie deklarowane jak u Morawskiego, to również w monografii *Autonomia i instrumentalny charakter prawa* Włodzimierza Gromskiego instrumentalizacja prawa okazuje się zjawiskiem, które autor sytuuje jako zagrożenie. Wrocławski teoretyk buduje swoją całościową koncepcję na aksjologicznie neutralnych, *stricte* metodologicznych założeniach tak zwanej społeczno-regulacyjnej koncepcji kultury²⁴. Właściwe humanistyczne zachowania ludzkie — bo tak pozycjonuje się tu badawczy przedmiot — nie są elementem kultury, a są przez nią regulowane²⁵, co niewątpliwie sprzyja ujmowaniu kultury również jako medium kontroli i weryfikacji „kulturowych nadużyć”, o co, jak wiemy, rutynowo podejrzewane są intencjonalne zachowania określane jako akty instrumentalizacji prawa.

U Gromskiego poszukiwanie granic instrumentalizacji przebiega w sposób nieco bardziej wysublimowany aniżeli u Morawskiego, polega na identyfikacji „instrumentalnego charakteru prawa” konfrontowanego z jego autonomią. Instrumentalny charakter lub instrumentalność prawa rozumiane są jako „cecha prawa wyróżniająca się w możliwości jego użycia przez określone podmioty do realizacji pewnych celów zewnętrznych wobec prawa”. Jak pisze Gromski, „instrumentalny charakter prawa stanowi jego właściwość niejako potencjalną czy abstrakcyjną, wyrażającą się w tym, że prawo podlega między innymi wartościowaniu instrumentalnemu”. Daje to podstawę dla formułowania ocen „w procesie podejmowania decyzji o wyborze i dokonaniu takiego lub innego aktu instrumentalizacji prawa”, które to oceny pozwalają zdaniem autora „na właściwe ujęcie granic tej instrumentalizacji jako granic określanych przez wartości”²⁶. Oceny te (tak zwane złożone oceny instrumentalne), rzutujące na ewentualną decyzję o posłużeniu się prawem jako środkiem, uzależnione są od oceny celu, któremu prawo ma służyć. Ocena celu zostaje tu „przeniesiona na ocenę środka”. Konkretnie cele aktów normatywnych „są równoznaczne z zakładanymi w danej kulturze celami (wartościami) materialnymi prawa. Oznacza to konieczność relatywizacji celów aktów instrumentalizacji prawa względem wyznaczonych przez kulturę prawną celów materialnych

24 „Kulturę stanowią pewne systematycznie ugrupowane przekonania [...], które — świadomie akceptowane lub (z reguły) milcząco tylko respektowane przez jednostki ludzkie tworzące określoną społeczność — regulują powszechnie, w obrębie owej społeczności, sposób podejmowania przez nie obszernej klasy działań” (G. Banaszak, J. Kmita, *Społeczno-regulacyjna koncepcja kultury*, Warszawa 1994, s. 5).

25 W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, s. 63.

26 *Ibidem*, s. 160.

prawa”²⁷. A zatem tylko zgodność konkretnych celów poszczególnych aktów instrumentalizacji prawa z kierunkowymi wartościami wyznaczonymi przez kulturę prawną sprawi, że mieć będziemy do czynienia z „konstruktywną instrumentalizacją prawa” zapewniającą nie tylko finistycznie (realnie) skuteczne działanie prawa, lecz także tak zinstrumentalizowane działanie, które uznamy za aprobowane. Brak takiej zbieżności otworzy drogę do „sporów o przekroczenie aksjologicznych granic instrumentalizacji prawa”²⁸.

Jak widzimy, w zestawieniu z Morawskim wrocławski teoretyk nie deprecjonuje instrumentalizacji prawa jako takiej. Nie wikła jej też w żaden kontekst polityczny czy — przynajmniej na poziomie deklaracji — w preferowaną przez siebie filozofię polityczną. Nie unika jednak potencjalnych ocen kwalifikujących lub dyskwalifikujących poszczególne akty instrumentalizacji prawa. Są to nadal oceny aksjologiczne. Przy ich wykorzystaniu, w zgodzie z kanonem ukształtowanym w polskiej teorii prawa, poszukuje granic instrumentalizacji prawa²⁹. Podstawą dla wytyczania tych granic są standardy niedyspozytywne z punktu widzenia osoby dokonującej takiej oceny. „Aksjologiczne granice instrumentalizacji prawa” kształtowane są w przywoływanym ujęciu przez normatywne kryteria składające się na zastane, aprobowane cele „kultury prawnej”. Nie jest to już zatem, jak u Morawskiego, po prostu zewnętrzna ocena ostatecznie prowadząca do delegitymizacji (lub legitymizacji) prawa (określonej jego wizji). Odmienność ta bierze się stąd, że Morawskiemu obce było pojęcie instrumentalności prawa jako pewnej potencjalnej tylko możliwości działania, pojęciowo oderwanej od konkretnych aktów instrumentalizacji prawa. Działanie możliwe niesie przecież ze sobą tylko pewien potencjał kierunkowo, treściowo jeszcze nieokreślonego działania, który nie poddaje się następczym ocenom. Przełamaniem takiego impasu w badaniach nad instrumentalizacją prawa powinna być próba uniwersalizacji budowanych twierdzeń, uczynienie z prawniczej teorii instrumentalizacji teorii *sui generis* zamiast li tylko przywoływania przykładów niegodziwych przypadków aktywności prawodawcy

²⁷ *Ibidem*, s. 161.

²⁸ *Ibidem*, s. 162. Jak dodaje autor, „ocena konkretnych aktów instrumentalizacji zmierzająca do wyznaczenia ich granic na podstawie złożonej oceny instrumentalnej komplikuje się”, gdy podmioty tychże aktów „dążą jednocześnie do realizacji wielu nie zawsze zgodnych celów [...], korzystając z różnych środków prawnych”, a wskutek tego „zdarzyć się może tak, że z punktu widzenia jednych celów oceny składowe [...] użytych środków prawnych okażą się zbieżne (obie oceny są dodatnie: »dobry środek służy dobremu celowi«), a z punktu widzenia innych celów oceny te będą rozbieżne (»dobry środek służy złemu celowi«)” (*ibidem*).

²⁹ Kwestii granic, w tym ich pojmowania, Gromski poświęcił odrębny tekst. Zob. W. Gromski, *Akty instrumentalizacji prawa i ich granice*, „Przegląd Prawa i Administracji” 114, 2018, s. 95–106.

opatrywanych z góry przyjętą etykietą „instrumentalizacji prawa”. Znaczącym wyjściem naprzeciw takim postulatom jest Gromskiego koncepcja badań nad instrumentalizacją w perspektywie autonomii kultury prawnej.

Gromski nie wskazuje zawartości treściowej celów rzutujących na ocenę samego prawa. Skupia się zasadniczo na ich metafizycznej artykulacji: dziedzinowej („zakresy działań prawnych”), towarzyszących tej problematyce dystynkcjach pojęciowych (typologie celów i funkcji prawa) czy wskazywaniu na komplikacje związane z poznawaniem przyjmowanych przekonań normatywnych (zastany brak skutecznych metod badania kultury prawnej)³⁰. Pomimo tych niejasności czytelnik nie ma wątpliwości, że — nawet zdając sobie sprawę z niepewnych granic między tym, co nazywamy zewnętrzną (moralną) oceną prawa, i jego oceną wspartą na aprobowanych celach „kultury prawnej” — ocena „przenoszona” z celów zastanej kultury prawnej na prawo jako środek ich realizacji jest zasadniczo ocenianiem lokowanym „wewnątrz prawa”, jakkolwiek „prawa” już inaczej rozumianego niż ma to miejsce u Morawskiego. Jest to prawo stanowione, prawo pochodzące od suwerennej władzy politycznej, ale w nierozzerwalny sposób zintegrowane z zastanym i środowiskowo aprobowanym dorobkiem nauki i praktyki prawniczej. Zbudowana na osiągnięciach naukowych, filozoficznych i doktrynalnych refleksyjna, krytyczna kultura prawna kształtuje tu normatywne przekonania — potencjalne cele działania, które wyznaczają kryteria oceny dyrektyw kierujących działaniami rzeczywistego prawodawcy, jego aktami instrumentalizacji prawa. Poszukiwanie granic instrumentalizacji prawa oraz wyprowadzanie z tego konsekwencji w postaci ocen odbywa się tu zatem wewnątrz szeroko pojętego prawa. Nieprzypadkowo „kultura prawna” oraz „autonomia prawa” z perspektywy poszukiwania granic dla poszczególnych aktów instrumentalizacji prawa pełnią w rozważaniach autora podobną — jeśli nie identyczną — funkcję normatywną.

Gromski zauważa, że granice instrumentalizacji prawa mogą być determinowane również przez oceny dokonywane w oderwaniu od powiązania środek–cel. Możemy mieć bowiem do czynienia z konfliktem „między złożoną oceną instrumentalną aktu instrumentalizacji a jego ocenami [...] dokonywanymi z punktu widzenia wartości formalnych prawa. I tu właśnie autonomia prawa występuje jako granica jego instrumentalizacji. Autonomia prawa stanowi bowiem jeden z uwarunkowanych kulturowo kontekstów oceny działań prawnych, niezależnej

30 W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, s. 75, 88 n., 97 n.

zarówno od prostych, jak i złożonych ocen instrumentalnych, a więc kontekst oderwany od powiązań cel–środek”³¹. Autonomia prawa stwarza kontekst, który:

powinien być brany pod uwagę przy podejmowaniu decyzji co do konkretnych aktów instrumentalizacji prawa [...]. Kontekst ten stanowi jedną z aksjologicznych granic aktów instrumentalizacji prawa. Jednak pominięcie tego kontekstu lub wyjście poza jego ramy, choć może prowadzić do negatywnej oceny użycia prawa jako instrumentu, *prima facie* nie wydaje się prowadzić do jego nieskuteczności, jeśli użycie to opiera się na co najmniej dodatnich prostych ocenach instrumentalnych³².

Innymi słowy, działanie może być skuteczne, a nawet oparte na aksjologicznie, w tym również społecznie akceptowanych celach (normatywnych przekonaniach) działającego podmiotu, ale może prowadzić do negatywnej oceny aksjologicznej z punktu widzenia wewnętrznych, formalnych wartości prawa. Autor w tym przypadku nie ma już najmniejszych problemów ze wskazaniem, o jakie wartości (przekonania normatywne) chodzi — są to na przykład: ogólne i abstrakcyjne normy będące refleksem podobieństwa cech podmiotów, sytuacje i zachowania określone w normach, powszechność obowiązywania norm czy dyskursywne uzasadnienie logiczne bądź aksjologiczne³³, dystynktywne rozróżnienie instytucji prawnych, podobnie jak (pojęciowe) odróżnianie prawa i moralności/polityczności, zawodowy charakter administrowania i sądenia, silna pozycja nauki prawa, systemowość i ciągłość prawa, niezależność wobec władz politycznych, pluralizm prawny itp., a więc wszystko to, co zwykło się określać liberalną, zachodnią kulturą prawną (kulturą *rule of law*, kulturą państwa prawnego). Podkreślmy, że chodzi tu o tak zwane wartości/cele formalne³⁴. To z tej perspektywy mówić

³¹ *Ibidem*, s. 162. Oprócz pojęcia autonomii prawa autor pisze również o konieczności „zachowania tych wartości, które decydują o *wewnętrznej moralności prawa* (np. zapewnienie legalności tworzenia prawa, bezpieczeństwa prawnego)” (*ibidem*, s. 164).

³² *Ibidem*, s. 170.

³³ *Ibidem*, s. 171 n.

³⁴ *Ibidem*, s. 76 n., 171–172. Autor pisze: „W związku z omawianym tu zagadnieniem autonomii prawa interesuje nas przede wszystkim podzbiór wartości-celów uważanych za formalne, czyli takich, które mają realizować działania prawne niezależnie od treści wytworów powstających w wyniku takich działań. Kwestią sporną może być, czy tego rodzaju wartości nie są częścią przekonań dyrektywalnych wskazujących, jak należy osiągać wartości-cele materialne prawa” (*ibidem*, s. 80). Gromski przywołuje przy tej okazji uwagę S. Wronkowskiej, że „formalne wartości prawa (np. legalność, skuteczność, stabilność) [...] mają zazwyczaj charakter instrumentalny: są cenne ze względu na to, że służą osiągnięciu określonych wartości merytorycznych, i tym wyżej jesteśmy skłonni je cenić, im większy [jest] stopień naszej aprobaty dla merytorycznych rozstrzygnięć prawodawcy. Spośród wartości tych szczególną doniosłość ma legalność prawa” (S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997, s. 134).

można o oporze kultury prawnej wobec woluntarystycznej praktyki prawodawczej powołującej się na ideę suwerenności narodu czy państwa. Ale też o skuteczności bieżącej polityki parlamentu, a wtórnie także o polityce realizowanej przez urzędników i sędziów, konfrontowanej z zastanym dorobkiem kultury prawnej.

Wynik tej konfrontacji autor ocenia jako konstruktywny, ale tylko pod warunkiem przyjęcia zasady prymatu kultury prawnej nad prawodawczą czy, szerzej, zawodową praktyką prawniczą. To kultura prawna wyznacza granice, których prawodawca i prawnik powinien przestrzegać. Sprzeniewierzenie się zastanej i środowiskowo akceptowanej kulturze to już nie tylko przekroczenie wyznaczonych przez nią granic deprecjonujących poszczególne akty instrumentalizacji prawa, lecz także, w dłuższej perspektywie, w przypadkach upowszechniania się tego typu praktyk, utrata przez kulturę prawną zdolności spełniania takiej demarkacyjnej, ochronnej funkcji. Może to mieć wpływ na behawioralną skuteczność prawa (kryzys prawa, spadek prestiżu w odbiorze społecznym), a tym samym okazać się destrukcyjne również dla samej instrumentalizacji prawa. Ryzyko to ulega jednak znaczącemu obniżeniu dzięki silnie akcentowanemu czynnikowi społecznemu w koncepcji kultury, na której Gromski osadza swoją koncepcję instrumentalizacji prawa. Ujmowana strukturalnie kultura/autonomia prawa jest bowiem stanem, na który składają się powszechnie podzielane przekonania normatywne i dyrektywne. To one warunkują partycypację jednostki (jej działań) w danej kulturze, a zarazem pozwalają na zachowanie tych przekonań jako przekonań własnych. Przekroczenie granic instrumentalizacji prawa oznaczałoby wyjście poza ujętą regulatywnie kulturę prawną. Jak ujmują to autorzy społeczno-regulacyjnej koncepcji kultury, „respektowanie danego przekonania wchodzi w rachubę tylko w związku z czymś systematycznie powtarzającym się działaniem lub postępowaniem”, a respektuje dane przekonanie ten, kto „podejmuje odpowiednią czynność stale tak, jak gdyby owo przekonanie akceptował jako subiektywno-racjonalną przesłankę tej czynności”³⁵. Wtedy dopiero działanie jednostki będzie kulturowo akceptowaną czynnością, nieprzekraczającą dopuszczalnych granic i niezagrażającą również samej kulturze (autonomii prawa).

Założenie idealizujące, że jakiś X „podejmuje odpowiednią czynność Y stale tak, jak gdyby owo przekonanie akceptował”, pozwala z jednej strony wyjaśnić, dlaczego X podjął czynność Y (bo jest to czynność powszechnie akceptowana na gruncie kultury, a X jest jej członkiem, a zatem podejmuje działania zgodne z jej normami i dyrektywami),

35 G. Banaszak, J. Kmita, *Spoleczno-regulacyjna koncepcja kultury*, s. 39.

z drugiej strony — odwracając tę relację w relację normowania — pozwala wskazać X-owi, jakimi przekonaniem powinien się kierować, jeśli podjęta przez niego czynność Y ma zostać uznana za czynność akceptowalną (ma być na przykład dopuszczalnym aktem instrumentalizacji prawa): X w swoich działaniach powinien kierować się przekonaniem powszechnie respektowanymi w danej kulturze (kulturze prawnej). Przekładalność perspektyw wyjaśniania i działania w społeczno-regulacyjnej koncepcji kultury wydaje się czymś oczywistym, jako że koncepcja ta jest silnie zakorzeniona w jej starszym ujęciu, którym była Jerzego Kmity koncepcja interpretacji humanistycznej głoszona już w latach sześćdziesiątych XX wieku. Ta ostatnia stawiała sobie za zadanie zbudowanie koncepcji wyjaśniania czynności obecnych w obszarze humanistyki, wzorowanej na przyrodniczym modelu wyjaśniania. Jej późniejszą postać regulatywną uznać można za przekształcenie pierwotnego projektu. Niezmienne pozostały jednak naturalistyczne wzorce i strukturalistyczne ujęcia badanej dziedziny.

We wnioskach Gromski stwierdza, że „eliminowanie z działań prawnych tego elementu kulturowego wymiaru prawa, jakim jest między innymi jego zsocjalizowana autonomia, musi dać odłożony w czasie efekt w postaci nieskuteczności lub ograniczenia skuteczności aktów instrumentalizacji prawa, nawet jeśli akty te będą się opierać na prawdziwych sądach (pozytywnych prostych ocenach instrumentalnych) dotyczących ich efektywności”³⁶. Instrumentalizacja pozbawiona znaków ostrzegawczych, jakich dostarcza prawodawcy kultura prawna / autonomia prawa — bo to destrukcyjne działania prawodawcy, szczególnie przy braku niezależnej kontroli sądowej, mają najdalej idące konsekwencje społeczne — pozostawi nas już tylko z nadzieją na zmianę takiej sytuacji możliwą poprzez odwołanie się do zewnętrznej oceny prawa, głównie oceny moralnej, politycznej czy ekonomicznej. Ale i ten typ ocen, jak tego doświadczamy w podzielonym społeczeństwie, może okazać się nieskuteczny.

Najistotniejszą różnicą między Morawskiego i Gromskiego ujęciami instrumentalizacji prawa jest — obok przywołanych wyżej czynników socjalizacji kulturowej — zmiana perspektywy postrzegania instrumentalizacji z zewnętrznej (ocena moralna) na wewnętrzną (ocena zrelatywizowana do kultury prawnej, wymogi autonomii prawa, „wewnętrzna moralność prawa”, wartości formalne). Obaj autorzy poszukują granic dla akceptowalnego posługiwania się prawem w ocenach aksjologicznych. Morawski, posługując się zwrotem „instrumentalizacja prawa”,

36 W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, s. 174.

przyjmuje jednak rozumienie prawa właściwe dla pierwotnej wersji pozytywizmu, prawa represyjnego będącego emanacją woli politycznego suwerena, podporządkowanego potrzebie adaptacji instytucji prawnych do politycznego środowiska, w którym ośrodek władzy politycznej sprawuje pełną kontrolę nad prawem³⁷. Morawski nie akceptuje takiej wizji prawa i usiłuje ją zdeprecjonować, przypisując jej emblemat „instrumentalizacji prawa”. Pod względem pojęciowym nie szuka „granic” instrumentalizacji prawa. Rolę pojęciowej dziedziny demarkacji między akceptowanym i nieakceptowanym prawem odgrywa kategoria sterowania, która służyć ma delimitacji działań opartych na programach celowych (sterowanie instrumentalizujące) i programach warunkowych (sterowanie nieinstrumentalizujące). Granicę prawodawczej instrumentalizacji prawa wyznacza pozaprawna, liberalna wartość polityczna, jaką jest wolność jednostki. To dlatego czynności podejmowane w toku procedur prawnych (dominuje tu element formalny) oraz normy merytoryczne z okresem warunkowym (okoliczność, której wystąpienie *in concreto* jest niezależne od prawodawcy) uznawane są za nieinstrumentalne postacie posługiwania się prawem. Wskazując na pozytywne elementy swojego projektu, przede wszystkim gdy chodzi o postulat „etyki proceduralnej”, autor zdaje się przechodzić na stronę nieimperatywnej (komunikacyjnej) koncepcji prawa. W istocie rzeczy poglądy Morawskiego na instrumentalizację prawa są pochodną jego poglądów na „dobre” i „złe” prawo³⁸.

Krytyka instrumentalizacji prawa przeprowadzona przez Morawskiego jest krytyką aktywności prawodawcy. Wyłącznie do prawodawcy kierowane są również postulaty budowy porządku prawnego spełniającego warunki prawa nieinstrumentalnego. Jest tak również wtedy, gdy autor (życzliwie) wypowiada się o kontroli poprzez warunki ramowe i krytykuje programy celowe³⁹. Pisarstwo naukowe Morawskiego

37 P. Nonet, P. Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, New York 1978s. 14–15. Zob. też E. Kustra, *Rozwojowy model tworzenia prawa*, „Acta Universitatis Nicolai Copernici. Nauki Humanistyczno-Społeczne” 1996, z. 307.

38 Zob. L. Morawski, *Dwa podejścia do prawa — kilka uwag*, [w:] *Prawo i prawoznawstwo wobec zmian społecznych*, red. H. Rot, Wrocław 1990. Autor posługuje się tu takimi określeniami, jak „model”, „wizja” lub „koncepcja” prawa instrumentalnego bądź komunikacyjnego (*ibidem*, s. 95 n.). Wizje te sytuuje jako wzajemnie (funkcjonalnie) opozycyjne. W pracach późniejszych pojawia się rozróżnienie na „prawo jako technikę” i „prawo jako rozmowę” (L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 1999, s. 39 n.; L. Morawski, *Podstawy filozofii prawa*, s. 57 n.). Ostatecznie zaś dystynkcje te prowadzą do odróżniania „złej” i „dobrej” instrumentalizacji (L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa*, s. 54), co — jak komentuje Gromski — „w sumie pogłębia wrażenie nadmiernego [uwikłania] całej tej opozycji w myślenie ideologiczne” (zob. L. Morawski, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, s. 136).

39 Zob. L. Morawski, *„Autopoiese” i prawo refleksyjne w ujęciu G. Teubnera*, s. 178 n.; L. Morawski, *Instrumentalizacja prawa (zarys problemu)*, s. 17 n.

poświęcone instrumentalizacji prawa ma za swojego głównego aktora prawodawcę usytuowanego w perspektywie imperatywnej wizji prawa. Pozostałych uczestników obrotu prawnego, takich jak podmioty stosujące i realizujące prawo, można uznać za beneficjentów krytycznego dorobku tego autora w obszarze instrumentalizacji.

Autor monografii *Autonomia i instrumentalny charakter prawa* przyjmuje postawę odmienną, bardziej uniwersalną. Już w swoich „założeniach instrumentalnego pojmowania prawa” oświadcza, że „to złożone zjawisko, za jakie uważamy prawo, oraz przynajmniej niektóre jego skutki [...] są rezultatem celowego działania podmiotów tworzących, stosujących lub realizujących prawa, które [...] w swej aktywności są wielostronnie uwarunkowane”⁴⁰. Gromski osadza swoją teorię instrumentalizacji wewnątrz prawa ujmowanego jako zautonomizowana, niedyspozytywna praktyka społeczna (kultura prawna). Nie składa czytelnikowi żadnego filozoficzno-politycznego wyznania wiary, w konsekwencji czego nie ocenia instrumentalizacji prawa jako praktyki nagannej *per se*. Dostrzega natomiast możliwe zagrożenia, a tym samym dopuszcza oceny poszczególnych aktów lub typów sytuacji instrumentalizacji prawa jako godnych aprobaty lub destrukcyjnych i w ślad za tym poszukuje „granic” dla akceptowanej instrumentalizacji. Mają one, podobnie jak u Morawskiego, charakter aksjologiczny⁴¹, jednak ich źródłem są poprawnościowe, formalne standardy legislacyjne odpowiadające Fullerowskiej „wewnętrznej moralności prawa”⁴², idee skumulowane w ramach koncepcji państwa prawa i *rule of law*⁴³.

Wydaje się jednak, że — jeśli pominąć odmienne założenia, cele badawcze oraz język prowadzonych rozważań o instrumentalizacji — generalny sens poszukiwanych wartości mających limitować praktykę prawodawczą (i prawniczą) jest w pewien sposób podobny. Kultura prawna i autonomia prawa u Gromskiego oraz wyrastające z krytyki instrumentalizacji prawa opowiedzenie się przez Morawskiego za autopoietyczną i komunikacyjną wizją prawa są kierunkowo zbieżne. W końcu obu autorom chodzi o wartości. Różnice bardziej sprowadzają się do samego rozumienia instrumentalizacji prawa niż do tego, czy i jak należy się jej przeciwstawiać. Gromski ujmuje ją szerzej, uznając akty instrumentalizacji za naturalną predyspozycję działającego intencjonalnie

⁴⁰ W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, s. 91.

⁴¹ W. Gromski pisze o „negatywnej ocenie moralnej aktów instrumentalizacji” (*Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, s. 161), o „granicach określanych przez wartości” (*ibidem*, s. 160), o „aksjologicznych granicach aktów instrumentalizacji prawa” (*ibidem*, s. 162, 170).

⁴² *Ibidem*, s. 39–40.

⁴³ *Ibidem*, 72–73.

podmiotu; mogą one okazać się „moralne”, o ile są zgodne z normami i wartościami generowanymi przez kulturę prawną, bądź destrukcyjne, gdy popadają z nią w konflikt. Morawski natomiast — choć zachowywał w tej materii pewną chwiejność — to jednak za sprawą uwikłania pojęcia instrumentalizacji w pierwotny konflikt ideologiczny i przyjęcia jego pejoratywnej konotacji uznał, że warunkiem „dobrego prawa” jest prawo „nieinstrumentalne”, dzięki któremu państwowy prawodawca może zachować kontrolę i pośrednio, poprzez warunki ramowe, wpływać na zachowania ludzkie, jednak z zachowaniem „zewnątrznie uwarunkowanej”, a więc względnej, wolności działania adresatów norm. Tego rodzaju strategiczne działania zyskują już przychylność Morawskiego, jako że dają się uzgadniać z aksjologią filozofii liberalnej. Wyrażenie „instrumentalizacja prawa” konsekwentnie pozostaje po „złej stronie liberalnej mocy”. Ten analityczny segment rozważań Morawskiego, przenoszący naszą uwagę na koncept działań strategicznych i kontroli poprzez warunki ramowe (państwowy prawodawca) z jednej strony oraz limitowanej wolności działania (adresat regulacji) z drugiej, zawiera ważną dla mnie inspirację w poszukiwaniach zależności między instrumentalizacją prawa i jego autonomią jako relacji kooperacji (uwarunkowywania), a nie konfrontacji.

1.3. Nieredukcyjne ujęcie instrumentalizacji prawa

Kolejnym autorem, który wniósł istotny wkład do polskiej dyskusji o instrumentalizacji prawa, był Wiesław Lang. W swoim artykule⁴⁴ o niewielkiej objętości wprowadził bardzo wartościową i inspirującą pod względem poznawczym dystynkcję między redukcjonistyczną i nieredukcjonistyczną wersją instrumentalnego pojmowania prawa. W wersji pierwszej „normy i zasady prawne są dyrektywami wskazującymi podmiotom tworzącym i stosującym prawo oraz adresatom prawa, co mogą lub powinni uczynić, jeśli chcą zrealizować pewne stany wyróżnione przez prawo, lub czego czynić nie powinni, jeżeli chcą uniknąć pewnych niekorzystnych stanów rzeczy lub sytuacji”. Jak dodaje autor, „tak rozumiane normy prawne podlegają wyłącznie ocenom i uzasadnieniom instrumentalnym lub celowościowym”, a „najwyższą wartością prawa i jedynym relewantnym standardem oceny prawa jest skuteczność finistyczna prawa”⁴⁵.

⁴⁴ W. Lang, *Instrumentalne pojmowanie prawa a państwo prawa*.

⁴⁵ *Ibidem*, s. 3.

W formule tej warto zwrócić przede wszystkim uwagę na zwrot „stany rzeczy wyróżnione przez prawo”. Tytuł prawny (kompetencję) do „wyróżniania” przez prawo odpowiednich „stanów rzeczy”, które określonym grupom podmiotów wskazują, co mogą lub powinni czynić, ma publiczny, przede wszystkim państwowy prawodawca — i również on ma przemożny wpływ (jeśli pominąć bardziej złożony przypadek zasad prawa) na treść norm, które podlegać będą ocenom w redukcyjnej wersji instrumentalizacji prawa. Innymi słowy, jeśli pominąć bardziej złożoną strukturę źródeł prawa wyrafinowanej wersji pozytywizmu prawniczego, to zasadniczo państwowy prawodawca kształtował będzie zarówno narzędzia prawnego działania (normy prawne), których kierunek wykorzystania podlegał będzie ocenom z punktu widzenia stanów rzeczy/celów wyróżnionych przez prawo, jak i same stany rzeczy/cele. Pozostałym uczestnikom obrotu prawnego (przyszły prawodawca, organy administracji, sądy, osoby prywatne) pozostaje rozstrzygnięcie, czy należą one do grupy tych, którzy mają obowiązek działania/zaniechania opartego na normach-narzędziach (są adresatami tych norm), czy też tylko mogą takie działania podjąć lub ich zaniechać. Prawo nie otwiera tu natomiast przestrzeni do tego, aby podmioty takie — w tym przede wszystkim prywatni uczestnicy obrotu prawnego — mogły w zgodzie z prawem przyjmować i realizować własne grupowe lub jednostkowe cele działania i dopasowywać do nich strategię ich realizacji wsparte na zastanych normach prawnych. Prawo w obu wyróżnionych rolach (cel–środek) jest dyspozytywnym medium w rękach tego, kto ma kompetencję do jego stanowienia i kontrolowania.

W wersji nieredukcyjnej prawo ma charakter instrumentalny w tym sensie, że „normy i instytucje prawne są lub mogą być używane przez podmioty tworzące i stosujące prawo oraz przez innych adresatów prawa do realizacji różnych celów [...], a koncepcja ta nie zakłada redukcji norm prawnych do dyrektyw instrumentalnych”⁴⁶. Tym samym owe normy spełniają — albo przynajmniej nadają się do tego, aby spełniać — również inne potrzeby niż użycie instrumentalne przypisane zadany przez prawo stanom rzeczy/celom. Zerwana zostaje zatem normatywna więź między przyjętym przez prawodawcę celem/stanem rzeczy, który uzasadniał ustanowienie normy (zasady, instytucji), i treścią samej normy. Oznacza to, że wszyscy uczestnicy obrotu prawnego (państwowy prawodawca, organy stosowania prawa oraz prywatne podmioty prawne) w swoich działaniach i zaniechaniach nie są związane „pewnymi stanami prawnymi wyróżnionymi przez prawo”, a mogą dostępne im

46 *Ibidem*, s. 4.

normy, zasady i instytucje wykorzystywać również dla celów własnych. To od nich samych zależeć będzie to, czy pozytywnie (korzystnie dla siebie bądź reprezentowanej grupy) ocenią określony stan rzeczy/cel i zechcą posłużyć się dostępną im normą prawną jako narzędziem jego osiągnięcia, czy też dokonają oceny negatywnej i zrezygnują ze zinstrumentalizowanego posłużenia się potencjalnie technicznie skuteczną normą jako narzędziem realizacji celu/stanu rzeczy⁴⁷. Więcej: Lang dodaje, że „w myśl tego poglądu normy prawne są wypowiedziami [...] nieredukowalnymi do dyrektyw instrumentalnych” i podlegają „ocenom i uzasadnieniom instrumentalnym, celowościowym i aksjologicznym, a także uzasadnieniu tetycznemu (relatywizacja systemowa)”⁴⁸.

Poddając interpretacji przywołane wyżej rozwinięcie nieredukcyjnej wersji instrumentalizacji prawa, dojść można do wniosku, że już nie tylko po stronie prawodawcy znajdować będziemy tytuł do oceny celów realizowanych przez prawo — prawodawca może cele te aprobować i następnie nadawać im przez akt stanowienia postać stanu rzeczy „wyróżnionego przez prawo”; również pozostali uczestnicy obrotu prawnego (sądy, organy administracji, a także podmioty prywatne) będą mogli dokonywać podobnych zabiegów skutkujących podejmowaniem aktów prowadzących do zaspokajania ich interesownych potrzeb jednostkowych (podmioty prywatne), potrzeb publicznych (organy administracji publicznej) bądź do realizacji celów wyrastających z roszczeń wewnętrznej aksjologii prawa (sądy i oczywiście sam prawodawca).

Efektom ujęcia nieredukcyjnego jest zatem swoista demonopolizacja społecznej funkcji instrumentalizacji prawa, oderwanie jej od państwa i jego domeny politycznej i ekonomicznej. W latach dziewięćdziesiątych prowadziło to do rehabilitacji pojęcia instrumentalizacji prawa i jego społecznej adaptacji, zgodnej ze standardami liberalnej demokracji. Zauważmy też, że jakkolwiek przywołane wcześniej koncepcje instrumentalizacji prawa (Morawski, Gromski) nie odcinały się od ujmowania prezentowanej problematyki z perspektywy wykraczającej

⁴⁷ „Pogląd, że prawo podlega ocenom i uzasadnieniom instrumentalnym, stanowi wspólne podstawowe założenie obu wersji instrumentalnego pojmowania prawa. Instrumentalna ocena prawa może być oceną dodatnią lub ujemną, prostą lub złożoną oraz może występować w wersji słabej lub mocnej [...]. W redukcjonistycznej wersji instrumentalizacji prawa znaczenie priorytetowe mają proste oceny instrumentalne”, to jest takie, w których ocena polega wyłącznie na tym, że „norma X jest właściwym technicznie środkiem do realizacji stanu Y. Wartość instrumentalna X nie zależy od wartości przypisanej stanowi Y [...], np. norma prawna może być właściwym technicznie środkiem do realizacji stanu rzeczy polegającego [nawet] na dyskryminacji pewnych grup społecznych” (*ibidem*, s. 4). „W wersji nieredukcjonistycznej priorytetową rolę odgrywają złożone oceny instrumentalne” (*ibidem*, s. 5), a więc takie, w których ocenie podlega zarówno X (norma-środek), jak i Y (stan rzeczy, cel).

⁴⁸ *Ibidem*, s. 4.

poza punkt widzenia prawodawcy⁴⁹, to jednak dopiero Langa koncepcja nieredukcyjnego ujęcia instrumentalizacji kwestię tę przesądza, lokując ją w teoretycznym centrum analizy. Czyni z niego zatem dobry punkt oparcia dla dalszych rozważań nad instrumentalizacją prawa.

Przywołana wyżej dystynkcja między dwoma wariantami instrumentalizacji prawa otworzyła Langowi drogę do wyeksponowania swojego stanowiska w kwestii granic instrumentalizacji prawa. Problem ten autor ujął na dwóch poziomach. Pierwszy z nich to pytanie o teoretyczne podstawy wyodrębnienia prawa zinstrumentalizowanego, a ściślej: o przesłankę pozwalającą na demarkację między „instrumentalnym pojmowaniem prawa jako kontroli społecznej” i jego „nieinstrumentalnym pojmowaniem”⁵⁰. Poziom drugi to próba pozycjonowania argumentu moralnego w ocenie tego, kiedy uznamy, że „prawo jest właściwym środkiem do realizowania stanu rzeczy X”, a kiedy uznamy, że tak nie jest⁵¹. Widzimy zatem, że — podobnie jak u poprzednio z omawianych autorów — rzecz sprowadza się w gruncie rzeczy do argumentu moralnego. Kwestią może być tylko to, czy argument ten ma cechy zewnętrznej moralnej oceny prawa (Morawski) czy oceny wewnętrznej wspartej na aksjologii osadzonej i zsocjalizowanej w kulturze prawnej (Gromski). Lang zasadniczo obiera ten drugi kierunek argumentacji, jednak pomija (być może ze względu na niewielkie rozmiary swojego tekstu) czynnik socjalny eksponowany przez Gromskiego, a którego źródłem jest osadzenie koncepcji wrocławianina w społeczno-regulacyjnym ujęciu kultury.

Przechodząc do stanowiska Langa, zaczniemy od argumentacji dotyczącej samych granic instrumentalizacji (instrumentalnego pojmowania) prawa, jako że poszukiwanie ewentualnych nadużyć moralnych w związku z dokonywaniem aktów instrumentalizacji prawa wydaje się wtórne wobec odpowiedzi na pytanie, jak autor rozumie „granice instrumentalizacji”. Wprowadzając swój koncept nieredukcyjnego ujęcia instrumentalizacji prawa, Lang doprecyzował, a przede wszystkim znacznie rozszerzył zastane, dość intuicyjne i tylko kontekstowo ujmowane pole problemowe rozważań o instrumentalizacji. To pojęciowe rozszerzenie — zważywszy dodatkowo na ogólną aprobatę autora dla instrumentalizacji prawa — zrodziło w tej sytuacji dość oczywiste pytanie o prawo nieinstrumentalne. I tę właśnie strategię obrał Lang, poszukując pojęciowych

⁴⁹ Uwaga ta dotyczy przede wszystkim uniwersalizującej koncepcji instrumentalizacji Gromskiego (perspektywy kultury prawnej oraz autonomii prawa), w mniejszym natomiast stopniu — stanowiska Morawskiego, zogniskowanego na krytyce działań państwowego prawodawcy.

⁵⁰ W. Lang, *Instrumentalne pojmowanie prawa a państwo prawa*, s. 5.

⁵¹ *Ibidem*, s. 9.

granic dla instrumentalizacji prawa. I tak prawo nieinstrumentalne to: 1) „prawo pojmowane [...] jako autonomiczna instytucja społeczna mająca samoistną wartość moralną lub kulturową albo jako wyraz czy symbol wartości, na przykład prawo jako wyraz sprawiedliwości lub jako wyraz (i symbol) społecznego potępienia czynów moralnie nagan-nych”; 2) „prawo charakteryzowane jako element układu społecznego pełniącego określone funkcje w stosunku do całego układu lub jego części”. Autor deklaruje jednak, że to wymieniony w punkcie pierwszym „czynnik symboliczno-instytucjonalny” ma wiodące znaczenie dla wyodrębnienia prawa nieinstrumentalnego bądź — gdy czynnik ten jest nieobecny — uznania prawa za instrumentalne⁵². Z tych też powodów właśnie na tym czynniku pozwolę sobie skupić swoją uwagę.

Lang rozpoczyna tę sekwencję rozważań od sporządzenia listy zarzutów kierowanych przez oponentów wobec instrumentalizacji prawa. Wymienia tu znaną krytykę Habermasa dotyczącą pojmowania prawa jako techniki społecznej konfrontowaną z założeniami racjonalności komunikacyjnej, zasadę praworządności formalnej i ideę państwa prawa, koncepcję *autopoiesis* prawa — czym nawiązuje również do wymienionego wyżej drugiego czynnika systemowego — oraz krytykę politycznej instrumentalizacji prawa łączoną z doświadczeniami państw totalitarnych⁵³. Ten ostatni, polityczno-ustrojowy argument zdaje się przede wszystkim motywować go do obrony pojęcia instrumentalizacji prawa — samego pojęcia, w żadnym wypadku praktyki politycznej tego rodzaju. Przeciwnie, to właśnie proponowany koncept nieredukcyj- nistycznej wersji ujmowania instrumentalizacji ma być odpowiedzią na potencjalne zagrożenia, które niosą za sobą zjawiska opisywane za pomocą schematu wariantu redukcyjnego. Tylko ten pierwszy bowiem daje się adekwatnie łączyć z formalnie pojmowaną zasadą praworządności, niewykluczającą instrumentalnego użycia prawa, lecz ten rodzaj użycia prawa limitującą, a tym samym minimalizującą perspektywę pojawienia się władzy totalitarnej czy prawa niesprawiedliwego⁵⁴.

Koncepcja instrumentalizacji prawa sformułowana przez Langa jest zatem konkurencyjna przede wszystkim wobec propozycji Morawskiego.

⁵² *Ibidem*, s. 5. Autor zaznacza, że „funkcjonalna wersja nieinstrumentalnej koncepcji prawa [zob. wyżej punkt drugi — A.B.] ma charakter komplementarny w stosunku do symboliczno-instytucjonalnego lub instrumentalnego ujęcia. Ujęcie funkcjonalne nie stanowi przeciwieństwa tych ujęć, lecz jedynie charakteryzuje prawo z innego punktu widzenia [...]. Natomiast nieinstrumentalna koncepcja prawa w wersji ekspresyjno-symbolicznej [zob. wyżej punkt pierwszy — A.B.] jest przeciwieństwem koncepcji instrumentalnej. Przeciwność tych dwóch sposobów pojmowania prawa stanowi przedmiot niniejszych rozważań” (*ibidem*).

⁵³ *Ibidem*, s. 6–7.

⁵⁴ *Ibidem*, s. 12–13.

Obaj autorzy wychodzą co prawda od podobnych przesłanek natury polityczno-ustrojowej, to jest od mniej lub bardziej jawnych deklaracji po stronie liberalnych wartości i od zgodnej aprobaty dla szczególnej wagi koncepcji państwa prawa. Podzielił ich natomiast dylemat rozumienia instrumentalizacji prawa: u Morawskiego to rozumienie jest węższe, korespondujące z ujęciem redukcjonistycznym, de facto ograniczonym do perspektywy prawodawcy, u Langa zaś — znacznie bardziej zakresowo pod tym względem pojemne, otwarte na „dwukierunkową” instrumentalizację prawa⁵⁵. W obronie przed aktami instrumentalizacji prawa (Morawski) i aktami destrukcyjnej instrumentalizacji (Lang) obydwaj toruńscy badacze chcą sięgać po argument moralny, jednak u pierwszego, jak już wiemy, jest to moralność zewnętrzna wobec prawa, natomiast u drugiego — moralność wewnętrzna, oparta na standardach wypracowanych przez doktrynę prawniczą. W tym ostatnim aspekcie koncepcja instrumentalizacji Langa staje się zbieżna z koncepcją Gromskiego, a właściwie — zważywszy na chronologię ukazania się prac obu autorów — rozprawa wrocławskiego teoretyka może być w tej części uznana za inspirowaną artykułem Langa⁵⁶.

Prawo, które roztaczać się ma poza granicami „prawa instrumentalnego”, Lang nazwał „symboliczno-ekspresyjnym” pojmowaniem prawa. Jak pisze, „instrumentalne i ekspresyjno-symboliczne pojmowanie prawa są przeciwstawnymi sposobami rozumienia prawa”, tym niemniej od razu relatywizująco zastrzega, że „nie są to jednak koncepcje wykluczające się *ex hypothesi*. Symboliczne i ekspresyjne znaczenie prawa oraz symboliczna funkcja instytucji prawnych nie wykluczają bynajmniej możliwości instrumentalnego posługiwania się prawem przez prawodawcę, organy stosujące prawo lub adresatów prawa”⁵⁷. Przykładami na taką podwójną funkcję prawa mają zdaniem autora być takie instytucje prawne, jak małżeństwo, odpowiedzialność cywilna z tytułu winy czy odpowiedzialność karna, które poza swym wyrazem symbolicznym i ekspresyjnym (jak chociażby zasadniczy wymiar oceny moralnej kryjący się za sprawiedliwością czy słusnością karania) „stanowią niezbędny warunek ich efektywnego wykorzystania jak instrumentów określonej

⁵⁵ *Ibidem*, s. 13.

⁵⁶ Odnotujmy, że — wbrew przyjętej w niniejszej pracy kolejności omawiania — artykuł Langa był w polskiej literaturze pierwszym opracowaniem ujmującym teoretycznie *sui generis* problematykę instrumentalizacji prawa. Wcześniejsze prace Morawskiego (na przykład *Prawo jako technika społeczna — problemy aksjologiczne*, („Colloquia Communia” 41, 1988, nr 6, „Colloquia Communia” 42, 1989, nr 1), czy G. Skąpskiej (*The rule of law from East Central European perspective*, „Law and Social Inquiry” 15, 1990, nr 4) wpisywały się głównie w nurt rozważań o transformacji w prawie i prawoznawstwie.

⁵⁷ W. Lang, *Instrumentalne pojmowanie prawa a państwo prawa*, s. 7.

polityki społecznej” (a więc na przykład polityki karania). Pełna co do tego zgoda. Nieco szerszą eksplorację tego ważnego dla moich rozważań wątku będę chciał przedstawić w punkcie 3.3 niniejszego opracowania.

Autor podaje również kontrprzykłady, które mają dowodzić sensowności już w pełni dystynktywnej separacji symboliczno-ekspresywnego i instrumentalnego użycia prawa. Jak pisze:

absurdalne jednak wydawać się może twierdzenie, że przepisy prawa podatkowego lub przepisy ruchu drogowego mają również sens symboliczno-ekspresyjny. Przepisy te nie wyrażają żadnej wartości moralnych czy kulturowych (nie mają samoistnego znaczenia moralnego), natomiast są zrelatywizowane instrumentalnie [...] do pewnych dóbr i wartości (życie ludzkie, interes państwa, sprawiedliwość społeczna)⁵⁸.

Mamy tu zdaniem autora do czynienia z przepisami, które wyłącznie „stanowią [...] właściwy technicznie środek do realizacji dodatnich moralnie celów”⁵⁹. Są to zatem przepisy (normy) zbudowane na tak zwanych złożonych (celowościowych) ocenach instrumentalnych, priorytetowych dla nieredukcjonistycznej wersji instrumentalizacji prawa⁶⁰, czyli takich, które łączą w sobie (w wersji pozytywnej) aprobata dla wartości stanu rzeczy/celu Y (na przykład życia ludzkiego) z uznaniem technicznej przydatności (skuteczności) przepisu (normy) X do zrealizowania stanu rzeczy Y (na przykład ograniczenia w terenie zabudowanym dopuszczalnej prędkości do 50 kilometrów na godzinę). Lang znajduje też grupy przepisów (instytucje prawne), które lokuje po drugiej stronie zarysowanej przez siebie pojęciowej demarkacji, to jest po stronie symboliczno-ekspresyjnej. Taką funkcję przypisuje, skądinąd co do zasady słusznie, instytucji małżeństwa, dostrzegając w niej „ideał związku małżeńskiego jako trwałego związku ludzi odmiennej płci, których łączy wzajemna miłość”. Nazywa to „niekwestionowanym moralnym wzorcem małżeństwa” i dodaje, że „zgodnie z tym idealnym wzorcem jedynym motywem zawierania małżeństwa powinien być motyw wzajemnej miłości. Motywacja interesowana jest, w myśl tego założenia, motywacją niemoralną”⁶¹.

O ile przemawiają do mnie przykłady obrazujące podwójną funkcję, jaką spełnia lub może spełniać prawo (przykłady z prawa cywilnego i karnego), o tyle przykłady przypisywania tylko jednej z nich poszczególnym instytucjom prawnym (podatki, regulacje ruchu drogowego *vs* małżeństwo) już nie. W komentarzach do swoich przykładów autor

58 *Ibidem*.

59 *Ibidem*.

60 *Ibidem*, s. 5.

61 *Ibidem*, s. 11.

deprecjonuje symboliczno-ekspresywny lub instrumentalny wymiar prawa poprzez sięganie do zewnętrznych ocen prawa. Czyni to, używając takich określeń, jak „absurdalne [twierdzenie]”, bo niewyrażające „żadnych wartości moralnych czy kulturowych” (podatki, przepisy o ruchu drogowym), i „motywacja niemoralna” (prawo małżeńskie, jeśli miałyby tolerować postawę interesowną małżonków). Jeżeli już mowa o ocenach, to powinniśmy tu raczej odwoływać się do wewnętrznych ocen prawa, do kultury prawnej i aksjologii (autonomii) prawa, zgodnie zresztą z ogólnym przesłaniem tekstu toruńskiego teoretyka ujętym w tytule artykułu (*Instrumentalne pojmowanie prawa a państwo prawa*). Obierając ścieżkę zewnętrznych moralnych ocen prawa w poszukiwaniu granic instrumentalizacji, Lang powiela postawę Morawskiego, z tą tylko różnicą, że nie kwestionuje instrumentalizacji jako takiej, jako pojęcia, lecz nazywa ją „posługiwaniem się prawem w sposób moralnie niewłaściwy”⁶². Lokuje zatem moralną argumentację jako podstawę do zasygnalizowania ryzyka, które może towarzyszyć zjawisku instrumentalizacji prawa.

Ale nie to wydaje się najistotniejsze. Nie mogę zgodzić się z Langiem, gdy chodzi o pewną presupozycję leżącą u podstaw podziału na instrumentalne i ekspresyjno-symboliczne pojmowanie prawa, zakładającą, że podział ten może być oparty na kryteriach przedmiotowych — że możliwym jest, nawet tytułem przykładu, wskazywanie instytucji prawnych, które poddawane mają być wyłącznie ocenom instrumentalnym, pozbawionym walorów ekspresyjności i symboliczności (podatki, ruch drogowy), inne z kolei (prawo małżeńskie) miałyby być pozycjonowane odwrotnie, a ceną za łamanie tych lokalizacji byłoby popadnięcie w absurd lub degeneracja instytucji prawnych (co z kolei zbliża poglądy Langa i Gromskiego). Otóż tak jak poddawanie się szczepieniom przeciw COVID-19 może być różnie przez różnych ludzi motywowane — na przykład przekonaniem o ich społecznej skuteczności lub/i przekonaniem o prawdziwości i rzetelności wiedzy, na której bazuje wszczepiana mikstura (ocena instrumentalna), czy może tylko uznawaniem autorytetu nauki jako takiej (ocena zasadnicza) — tak też nie widzę przeszkód, aby podobnie charakteryzować przykłady podane przez Langa. Wcale nie uważam za absurdalne twierdzenie, „że przepisy prawa podatkowego lub przepisy ruchu drogowego mają również sens symboliczno-ekspresyjny”. W jednym i drugim przypadku jestem w stanie przynajmniej wyobrazić sobie, że ktoś przestrzega przepisów prawnych nie — albo nie tylko — ze względu na ogólnie znane społeczne czy

62 *Ibidem*, s. 10–11.

jednostkowe skutki łamania przepisów podatkowych czy drogowych, ale po prostu dlatego, że — choćby w sensie Kantowskim — ma elementarne poczucie obowiązku czy docenia wartość zasadniczą, jaką jest ład społeczny, homeostaza wynika z powszechnej praktyki płacenia podatków i przestrzegania przepisów ruchu drogowego. Jeszcze łatwiej zapewne przyjdzie nam dopuścić obraz małżonków pozbawionych uczuć wyższych, a traktujących swój związek jako wspólnotę majątkową (skądinąd tak właśnie kwestię tę ujmował niegdyś Kodeks Napoleona) i niekoniecznie musi to prowadzić od razu do degeneracji prawa. Skoro prawo nie jest w stanie zadekretować miłości małżeńskiej, jej brak nie powinien — lub przynajmniej nie musi — prowadzić do erozji prawa. To kwestia postaw przyjmowanych przez podmioty prawne wobec prawa, a nie samego prawa.

Lang słusznie pisze, że w takich sytuacjach „prawo jest jednak środkiem niewłaściwym zarówno technicznie, jak i funkcjonalnie do realizowania tego rodzaju ideału opartego na perfekcjonistycznej etyce” z miłością jako jedynym motywem zawierania małżeństwa. Jak dodaje, „próbę użycia przepisów prawnych jako instrumentów do osiągnięcia tego moralnie chwalebego celu musi spowodować destrukcję prawnej instytucji zawarcia związku małżeńskiego”⁶³. Oczywiście przepisy prawa rodzinnego nie są skutecznym „instrumentem” osiągania rodzinnej miłości. Są jednak całkiem dobrym instrumentem zapewniającym inne cele instytucji małżeństwa: prowadzenie wspólnego gospodarstwa domowego, z takimi wzajemnymi gwarancjami, jak alimentacja, reprezentacja, prawo do korzystania z wynagrodzenia itp. To też może być powód, dla którego młodzi ludzie zawierają związki małżeńskie, a także — jak współcześnie zauważają socjologowie — przyczyna ucieczki od zawierania takich związków jako zobowiązujących i kosztownych kontraktów, co nie musi kolidować z perfekcjonistycznymi wzorcami, na których młode osoby mogą opierać swoje faktyczne relacje. Instytucja małżeństwa jest konglomeratem regulacji, które mogą być i są poddawane ocenom zasadniczym i celowościowym — i które powinny się wzajemnie dopełniać. Ta sama regulacja może być wykorzystywana egoistycznie, altruistycznie bądź kooperacyjnie.

To zatem nie kwestia takiej czy innej instytucji prawnej lub specyfiki przedmiotu jej regulacji jest rozstrzygająca dla uznania instrumentalnego bądź symboliczno-ekspresywnego charakteru prawa. Rozróżnienie to jest pochodną motywacji, czyjegoś refleksyjnego dążenia do określonego celu lub nawet godzenia się na istniejący stan rzeczy czy dziejący się

63 *Ibidem*, s. 11.

wokół nas proces realizowania się pewnego stanu rzeczy, którego możemy, a nawet czasami spodziewamy się być beneficjentami. Jak zauważał Ziemiński, „nasz cel i przyjmowana wskutek tego postawa wobec prawa jest zasadniczo celem określonej osoby, jest tedy »cel« terminem jawnie lub ukrycie synkategorematicznym”⁶⁴. Nie ma zatem przeszkód, aby celem naszego działania — lub chociażby tylko aprobaty — był również cel lub stan rzeczy mający sens symboliczno-ekspresyjny, postrzegany już zazwyczaj jako wyraz autonomii czy homeostazy prawa⁶⁵.

Pragmatycznie rzecz ujmując, nie ma różnicy między prawodawcą, podmiotem stosującym prawo i adresatem prawa, między podatnikiem, kierowcą i małżonkiem. Nie da się z góry, analitycznie przesądzić, że taka lub inna instytucja prawna ma wyłącznie sens symboliczno-ekspresyjny bądź instrumentalny, zawsze ma — lub może mieć — jeden i drugi, choć intensywność (stopniowalność) owych sensów będzie w poszczególnych instytucjach zróżnicowana. O wszystkim decyduje przyjmowana przez uczestnika obrotu prawnego postawa wobec prawa — a tę ostatnią badać jesteśmy w stanie nie poprzez analityczne, konfrontacyjne sytuowane rozróżnienia na symboliczny i instrumentalny wymiar prawa, ale poprzez pragmatyczne, w tym zmieniające się w czasie konteksty sytuacyjne, ich powiązanie z perspektywą podmiotu i jego działaniami.

⁶⁴ Z. Ziemiński, *O pojmowaniu celu, zadania i funkcji prawa*, „Państwo i Prawo” 1987, z. 12, s. 17.

⁶⁵ J. Wróblewski wyróżniał niekonfrontacyjnie cele homeostatyczne i cele instrumentalne prawa (J. Wróblewski, *Prawo i homeostaza społeczna*, „Państwo i Prawo” 1982, z. 12, s. 33).

2. Pozytywizm prawniczy i co dalej?

2.1. Koncepcje instrumentalizacji a dwie tezy pozytywizmu prawniczego

Pomimo różnic między trzema zaprezentowanymi w poprzednim rozdziale koncepcjami instrumentalizacji prawa wszystkie je łączy idea budowania barier przeciwko podejmowanym przez państwowego prawodawcę aktom instrumentalizacji prawa. Najdalej posuniętą krytykę znajdujemy u Lecha Morawskiego, dla którego instrumentalizacja prawa jest zjawiskiem samym przez się nagannym, co prowadzi do pejoratywnej konotacji samego terminu „instrumentalizacja prawa”. Celowo-racjonalna aktywność prawodawcy znajduje aprobatę u toruńskiego teoretyka dopiero wtedy, gdy realizowana jest pośrednio, poprzez tak zwane działania strategiczne. Kwestia „prawnych granic” instrumentalizacji prawa zastąpiona zostaje przez tworzenie przez państwo odpowiednich uwarunkowań prawnych, a w istocie tworzenie norm o takim kształcie, który otwierać lub zamykać będzie drogę dla „działań strategicznych” podejmowanych z udziałem pozostałych, nieprawodawczych podmiotów (organy stosowania prawa, prywatni uczestnicy obrotu prawnego). Kontrola *ex ante* poprzez warunki ramowe (prawodawca wprost nie ingeruje w cele lub środki działania adresata) zamyka pytanie o prawne granice dla działań strategicznych. Pytanie o granice jest bowiem zawsze pytaniem o uzasadnienie dla działania *ex post*, o reakcję na podjęte już (lub hipotetyczne możliwe) działanie. Prawnie określone warunki ramowe mają być zatem swego rodzaju filtrem pozwalającym już na wstępie zweryfikować działania prawnie dopuszczalne, spełniające określone ogólnymi regułami warunki ramowe (działania legalne), i niedopuszczalne, warunków tych niespełniające (działania nielegalne). Alternatywą jest prawo sterujące i instrumentalne, ingerujące wprost w cele i środki (lub jedno z nich), przy czym działania strategiczne od

instrumentalnych różnic ma to, że działania strategiczne mogą być moralnie usprawiedliwione (na przykład budowa szkół czy wydatki na ochronę zdrowia), a drugie już takimi nie są. To dlatego, jak pisze Morawski, „instrumentalizacją prawa chcę właśnie nazywać te formy sterowania, które wydają się być niedopuszczalne z moralnego punktu widzenia”⁶⁶.

W liberalnej wizji porządku prawnego przedstawionej przez Morawskiego to prawodawca decyduje, jak ostatecznie ma być zbudowany system prawa, który „nie jest pomyślany jako instrument polityki państwa i interesów grupowych, lecz jako instrument ochrony ludzkiej wolności”⁶⁷. Jeżeli prawodawca zdecyduje się na kurs „w stronę wolności”, zyskuje pozytywną ocenę ze strony filozofii liberalnej, jeśli w kierunku przeciwnym — spotyka go moralna dezaprobata. Wybór kierunku marszu w stronę wolności prowadzi Morawskiego ku niepozytywistycznej koncepcji prawa — prawa refleksyjnego, autopojetycznego, bo w takiej perspektywie autor sytuuje społeczny wymiar konceptu warunków ramowych⁶⁸.

Stanowisko Morawskiego poprzez wprowadzenie argumentacji moralnej odcięło jego poglądy od bardziej pogłębionej pod względem teoretycznym dyskusji nad instrumentalizacją prawa. Dodajmy, że uwagi autora w tej materii nie aspirowały do prób budowania koncepcji instrumentalizacji. Były krytyką pewnego zjawiska społecznego, rozliczeniem z pewną (przesłą, współczesną, możliwą w przyszłości) państwowoprawną praktyką polityczną. Stanowisko Morawskiego wydaje się być jednak przede wszystkim rozrachunkiem z pozytywizmem prawniczym. Poglądy na instrumentalizację prawa były dla autora, jak można sądzić, raczej incydentem w ramach szerszego frontu — krytyki pozytywizmu prawniczego. A okazał się wobec tego — tak wpływowego również w Polsce nurtu badawczego — krytykiem bezkompromisowym, nietolerującym ewolucji, modyfikacji czy niuansowania prawniczej myśli pozytywistycznej, czego manifestem był już sam tytuł jednego z jego bardziej wpływowych tekstów: *Pozytywizm „twardy”, pozytywizm „miękki” i pozytywizm martwy*⁶⁹.

⁶⁶ L. Morawski, *Instrumentalizacja prawa (zarys problemu)*, s. 21.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ L. Morawski, „*Autopoiiese*” i prawo refleksyjne w ujęciu G. Teubnera, s. 178–181. Gwoli ścisłości dodajmy, że stosunek Morawskiego do przywołanego nurtu jest ostrożnie aprobacyjny, a miejscami również krytyczny. Nie obejmuje to jednak samej wolnościowej idei, która przenika koncepcję autopojezy.

⁶⁹ L. Morawski, *Pozytywizm „twardy”, pozytywizm „miękki” i pozytywizm martwy*, „*Ius et Lex*” 2003, nr 1.

Zdaniem Morawskiego, jeżeli pozytywizm prawniczy nie ma ulec degeneracji — w sensie w jakim ujmował to Imre Lakatos⁷⁰ — to nie może rezygnować ze swojego „twardego rdzenia”, a taki tworzą dwie podstawowe tezy pozytywizmu: teza społeczna (teza o źródłach) oraz teza o separacji prawa i moralności. Zauważmy, że obie te tezy stanowią zarazem centralne punkty, wokół których toczą się polskie debaty dotyczące instrumentalizacji prawa. Teza społeczna w jej klasycznym ujęciu (prawo to normy ustanowione lub uznane przez kompetentny autorytet normodawczy zgodnie z odpowiednią procedurą, w tym tak zwany *test of pedigree*) eksponowana jest w licznie przywoływanych wcześniej stwierdzeniach o państwowym prawotwórstwie jako aktywności otwierającej przed decydującym merytorycznie Nielimitowaną przestrzeń prawną, jeśli oczywiście dochowywane są formalne wymogi kompetencji i procedury. Od tego przecież zaczyna się dyskusja nad problematyką instrumentalizacji prawa. Zagrożenie skutkami woluntaryzmu prawodawczego silnie osadzonego w „twardym rdzeniu” pozytywizmu prawniczego zrodziło najbardziej absorbujące dla teoretyków podejmujących problematykę instrumentalizacji prawa pytanie o granice dla nieakceptowanych skutków aktów państwowego prawodawstwa.

Z kolei teza o separacji — przyjmijmy dla uproszczenia tylko jedną z możliwych jej interpretacji, a mianowicie, że norma nie może utracić mocy obowiązującej dlatego, że jest niesłuszna czy niesprawiedliwa — ewokowała drugie pytanie, stanowiące dotychczas teoretyczne tło rozważań o instrumentalizacji prawa: czy pozytywizm prawniczy w jego zastanym kształcie kulturowym jest w stanie poradzić sobie z takim wyzwaniem? Odpowiedź Morawskiego brzmi „nie”, ponieważ wymagałoby to rezygnacji z tezy podstawowej dla tej formacji prawniczego myślenia — z tezy o separacji. Byłaby to „ucieczka” w pozytywizm miękki, a to oznaczałoby utratę tożsamości przez pozytywizm prawniczy. Byłby to już, zgodnie z tytułem artykułu, pozytywizm „martwy” albo też, stosownie do terminologii Lakatosa, pozytywizm w samym swoim rdzeniu „zdegenerowany”. Tak motywowane wycofywanie się przez zwolennika danej teorii z jej podstawowych założeń nie powinno być uznane za modyfikację teorii, ale za jej auto-obalenie⁷¹. Lakatos uczył bowiem, że w obliczu nowych wyzwań, przed którymi staje określona teoria, stosowną reakcją może być modyfikacja jej pasa ochronnego,

⁷⁰ I. Lakatos, *Dowody i refutacje. Logika odkrycia matematycznego*, przeł. M. Kozłowski, K. Lipszyc, Warszawa 2005.

⁷¹ L. Morawski, *Pozytywizm „twardy”, pozytywizm „miękki” i pozytywizm martwy*, s. 322.

co ma służyć obronie rdzenia teorii, modyfikacje nie mogą jednak obejmować samego jej rdzenia, gdyż takie zabiegi unicestwiłyby tę teorię jako taką.

Czy Morawski może uchodzić za obrońcę klasycznej wersji pozytywizmu prawniczego? Na pewno nie, raczej za zwolennika pewnej metodologii, pewnego sposobu badania zmian (postępu, regresu) dokonujących się w nauce. Dodajmy, że chodzi o taki sposób badania, którego samo już zastosowanie w naukach społecznych może budzić wątpliwości. Sięgnięcie do niego służyć miało bowiem wytrąceniu argumentów z rąk tych, którzy chcieliby rozwijać pozytywizm prawniczy w kierunku budowania takiego pasa ochronnego tej doktryny, który uodporniłby ją na kryzysy, w jakie wikał nas w przeszłości pozytywizm w swojej pierwotnej wersji, i których doświadczamy obecnie z wiodącym udziałem państwowego prawodawcy i jego aktów instrumentalizacji. Ideą kierującą zwolennikami miękkiej wersji pozytywizmu prawniczego było nadanie terminowi „pozytywizm” takiej konotacji, której nie kojarzono by z filozoficzną „martwością”, i dążenie do tego, aby myśl ta stała się zdolna do znajdowania rozsądnych odpowiedzi na towarzyszące nam wyzwania społeczne⁷². Spójrzmy, jak sytuują się w odniesieniu do takich oczekiwań wobec pozytywizmu prawniczego poglądy dwóch pozostałych badaczy podejmujących problematykę instrumentalizacji prawa.

Propozycja Langa zawarta w jego artykule *Instrumentalne pojmowanie prawa a państwo prawa* również nie aspiruje do statusu koncepcji instrumentalizacji prawa. Jest raczej użyteczną ofertą pewnej dystynkcji pojęciowej, którą można zaliczyć do tak zwanych pojęć-narzędzi badawczych⁷³, przydatnych dopiero w budowaniu określonej, rozwiniętej koncepcji instrumentalizacji prawa. Do jej walorów zaliczyć można jednak to, że jest propozycją wprost aksjologicznie nieuwikłaną w kontekst społeczno-polityczny, w którym powstawała, i że wprost nie odwołuje się do żadnej filozofii politycznej, choć przeciera pewne ścieżki bliskie myśli liberalnej (daje się do niej przyporządkować). Jest propozycją mającą przede wszystkim walor analityczno-prawny. Inaczej prezentuje się oferta Gromskiego, która ma wszelkie walory całościowej koncepcji instrumentalizacji, przede wszystkim ze względu

⁷² Zob. A. Dyrda, *Pozytywizm pochowany żywcem? W obronie miękkiego pozytywizmu*, „Studia Prawnicze” 2010, nr 2 (184), s. 5 n.

⁷³ F. Longchamps obok tak zwanych pojęć-przedmiotów badania (coś, co się „stwierdza, porównuje, interpretuje”) wyróżniał pojęcia-narzędzia naukowego poznania prawa. Dobór tych drugich „jest w zasadzie swobodny, byle okazały się odpowiednie wobec przedmiotu i przydatne do badań”(F. Longchamps, *Uwagi o używaniu pojęć w naukach prawnych*, „Zeszyty Naukowe. Nauki Społeczne” 7, 1960, nr 27, s. 11–12.

na teoretyczne i metodologiczne ugruntowanie, na którym autor oparł tezy swojej monografii, idąc zgodnie z zaleceniami programu tak współcześnie cenionej zewnętrznej integracji prawoznawstwa.

Obu autorów łączy natomiast to, że przyjmują pojmowanie prawa odpowiadające pozytywizmowi prawniczemu w jego bardziej wyrafinowanej (miękkiej) postaci. Władza kreowania prawa — a szczególnie jest to eksponowane u Langa, choć i Gromski się od tego nie odżegnaje — ulega rozciągnięciu również na inne niż państwo podmioty uczestniczące w obrocie prawnym. Odpowiednio do tego również potencjalne akty instrumentalizacji pozyskują szansę na poszerzenie swojej domeny, na podmiotowe „uspołecznienie”. Ten ostatni kierunek silnie z kolei eksponowany jest przez Gromskiego dzięki osadzeniu jego ujęcia instrumentalizacji prawa w założeniach społeczno-regulacyjnej koncepcji kultury. Relatywizacji ulegają też oceny i podstawy kwalifikacji aktów prawnych jako akceptowanych bądź nieakceptowanych czynności instrumentalizacji prawa. W obu propozycjach badawczych otwiera to dyskusję o „wewnętrznych granicach” instrumentalizacji prawa — granicach, dla których argumentacyjne podstawy znajdujemy w prawie obejmującym wewnętrzne wartości, reprezentowane przez zasady prawa, w tym głównie przez zasadę praworządności. Obecna u Morawskiego teza o separacji w jej klasycznej postaci, sytuującej argument moralny jako czynnik zewnętrznej oceny prawa (aktów jego instrumentalizacji), odchodzi do lamusa i przeobraża się u Langa i Gromskiego w wewnętrzną ocenę prawa (aktów instrumentalizacji) opartą na konstytucyjnej koncepcji państwa prawa. Z kolei teza społeczna ulega rozszerzeniu, obok standardowych, prawnych faktów społecznych (akty prawne, orzeczenia sądowe, kompetencje i procedury ich stanowienia) pojawiają się również fakty kulturowe — „powszechnie podzielane przekonania normatywne i dyrektywne” u Gromskiego. Tradycyjny pozytywizm prawniczy przeobraża się w ten sposób w pozytywizm wyrafinowany.

Czy mamy tu do czynienia z „modyfikacją pasa ochronnego” pozytywizmu prawniczego, który służy obronie rdzenia teorii pozytywistycznej? Morawski odpowiedziałby, że nie — że jest to wyłącznie objaw degeneracji prawniczego pozytywizmu, odchodzenia od rdzenia tej teorii. W komentarzu do stanowiska Morawskiego warto jednak przypomnieć, że rozróżnienie Lakatosa, podobnie jak cały metodologiczny projekt rewolucji naukowych — propozycja Węgra miała być jego łagodniejszą wersją — nie dotyczyło nauk społecznych, gdzie rozróżnienie na rdzeń (aksjomaty, założenia) i pas ochronny (adaptacje, aplikacje), przynajmniej wprost, nie miało być stosowane. Przechodzenie od pozytywizmu pierwotnego do wyrafinowanego to proces społeczny,

kulturowy wyrastający z obserwacji praktyk prawno-doktrynalnych, który w pracach takich autorów, jak Lang i Gromski, a szczególnie u tego drugiego, znajduje swoje udokumentowanie. Jest on odpowiedzią na kryzysy społeczne, a do takich niewątpliwie należał kryzys pozytywizmu prawniczego wywołany przez dwudziestowieczne totalitaryzmy europejskie. Sekwencjonowanie, a tym bardziej hierarchizowanie zmian zachodzących w teorii społecznej, szczególnie jeśli ma ona wymiar normatywny (jest w istocie doktryną, a nie teorią), wymaga dystansu. A zatem jeśli mielibyśmy trzymać się nazewnictwa zapożyczonego z nauk formalnych i empirycznych (Lakatos), to zmiany, które przeszedł pozytywizm prawniczy między jego klasyczną i wyrafinowaną wersją, uznać by należało za „modyfikację pasa ochronnego” — nie dlatego jednak, że rdzeń tej koncepcji udanie przeszedł test dwudziestowiecznych kryzysów, ale dlatego, że w pragmatycznie zorientowanej, responsywnej teorii społecznej żaden „rdzeń” istnieć nie powinien. Podobnie rzecz się ma z pozytywistyczno-prawnymi tezami o separacji i społecznym pochodzeniu prawa. Ich wyjściowa, radykalna postać po prostu uległa adaptacyjnym zmianom pod wpływem społecznych wyzwań, które dla jednych — przywiązanych do własnych wyobrażeń o tym, czym jest pozytywizm prawniczy — będą świadectwem jego „śmierci”, a dla innych — tych, którym los pozytywizmu prawniczego nie jest obojętny — dowodem jego zdolności adaptacyjnych, jego żywotności.

Marek Zirk-Sadowski, rozpoczynając komentarz do wyrafinowanej wersji pozytywizmu prawniczego, pisał, że główny problem, „który rodzi pierwotny pozytywizm, polega na kłopotliwym z punktu widzenia metodologicznego uzasadnianiu obowiązywania prawa pozytywnego zdaniem opisującym układ polityczno-społeczny”⁷⁴. Skąd bierze się ten kłopot? Tym razem nie z wyzwań społecznych czy moralnych, lecz z wpływu, jaki wywarły na filozofię prawa prace Wittgensteina, które pozwoliły również prawnikom ujawnić rolę języka prawa w konstytuowaniu instytucji prawnych. Wskutek tego nie dawało się już, jak konstataje Zirk-Sadowski:

przedstawiać prawa jako obiektu, który jest po prostu poznawany poprzez analizę treści aktów woli suwerena [...]. Pomiędzy suwerenem i poddanymi pojawi[ł się] język jako społeczne medium komunikowania się [...]. Do języka nie można zatem podchodzić tylko zewnątrz. Pełne zrozumienie wypowiedzi językowych jest możliwe wówczas, gdy sami stajemy się uczestnikami wspólnoty komunikacyjnej⁷⁵.

⁷⁴ M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Kraków 2000, s. 182.

⁷⁵ *Ibidem*, s. 183–184.

W ten oto sposób pojawia się nowa, językowa perspektywa interpretacji tezy społecznej. Prawo przestaje być wyłącznie poznawane poprzez medium języka prawnego, a dodatkowo rozwijane jest na poziomie języka prawniczego. Prawne i prawnicze media same stają się prawem. Język jako prawna forma komunikacji ulega uniezależnieniu od tego, co jest komunikowane, od aktu woli suwerena — prawodawcy. „The medium is the message”, jak można skwitować przełom ten zgrabną frazą Marshalla McLuhana⁷⁶. Jak dodaje Zirk-Sadowski, „w sferze praktycznej motywacji jest ona [zewewnętrzna postawa poznawcza — A.B.] tylko argumentem do działania praktycznego. W przeciwieństwie do wymiaru teoretycznego, w wymiarze praktycznym zasadniczą sprawą dla poznania prawa jest to, że poznana treść normy prawnej staje się racją działania”⁷⁷. Dodajmy, że ważną, aczkolwiek — przynajmniej dla pragmatysty — nie jedyną racją działania. Miejsce woli suwerena zaczyna zajmować wola podmiotu działającego poprzez język.

Językowy wariant adaptacji tezy społecznej pozytywizmu prawniczego będzie dla tej niniejszej pracy szczególnie istotny. Zastąpi on argument odwołujący się do zewnętrznych ocen prawa. Oczywiście wewnętrzny punkt widzenia w spojrzeniu na prawo nie uwalnia nas od wewnętrznych wartości prawa. Wspólnie tworzą one współczesne prawo („Prawo”).

2.2. Ewolucja pozytywizmu prawniczego a akty instrumentalizacji prawa

Jeremy Bentham, uznawany za prekursora pozytywizmu prawniczego, a także za inicjatora badań nad językowym wymiarem prawa, odwoływał się do radykalnie empirycznej teorii znaczenia⁷⁸. Język miał wyłącznie komunikować treść oznaczanych obiektów prawnych. Porządek znaków nie powinien być utożsamiany z tym, co jest oznaczane. Bentham, a w ślad za nim John Austin uznawali, że prawo jest faktem, szczególnym działaniem, aktem wolicjonalno-decyzyjnym, za którym kryje się rozkaz suwerennej władzy, wyrażanej przez czynności podejmowane przez aktualną większość parlamentarną. W konsekwencji norma prawna nie była identyfikowana z samą wypowiedzią językową prawodawcy, a postrzegana jako fakt, jako działanie jedynie uzewnętrzniające jego

⁷⁶ M. McLuhan, Q. Fiore, *War and Peace in the Global Village*, New York 1968.

⁷⁷ M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, s. 186.

⁷⁸ *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <https://plato.stanford.edu/entries/law-language/historical-introductions> (dostęp: 15.04.2024).

wolę⁷⁹. Odpowiednio również prawo jako całość nie było zbiorem uporządkowanych znaków (systemem norm — dokonanych wypowiedzi). Było działaniem.

Tak spozycjonowana ontologia prawa rzutowała na charakter ówczesnych prawniczych badań analitycznych. Język prawa postrzegany był jako forma komunikowania prawa, wyrażania decyzji podjętych przez prawodawcę i skierowanych do adresatów ustanowionych obowiązków. Analogicznie norma prawna (decyzja stanowiąca obowiązek) miała postać imperatywnego działania prawodawcy, którego symbolicznym znakiem rozpoznawczym był rozkaz. Odnotujmy jeszcze, gwoli podkreślenia empiryzmu referowanego stanowiska, że w koncepcjach Bentham'a i Austina język nie był jedyną formą pozyskiwania informacji o obowiązującym prawie. Za nie mniej użyteczne od komunikatów formułowanych przez prawodawcę uznawane były bezpośrednie, nie zapośredniczone w języku, obserwacje faktów⁸⁰. Co więcej, uznawano je za bardziej nawet prymarną, bo ugruntowaną w faktach empirycznych postać poznawania prawa. Można to uznać za istotny jeszcze wpływ wzorców kształtującej się wtedy teorii poznania pozytywizmu naukowego, za jego prawniczy odpowiednik. Językowość, a następnie oparta na niej systematyka norm, w ramach wczesnej wersji omawianej koncepcji, nie są uznawane za konieczne cechy prawa. Nie ma tu również miejsca na kulturę prawną jako zjawisko choćby względnie autonomiczne, budujące wzorce prawnego i prawniczego postępowania. Nauka prawa i generalizująca swoje orzeczenia praktyka prawnicza dostarczają dość prostych obrazów prawa, niezniekształconych przez prawnicze media pojęciowe. Tym bardziej nie może być mowy o środowiskowej autonomii prawników, w tym sędziów, wobec otoczenia społecznego, wobec polityki i polityków. Prawnika określić można jako pełniącego funkcję przedstawiciela suwerena⁸¹. Nauka i praktyka prawnicza są apolityczne o tyle, o ile nie mają wpływu na treść i językowy kształt prawa. Są jednak

⁷⁹ Takie ujęcie otworzyło w polskiej literaturze drogę dla tak zwanego nielingwistycznego ujęcia normy prawnej. Zob. K. Opalek, *Argumenty za nielingwistyczną koncepcją normy. Uwagi dyskusyjne*, „Studia Prawnicze” 1985, nr 304; K. Opalek, *Dwoistość ujęcia normy prawnej w nauce prawa*, „Państwo i Prawo” 1988, nr 6; K. Opalek, J. Woleński, *Logika i interpretacja powinności*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 21, 1988. Krytycznie o tej koncepcji: Z. Ziemiński, *W związku z artykułem K. Opalka „Dwoistość ujęcia normy w nauce prawa”*, „Państwo i Prawo” 1988 z. 12. Ziemiński koncepcję normy jako aktu wolicjonalno-decyzyjnego łączy z J. Austinem oraz ówczesną postacią pozytywizmu prawnego.

⁸⁰ „In the right circumstances, it is certainly possible to communicate without using signs (and in particular, it is possible to convey a volition, backed by a threat of force, just by saying or writing nothing)” — *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <https://plato.stanford.edu/entries/law-language/historical-introductions> (dostęp: 15.04.2024).

⁸¹ R. Cotterell, *The Politics of Jurisprudence: A Critical Introduction to Legal Philosophy*, London-Edinburgh 1989, s. 75 n.

polityczne w tym sensie, że stają się częścią procesu technologicznej reprodukcji decyzji prawodawcy. Polityczność i polityczna instrumentalizacja aktów prawodawcy nie są w żaden sposób kontrolowane i limitowane przez kulturę prawną czy dorobek doktryny prawniczej.

Charakterystyka obiektów usytuowanych w ramach relacji, jaka zachodzi pomiędzy empirycznym faktem (prawodawczym aktem, czynnością normowania) i językowym jego wyrazem, ukształtowanym w procesie redagowania tekstu prawnego, jest w stanie obywać się bez tego rodzaju wiedzy, a nawet, zdaniem wczesnych pozytywistów, powinna się bez niej odbywać. „Tradycyjny pozytywizm prawniczy preferował bezrefleksyjne czytanie tekstu, które traktował — dzięki swojemu naiwnemu realizmowi — jako czynność quasi-poznawczą”⁸². Stanowisko takie można uznać za wpływowe jeszcze w dwudziestowiecznych teoriach pozytywizmu prawniczego, na przykład u Hansa Kelsena⁸³. Potencjalne słabości prawa, takie jak aksjologiczna dezaprobatą celów realizowanych przez prawodawcę czy nieskuteczność zastosowanych środków ich realizacji (przyjętych metod regulacji, dokonanej specyfikacji treści obowiązków, kształtu językowego nadanego obowiązkowi), a w konsekwencji również ewentualny zarzut instrumentalizacji i polityzacji prawa obciążały wyłącznie konto prawodawcy. Wobec tego rodzaju zarzutów kierowanych wobec prawa nauka oraz praktyka prawnicza tłumaczyć się mogły tym, że jedynie ujawniają rzeczywiste cechy badanego przedmiotu, w którego kształtowaniu nie mają udziału. Leżące u podstaw pozytywizmu prawniczego oświeceniowe programy przebudowy społecznej oparte na idei racjonalności instrumentalnej kierowane były, ze względów oczywistych dla myślicieli tamtego okresu, właśnie w stronę ówczesnych prawodawców. Przykładem może być chociażby radykalny jak na tamte czasy projekt reformy prawa karnego Cesare Beccarii, co znamienne — jednocześnie propagatora zakazu wykładni sędziowskiej.

82 A. Kozak, *Wykładnia prawa*, [w:] *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, Warszawa 2016, s. 304. „W ujęciu pozytywistycznym prawnik nie konstituuje prawa jako przedmiotu kulturowego, zajmując wobec niego postawę bierną, wyłącznie poznawczą, taką samą, jaką zajmuje się wobec przedmiotów naturalnych. Pozytywizm sugeruje zatem możliwość w zasadzie obiektywnego poznania prawa” (M. Zirk-Sadowski, *Uczestniczenie prawników w kulturze*, „Państwo i Prawo” 2002, nr 9, s. 7).

83 Za H. Kelsenem zwykło się wyróżnić wykładnię autentyczną i wykładnię doktrynalną. Ta druga miała być „czysto poznawczym stwierdzeniem znaczenia normy prawnej. Nie jest [ona], w odróżnieniu od interpretacji dokonanej przez organy prawa, tworzeniem prawa [...]. Czysto poznawcza interpretacja nauki prawa nie jest w stanie wypełnić rzekomych luk w prawie. Wypełnienie [...] luki w prawie jest funkcją prawotwórczą, którą może świadczyć jedynie organ stosujący prawo” (H. Kelsen, *Czysta teoria prawa*, przeł. R. Szubert, Warszawa 2014, s. 490).

We wczesnej fazie pozytywizmu prawniczego to prawodawstwu towarzyszy napędzane oświeceniowym aktywizmem społecznym przekonanie, że prawo jest działaniem celowo-instrumentalnym, przy jednoczesnym niezaangażowaniu prawoznawstwa i praktyki prawniczej, potwierdzanym opisowo-dogmatyczną metodą analizy tekstów prawnych. Takie problemowe zawężenie nauk prawnych spowodowało przesunięcie aktywizmu społecznego na grunt pozytywizmu filozoficznego (naturalistyczne programy unaukowania badań społecznych głoszone przez A. Comte'a, J.S. Millę czy H. Spencera). Dopiero osiągnięcia kontynentalnej filozofii analitycznej pierwszych dekad XX wieku dały podstawę do budowania w nauce prawa metodologicznego programu badań nad tekstowym wymiarem prawa. Wyjściowe założenia naturalizmu metodologicznego otworzyły pole do szerokiego zastosowania dorobku logiki w językoznawstwie, w tym również w lingwistyce prawniczej. Jednak osiągnięcia te tylko naukowo ugruntowały — wcześniej intuicyjnie realizowany — program nauki niezaangażowanej, normatywnie zorientowanej wyłącznie na kwestie jasności i ścisłości języka służącego komunikowaniu treści prawnych.

Dorobek dwudziestowiecznej filozofii analitycznej miał znaczący wpływ na prawników, jednak był to wpływ na prawoznawstwo i dopiero wtórnie, poprzez dydaktykę akademicką, na praktykę prawniczą. Uczył bowiem metodologicznej (nauka) i metodycznej (praktyka prawnicza) świadomości w postępowaniu z tekstem prawnym. Jednak nie zmieniał — a wręcz ugruntowywał przekonanie prawników pozytywistów — że prawodawca nadal może „wszystko”, a więc że może również nadać prawu dowolną treść językową, o ile tylko będzie ona użyteczna z punktu widzenia przyjętych przez prawodawcę programów celowych. Źródłem wyzwań stawianych sobie przez polskich teoretyków podejmujących problematykę instrumentalizacji prawa była tak spozycjonowana praktyka prawodawcza. To ona otworzyła drogę dla aktów wyłącznie państwowej instrumentalizacji prawa. Pozostali potencjalni uczestnicy obrotu prawnego (sądy, organy administracji, podmioty prywatne) odsunięci zostali od wolicjonalno-decyzyjnego wymiaru prawa. Oparte na metodzie analitycznej prawoznawstwo, ze względu na przyjęte pozytywistyczne wzorce naukowości, nie było zainteresowane ingerowaniem w ten stan rzeczy.

Późniejsza ewolucja pozytywizmu prawnego niewiele wnosi w zarysowany wyżej dylemat. Hans Kelsen programowo odcinał się od instrumentalizacji prawa i stojącej za nią polityki. Tolerował realny wymiar prawa, do którego zaliczyć można również prawodawcze akty instrumentalizacji i ich społeczne oddziaływanie, ale wyodrębniał ten

rodzaj problematyki z pola zainteresowań swojej wizji teorii prawa⁸⁴. Powszechnie znane jest natomiast stanowisko Kelsena w kwestii państwa i jego legitymizującej roli w kształtowaniu porządku prawnego. Kontynuując w sobie właściwy sposób tezę o ekskluzywnej roli państwa według wczesnych pozytywistów prawnych, kreślił on niemal teologiczną wizję państwa. W jednym z licznych pism podejmujących tę kwestię ujął to z dość rzadko obecną u niego emfazą:

Boska wszechmoc względem natury znajduje swój odpowiednik w analogicznej wszechmocy państwa w dziedzinie prawa. Teologiczny i odpowiadający mu prawniczy dogmat posiadają ten sam sens. Podczas gdy teologom porządek świata jawi się jako rezultat woli Boga, dla teologów prawnych (*Rechtstheologen*) porządek prawny jest wolą państwa, która może przyjąć dowolną treść⁸⁵.

Jako zwolennik formalizmu pojęciowego z logiczną metodą analizy opisowej zapewne dobrze wpisywałby się w argumentację jednej ze stron debaty, która w czasie, gdy ukazała się jego *Reine Theorie des Rechts* (1934), toczyła się między amerykańskimi realistami (pragmatycznymi instrumentalistami) i formalistami, o ile miałby szansę ją znać i gdyby w ogóle zechciał się w nią zaangażować ze względu na przyjętą przez siebie koncepcję uprawiania nauk prawnych. W tamtym czasie zapewne odciąłby się od takiej debaty. Warto jednak przypomnieć, że stanowisko Kelsena z lat trzydziestych nie przeszkodziło mu w tym, by po 1960 roku odejść od wcześniejszych tez o możliwości zastosowania logiki w badaniach nad normami⁸⁶ i skierować swoją uwagę na zagadnienia semantyki i pragmatyki norm. Separowanie się od realnego wymiaru prawa jest również swego rodzaju stanowiskiem, które przez osoby oczekujące krytyki ze strony nauki może być odczytywane jako zawiedzenie oczekiwań i powód do krytyki koncepcji prawa i nauki deklarującej taki dystans. Za znak ironii czasu uznać by można prawdopodobny wynik intelektualnego ćwiczenia, któremu możemy się niezobowiązująco poddać, zadając następujące pytanie: jakie stanowisko w okresie opowiadania się za swoją „czystą teorią prawa” zająłby Kelsen, gdybyśmy mieli szansę

⁸⁴ „Trudno zabraniać prawnikowi badań socjologicznych [...], są one potrzebne, lecz prawnik [...] wchodzi [wtedy] na zupełnie inną drogę niż ta, która prowadzi do ściśle prawniczego poznania, i nie może wyników swych eksplikatywnych badań używać do konstrukcji pojęć prawnych [...]. Nauka prawa przestałaby być wówczas sobą i stałaby się w najlepszym razie [częścią] życia prawnego” (H. Kelsen, *Podstawowe zagadnienia nauki prawa państwowego (w rozwinięciu nauki o normie prawnej)*, przeł. T. Przeorski, Wilno 1935–1936, s. 86).

⁸⁵ H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Tübingen 1920, s. 21.

⁸⁶ Debata wokół tego przełomu referuje M. Zalewska w artykule: *Problem zarachowania w normatywizmie Hansa Kelsena*, „Jurysprudencja” 2014, nr 1, s. 27 n.

zapytać go o sposób, w jaki powinniśmy przeciwstawić się nieakceptowanej instrumentalizacji prawa? Można sądzić, że odpowiedziałby podobnie jak Morawski: wskazując na racje pozaprawne, na przykład sięgając po argument moralny. Różnica między naszym rodakiem i Kelsenem byłaby tylko taka, że autor *Reine Theorie des Rechts* zastrzegłby zapewne, że odpowiedź taka nie ma już nic wspólnego z nauką prawa, a właściwie z nauką w ogóle.

2.3. Argument z zasad. Przypadek koncepcji państwa prawa

Pryncypialnie pozytywistyczną prawniczą postawę badawczą i radykalny antypozytywizm łączy to, że odcinały się od pytań o możliwą lub faktycznie doświadczaną ewolucję myśli pozytywistycznej. Jest to konsekwencja właściwa dla wszelkich postaw doktrynalnie zintegrowanych, a wskutek tego antymodernizacyjnych. Dla Morawskiego — sięgnijmy raz jeszcze do jego artykułu o pozytywizmie prawnym — pozytywizm może być albo „twardy” albo „martwy”. Badacze sympatyzujący z tym nurtem badawczym, identyfikujący się z pozytywistyczną tradycją zwykle okazują się bardziej skłonni do konstruktywnej refleksji w odniesieniach do własnego dziedzictwa. Poszukiwanie w pozytywistycznej koncepcji prawa dowodów na jej ewolucję może być powodowane pojawianiem się nowych nurtów w ogólnej metodologii badań naukowych, zmianą (łagodzeniem) standardów naukowości czy wreszcie oddziaływaniem zewnętrznego otoczenia prawoznawstwa (a nawet mody, jak podpowiadał Paul Feyerabend w rozprawie *Against Method*). Krytyczna refleksja może też wyrastać z potrzeby wewnętrznych przemian wywołanych prawniczymi debatami (takimi jak debaty: Hart–Devlin, Hart–Fuller, Hart–Dworkin⁸⁷).

Wiązana z pozytywizmem prawnym instrumentalizacja prawa dokonywana przez państwowego prawodawcę, choć nie była wiodącym tematem debat anglosaskich ze względu na kulturową specyfikę *common law*, to już w Polsce okresu transformacji tak właśnie, jak wcześniej pisałem, się stało. Ekspansja koncepcji państwa prawa w powojennej teorii i filozofii prawa była jedną z ważniejszych racji na rzecz modyfikacji

⁸⁷ Jest pewnym fenomenem to, że w tych trzech debatach, najważniejszych dla współczesnej — a na pewno anglosaskiej — filozofii prawa, za każdym razem brał udział pozytywista (Hart) oraz że wszystkie one w większym czy mniejszym zakresie dotyczyły relacji między prawem i moralnością, w tym kwestii uznawania ocen (zasad) moralnych za oceny zewnętrzne czy wewnętrzne. Wszystkie te debaty można zatem uznać za debaty o pozytywizmie prawniczym i roszczeniach w kierunku jego modyfikacji.

(argument z zasad prawa) wyjściowych założeń pozytywizmu prawniczego. Jest jeszcze jeden istotny — ale już bardziej z perspektywy niniejszej rozprawy — powód sięgania po zasadę państwa prawa. Rozumienie tej zasady, w tym dystynkcja między jej pozytywistycznym i niepozytywistycznym ujęciem, stało się przedmiotem naszej lokalnej debaty — i co nie jest bez znaczenia — debata ta odbyła się z udziałem dwóch głównych uczestników dyskusji o instrumentalizacji prawa, Morawskiego i Gromskiego (przy wsparciu wrocławskiego konstytucjonalisty Kazimierza Działochy). Przywołanie tego sporu jest dla nas o tyle ciekawe, że, w przeciwieństwie do Morawskiego, wrocławski duet badaczy można zaliczyć do „pozytywistycznej” strony sporu. Przypomnijmy, że Gromski — podobnie jak Lang — w swoich poglądach na instrumentalizację prawa sięgał po koncepcję państwa prawa (zasadę praworządności) jako kulturowego fundamentu granic budowanych w obronie porządku prawnego przed nieakceptowanymi aktami instrumentalizacji prawa. Dodajmy wreszcie, że Morawski swój tekst o kontrowersjach wokół pojmowania państwa prawa pisze w podobnym czasie, co wielokrotnie przywoływany wcześniej artykuł o instrumentalizacji prawa (1993)⁸⁸. Spór wokół koncepcji państwa prawa można zatem potraktować jako kontynuację dyskusji o instrumentalizacji prawa.

W dyskusji o państwie prawa Morawski przyjmuje, co nie powinno być zaskoczeniem, podobne stanowisko jak w swoich poglądach na instrumentalizację, to jest konfrontując pozytywistyczną i niepozytywistyczną koncepcję państwa prawa i opowiadając się za tą drugą. Natomiast pewnym zaskoczeniem może być stanowisko drugiej, „pozytywistycznej” strony sporu (Gromski, Działocha). Jak wspomniano wcześniej, autorzy reprezentujący ten właśnie sposób myślenia o kulturze prawnej, aplikowany w poszukiwaniach argumentacji służącej budowaniu „granic” instrumentalizacji prawa (Gromski i podobnie Lang), sięgali właśnie do koncepcji państwa prawa (kultury prawnej, wewnętrznych wartości prawa) ujmowanej formalnie⁸⁹, a więc takiej, która krytykowana była przez zwolenników niepozytywistycznych ujęć prawa (Morawski). W kontekście rozważań o instrumentalizacji prawa mamy zatem klarownie i przewidywalnie zlokalizowany front

⁸⁸ L. Morawski, *Spór o pojęcie państwa prawnego*, „Państwo i Prawo” 1994, z. 4. Jak zwraca uwagę J. Potrzebszcz (Pozytywistyczna a niepozytywistyczna koncepcja prawa, „Roczniki Nauk Prawnych” 15, 2005 nr 2), „artykuł ten poprzedzony został publikacją R. Alexy’ego *W obronie niepozytywistycznej koncepcji państwa prawa*”. Polską wersję w tłumaczeniu L. Morawskiego znajdziemy w: „Państwo i Prawo” 1997, z. 11–12.

⁸⁹ W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa* (zob. niżej: przypisy 30 i 33). W. Lang pisał o „formalnych gwarancjach praworządności” w procesie tworzenia i stosowania prawa (W. Lang, *Instrumentalne pojmowanie prawa a państwo prawa*, s. 13).

sporu między prawniczymi pozytywistami i nie-pozytywistami: skoro wyrastająca z ideologii prawodawczej omnipotencji praktyka tworzenia prawa była głównym czynnikiem sprawczym instrumentalizacji prawa, to argumentacyjnie spójnym stanowiskiem był pogląd, że formalnie interpretowana zasada państwa prawa jest (może być) granicą (barierą) wobec prawodawczych aktów instrumentalizacji. Perturbacje powodowane przez doktrynę klasycznego pozytywizmu znajdowały w tamtym kontekście rozwiązanie poprzez odwołanie się do dorobku pozytywizmu dojrzałego, uwzględniającego argument z formalnie ujmowanych zasad prawa (zasady państwa prawa). W sporze wokół koncepcji państwa prawa między Morawskim i Gromskim/Działochą demarkacja ta ulega załamaniu. Co symptomatyczne, dotyczy to tej drugiej, „pozytywistycznej” strony sporu.

Stanowisko Morawskiego to postulat wyjścia poza pozytywistyczny krąg rozważań o państwie prawa, a więc objęcia również tego obszaru problemowego projektem uczynienia pozytywizmu „martwym”. Miało by się to odbywać poprzez rugowanie praworządności formalnej i zastępowanie jej praworządnością materialną. Diagnoza pozytywistycznego „stanu zdrowia” miałyby się dokonywać poprzez proponowany przez autora test identyfikacji przekonanych rządzących postawami decydentów — sędziów polskiego Trybunału Konstytucyjnego⁹⁰. Wynik doprowadził autora do konkluzji, że „nasz system prawa opiera się na bardzo słabej wersji koncepcji praworządności materialnej, w której w gruncie rzeczy więcej jest elementów pozytywistycznych niż niepozytywistycznych”⁹¹. Diagnozę tę skonstatować możemy na dwa sposoby: albo że „pogłoski o jego [pozytywizmu — A.B.] śmierci były mocno przesadzone” (Mark Twain), albo że próby Morawskiego są (nieudanymi) próbami „pogrzebania pozytywizmu żywcem” (Adam Dyrda)⁹². Nie mniej, a nawet bardziej ciekawa z punktu widzenia moich rozważań jest argumentacja pozytywistów (Działocha i Gromski)⁹³. Symptomatyczny jest już tytuł artykułu wrocławskich autorów — *Niepozytywistyczna koncepcja państwa prawnego a Trybunał Konstytucyjny* — który adekwatnie

90 Zob. L. Morawski, *Spór o pojęcie państwa prawnego*. Test polegał na zweryfikowaniu konstytucyjnej zasady sprawiedliwości społecznej (ówczesny art. 1, obecny art. 2) jako: a) samodzielnego źródła prawa; b) reguły derogacyjnej; c) usprawiedliwienia aktów cywilnego nieposłuszeństwa. Element niepozytywistyczny został zidentyfikowany — nie bez początkowych wahań — w pozytywnej odpowiedzi na drugie pytanie, a więc w akceptacji poglądu, że „konstytucyjność aktów normatywnych może być kwestionowana także z tego powodu, iż naruszają one zasady sprawiedliwości społecznej” (*ibidem*, s. 6).

91 *Ibidem*.

92 A. Dyrda, *Pozytywizm pochowany żywcem?*

93 K. Działocha, W. Gromski, *Niepozytywistyczna koncepcja państwa prawnego a Trybunał Konstytucyjny*, „Państwo i Prawo” 1995, z. 3.

oddaje formułowane w tym tekście tezy. Przywołany artykuł nie jest obroną pozytywistycznej koncepcji państwa prawa przed roszczeniami koncepcji konkurencyjnej, ale próbą wykazania, że w praktyce orzeczniczej Trybunału Konstytucyjnego koncepcja niepozytywistyczna jest wyraźnie obecna. Autorzy wskazują na liczne orzeczenia powołujące się na zasadę równości, ochronę praw nabytych, wykładnię sięgającą do aksjologii Konstytucji, do szczególnej roli zasad konstytucyjnych, w tym zasad „o charakterze pozaprawnym”, do których zaliczają między innymi zasadę sprawiedliwości. Poniekąd wychodząc naprzeciw postulatam Morawskiego, podkreślają, że właśnie w kontekście wykładni Konstytucji przez Trybunał Konstytucyjny odchodzi się od pozytywistycznej koncepcji źródeł prawa i uznaje za źródło prawa także reguły pozatekstowe⁹⁴. Jak piszą wrocławscy prawoznawcy, „dla osiągnięcia celów, którym służyć ma niepozytywistyczna koncepcja źródeł prawa, lepiej posłużyć się koncepcją demokratycznego państwa prawnego realizującego zasady sprawiedliwości społecznej w rozumieniu współczesnej myśli prawnej” i zbudowanym na takim założeniu sprawiedliwym prawie, które „nie ma zasadniczo pełnić roli instrumentalnej względem doraźnych celów politycznych”⁹⁵. Autorzy podkreślają jednak — czyniąc zadość swojej pozytywistycznej afiliacji — że Trybunał Konstytucyjny swoją legitymację do działań prawnych zawsze znajduje w zasadach i normach Konstytucji jako akcie prawa pozytywnego i tylko dlatego zdobył znaczącą pozycję, a nie dzięki odwoływaniu się do „reguł pozatekstowych” (prawo natury, *ius* itp.). Jak konstatują, aktywizm trybunalski z legitymacją w postaci „zasady państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej” w roli głównej miał zatem miejsce „tylko za zezwoleniem prawodawcy i w ramach sformalizowanej procedury, a nie jako samoistna, pierwotna podstawa orzekania”⁹⁶.

Miał rację Morawski, gdy twierdził, że sam przepis konstytucyjny o treści: „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym

⁹⁴ Warto zauważyć, że w nowszej literaturze dotyczącej wykładni konstytucji zwraca się uwagę na integracyjną funkcję takich czynników, jak „zespół wartości i zakorzeniona w nim idea ustrojowa założona jako podstawa sporządzania konstytucyjnego tekstu [...]. Dlatego obiektem interpretacji [konstytucji] jest jej tekst postrzegany zarówno jako zbiór przepisów, jak i jako przejaw założeń ustrojowych (co do pozycji jednostki w państwie, relacji organów władzy publicznej, celów gospodarczych i społecznych), na gruncie których tekst jest sformułowany. Założenia te tworzą otoczenie normatywne tekstu konstytucji i — co powtarzam — także podlegają interpretacji [...]. Ma więc konstytucja swój lakoniczny wymiar lingwistyczny i bogaty, rozległy wymiar pozalingwistyczny” (S. Wronkowska, *O niektórych osobliwościach konstytucji i jej interpretacji*, [w:] *Wykładnia konstytucji. Aktualne problemy i tendencje*, red. M. Smolak, Warszawa 2016, s. 23–24).

⁹⁵ K. Działocha, W. Gromski, *Niepozytywistyczna koncepcja państwa prawnego a Trybunał Konstytucyjny*, s. 13.

⁹⁶ *Ibidem*, s. 15.

ureczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej”, nie przesądza o tym, na jakiej koncepcji praworządności opiera się nasz system prawny. To kwestia przyjętej interpretacji art. 1 (obecnie art. 2), zweryfikowanej przez proponowany przez niego test, któremu poddał uzasadnienia orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego. Morawski nie widzi problemu w tym, że mamy tu do czynienia z prawem pozytywnym i że zasada sprawiedliwości społecznej powołana została w naszym porządku prawnym „za zezwoleniem prawodawcy i w ramach sformalizowanej procedury”, a nie jako samoistna, pierwotna podstawa orzekania. Problem dostrzega dopiero w takiej interpretacji art. 1 Konstytucji, która nie dopuszcza pewnych praktyk społecznych, na przykład cywilnego nieposłuszeństwa, warunkujących, jego zdaniem, pomyślnie zdanie testu na „niepozytywistyczną koncepcję państwa prawnego”. Polemiści, uznając możliwe negatywne wyniki niektórych pytań testu, w odpowiedzi przywołują inne przypadki mające dowodzić, że praktyka Trybunału Konstytucyjnego (jego interpretacja art. 1) jest znacznie bardziej otwarta na niepozytywistyczną koncepcję państwa prawnego aniżeli — skądinąd też nieradykalna — konkluzja Morawskiego, a mianowicie stwierdzenie, że w orzecznictwie trybunalskim „w gruncie rzeczy więcej jest elementów pozytywistycznych niż niepozytywistycznych”⁹⁷.

Jak widzimy, skrajnie, wydawałoby się, różne doktrynalne punkty wyjścia (perspektywa niepozytywistyczna i pozytywistyczna), skonfrontowane z przykładami wziętymi z praktyki orzeczniczej (w tym „testami”, które zawierają projektowane przez autora przypadki wzorcowe), pomimo naturalnego dla sporów teoretycznych zacięcia polemicznego i potrzeby zachowania „rdzenia” swojej teorii/poglądów, mogą prowadzić w konfrontacji z przykładami (społecznym „otoczeniem” teorii/poglądów) do zbieżnych wniosków. Oczywiście teoriom otwartym na modyfikacje przychodzi to znacznie łatwiej. Jak widzimy, tak naprawdę dzielą nas bardziej wsobne, sięgające po kartezjańskie pojęciowe dystynkcje teorie, nurty badawcze czy doktryny aniżeli rzeczywiste dowody. Łączy nas pragmatyzm i test, którego dostarcza praktyka. To, co dla teoretyka jest nierozwiązywalne lub trudne ze względu na założenia teorii, z którą się identyfikuje, dla praktyka jest po prostu kwestią, z którą musi sobie poradzić. Bagaż wiedzy teoretycznej może mu w tym pomóc, jednak już to, w jakiej teorii podstawowej czy w jakim nurcie badawczym znajdzie wiedzę pozwalającą mu rozwiązać jego problem, nie będzie miało znaczenia. Twierdzeń dostarczanych przez teorie praktyk i pragmatycznie zorientowany teoretyk nie muszą absorbować

97 L. Morawski, *Spór o pojęcie państwa prawnego*, s. 6.

w sposób kompletny i spójny. One też — podobnie jak pojęcia-narzędzia u Longchamps⁹⁸ — są tylko środkami do celów, czyli poznawania i językowego (argumentacyjnego) działania.

Między sporem o instrumentalizację prawa i sporem wokół koncepcji państwa prawna różnica jest taka, że ten pierwszy odbywał się bez egzemplifikacji, konkretyzacji czy w ogóle konfrontacji z perspektywą działających podmiotów. Był wyłącznie sporem teoretycznym i częściowo również politycznym. Spór o koncepcję państwa prawa już przez samą obecność orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego miał mocne odniesienia do prawniczej i społecznej rzeczywistości, u samych swoich źródeł był sporem praktycznym. W następnych rozdziałach deficyt ten będę próbował, oczywiście na miarę możliwości teoretyka prawa, zmniejszyć.

2.4. Pragmatyczne otwarcie

Dobrym punktem oparcia dla poszukiwania bardziej adekwatnego podejścia do rozróżnienia pozytywistycznej (formalnej) i niepozytywistycznej (maturalnej) koncepcji państwa prawa, podobnie jak wielu innych takich dystynkcji, może być stanowisko Marzeny Kordeli wyłożone w opracowaniu *Formalna interpretacja klauzuli demokratycznego państwa prawnego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*⁹⁹. Już sam tytułowy zwrot „interpretacja” podkreśla relatywny charakter rozróżnienia. Autorka, ujawniając pozytywistyczny punkt wyjścia, wskazuje na pierwotny charakter interpretacji formalnej, łączy go jednak z istotną dla moich dalszych rozważań orientacją prawa na zagadnienie jego instrumentalnej skuteczności. Stwierdza, iż „definitywna instrumentalność prawa przesądza o zestawie jego cech konstytucyjnych, bez których prawo przestaje być prawem i przyjmuje postać jego pozoru. Przeważająca większość tych właściwości należy do zbioru cech formalnych”¹⁰⁰. Możemy zatem przyjąć *prima facie*, że we fragmencie tym autorka czyni zadość wiodącej tezie Gromskiego, iż autonomiczne wartości stanowią granicę, której przekroczenie dyskwalifikuje akty państwowej instrumentalizacji prawa („prawo przestaje być prawem”). Rozwijając

⁹⁸ Zob. przypis 73.

⁹⁹ M. Kordela, *Formalna interpretacja klauzuli demokratycznego państwa prawnego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Zasada demokratycznego państwa prawnego w Konstytucji RP*, Warszawa 2006.

¹⁰⁰ *Ibidem*, s. 140. Autorka przywołuje w tym miejscu zestaw wymogów stawianych prawu przez L. Fullera (*The Morality of Law*, New Haven-London 1969) oraz J. Raza (*The rule of law and its virtue*, „The Law Quarterly Review” 93, 1977).

swoją myśl, autorka dodaje, że „dopiero prawo posiadające kompletną charakterystykę formalną może efektywnie służyć do realizacji stanów rzeczy ujmowanych materialnie, wyznaczonych przez odpowiednio legitymowane podmioty polityczne, często poprzez sformułowanie stosownych norm prawnych”¹⁰¹. I tutaj, jak się wydaje, stanowisko Kordeli nie koliduje z tezą pracy *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*. Znaczące jest tu jednak słowo „dopiero”. Można je bowiem zinterpretować na dwa ważne dla niniejszej pracy sposoby: po pierwsze, charakterystyka formalna aktu wyprzedza odpowiednią charakterystykę materialną. Innymi słowy, to autonomia prawa (legalność i praworządność formalna) warunkować powinna dokonywanie aktów instrumentalizacji prawa, a dopiero wtórnie, *ex post* (kontrolnie) może być postrzegana jako ewentualna „granica” instrumentalizacji prawa. I po drugie, sytuujemy w ten sposób czynności instrumentalizacji prawa jako działanie podmiotu, wymagające prawnej samokontroli w momencie podejmowania działania, nie zaś — jak to się przyjęło w polskich rozprawach o instrumentalizacji — jako kontrolę zewnętrzną zrealizowanego wytworu i ewentualną dyskwalifikację wytworu instrumentalizacji ze względu na powodowane przezeń degradujące w systemie prawa i kulturze prawnej konsekwencje.

Jest to bardzo ważna dla mnie kwestia, dotycząca mianowicie zmiany punktu widzenia w organizacji tych samych argumentów. Otóż w ten sposób odsuwamy na drugi plan standardowe pytanie o to, czy i jak akty instrumentalizacji mogą szkodzić prawu i kulturze prawnej, i zastępujemy je pytaniem, czy i w jaki sposób dostępne regulacje prawne i normatywne wzorce kultury prawnej mogą odgrywać rolę dyspozytywnego dla działających podmiotów prawa narzędzia służącego realizacji własnych celów i wartości.

Jak rozwija swój wywód Kordela, „ujęcie formalne [zasad prawa — A.B.] często związane jest z tzw. wartościami negatywnymi, zaś materialne — z pozytywnymi”. Tak jednak wcale być nie musi. Zasady mogą bowiem pełnić „funkcję środków niezbędnych do osiągnięcia określonych celów, kwalifikowane są jako formalne, gdyż można przypisać im cechę instrumentalności. Zasady chroniące dobra nieinstrumentalne, samoistne, a więc takie, jakie stanowią jedynie uzasadnienie dla formułowania instrumentalnych, tworzą zbiór materialny”¹⁰². Podział na zasady formalne i materialne nie jest zatem podziałem konkluzywnym

101 M. Kordela, *Formalna interpretacja klauzuli demokratycznego państwa prawnego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, s. 141.

102 *Ibidem*, s. 142.

in abstracto. Jest zróżnicowaniem funkcjonalnym, kontekstowym, lokowanym w perspektywie określonego podmiotu, który może posłużyć się nim zarówno dla ochrony kultury prawnej zagrożonej — w jego opinii — przez działania innych podmiotów, jak i w celu uzasadnienia własnej aktywności zorientowanej instrumentalnie. W pierwszym przypadku zasadę prawa będzie można spozycjonować jako zasadę materialną, w drugim — jako formalną. Jak pisze Kordela:

formalne i materialne, jako istotowo odmienne ujęcia na poziomie pojęciowym, w porządku realnym występują jako aspekty tego samego obiektu: normy, zasady czy wartości. Jedyne proporcje między tymi aspektami decydują o kwalifikacji do jednej lub drugiej kategorii. Nawet bowiem klasyczna materialna zasada ochrony godności człowieka posiada formalny refleks w postaci właśnie bycia zasadą, a więc wysoce sformalizowaną strukturą, jaką jest norma postępowania¹⁰³.

Autorka posługuje się określeniem „perspektywa formalna i materialna” i właściwym dla typologii pojęciem skali oraz wyróżnianiem przypadków wzorcowych (przypadki krańcowe, centrum)¹⁰⁴. Przyjmując punkt widzenia działającego podmiotu, stwierdza:

jeżeli podmioty stosujące prawo sięgają po rozróżnienie „materialne/formalne”, to w przypadku zasad w równej mierze na sączonych obu składnikami wybierają tylko jeden z nich, ten, który traktują jako decydujący dla swojego rozstrzygnięcia. W tej konkretnej, jednorazowej sytuacji zasada staje się jednoznacznie formalna albo materialna. Jednak z punktu widzenia całego systemu prawa jej adekwatny opis musi zawierać oba elementy¹⁰⁵.

Właśnie na tym zasadza się różnica między pragmatycznym, wewnętrznym i sytuacyjnym spojrzeniem na normy prawne a podejściem strukturalistycznym, zewnętrznym i oderwanym od kontekstu sytuacyjnego. W dalszych moich rozważaniach o instrumentalizacji prawa próbował będę pójść tą pierwszą ścieżką.

103 *Ibidem*.

104 „Im dalej od tych krańców, tym więcej elementów z charakterystyki przeciwnej. W centrum znajdują się takie zasady, które skupiają w takiej samej proporcji składniki materialne i formalne” (*ibidem*, s. 141).

105 *Ibidem*, s. 141.

3. Zachowania instrumentalne jako składnik kultury

3.1. Instrumentalny a zasadniczy charakter działań prawnych. Problem demarkacji

Dychotomiczne podziały pojęć konstruowane przez naukę dla potrzeb poznawczych dyktowane są głównie potrzebą systematyzacji złożonej rzeczywistości. W naukach przyrodniczych nie mamy z tym większego kłopotu. W naukach społecznych, od których oczekuje się również oddziaływania na rzeczywistość (optymalizowania praktyki), dychotomie pojęciowe pochodzące z nauki metodologicznie wzorowanej na przyrodoznawstwie popadają w konflikt z przedmiotem badań. Stawiają mu zbyt wygórowane oczekiwania, a przez to dla zachowania wymogu adekwatności formułowanych twierdzeń wymagają adaptacji. Popadamy w ten sposób w paradoks właściwy wszystkim sprofilowanym analitycznie naukom stosowanym, w dysonans między aspirującym do uniwersalizmu światem opisu semantycznego, do którego, ze względu na ogólność formułowanych twierdzeń, bylibyśmy w stanie dopasować każdą rzeczywistość, w tym również społeczną, a przygodnym, chaotycznym, równoległym, niezależnym od nauki światem rzeczywistym. Możliwe wydają się dwa wyjścia z tej sytuacji. Rozwiązanie umiarkowane pozostawia sobie roszczenie do bycia nauką, jednak bardziej inkluzywnie pojmowaną, zachowującą wymóg gałęziowej specyfiki, przy poddaniu się uniwersalnym typologiom lub podziałom tę specyfikę fundującym. Bardziej radykalnym rozwiązaniem byłaby rezygnacja z jakichkolwiek programów integracji naukowej i zastąpienie jej programem integracji kulturowej. Ostatecznie nauka, postrzegana z perspektywy kultury, jest również jej częścią, a praktyka naukowa jednym z segmentów praktyki kulturowej.

Pierwsza ścieżka zakłada obecność pojęciowych podziałów, zarówno tych przychodzących do lokalnej nauki z zewnątrz, z dominującego

wzorca uprawiania naukowości (zewnętrzna integracja), jak i tych mających źródło we wzorcach wypracowanych wewnątrz lokalnej praktyki kulturowej (integracja wewnętrzna). Rozwiązanie określone wyżej jako radykalne nie potrzebuje wzorców i takich czy innych wektorów integracji. Wzorce te wykształcają się po prostu w praktyce badawczej/kulturowej, co *ex post* nie odbiera opisowo-rekonstrukcyjnie zorientowanej refleksji metateoretycznej tytułu do formułowania sądów pojęciowo porządkujących tę praktykę, jednak już bez aspiracji do oddziaływania na praktykę. Prześledźmy w ramach niniejszej części rozdziału — w interesującym nas kontekście problemowym instrumentalizacji prawa — pierwszy wariant, nazwany „umiarkowanym” kierunkiem rozważań.

Podstawowym rozróżnieniem, na którym wspierają się prawnicze rozważania o instrumentalizacji prawa, jest podział na zachowania oparte na celach (wartościach) zasadniczych oraz zachowania utylitarne, mające charakter środków i sposobów służących opanowywaniu środowiska zewnętrznego (natury). Pierwsze lokowane są w porządku kulturowym (wartości ogólnokulturowe, wartości kultury lokalnej, w tym kultury prawnej). To te zwykło się nazywać prawnymi wartościami autonomicznymi albo, stosując pewien skrót myślowy, autonomią prawa. Nie mają one służyć korzyściom podejmującego działanie podmiotu czy też zbiorowości, której ten jest uczestnikiem. Ich sensem ma być samo uczestnictwo w pewnej relacji osobowej lub w grupie ugruntowanej na takich relacjach. Konfrontacyjnie ujmowane wobec zachowań/celów zasadniczych zachowania techniczne oceniane są przez pryzmat korzyści podmiotu i uruchamiane przez działania podejmowane z zamiarem ich osiągnięcia lub też spełniające podobną funkcję w wymiarze zbiorowym, a więc niosące za sobą ogólniejszą, zbiorową korzyść. Te ostatnie mają być niezależne od porządku, który fundują wartości zasadnicze. Dotyczą bowiem ontologicznie innej dziedziny — porządku naturalnego — i służą homeostazie człowieka z jego otoczeniem przyrodniczym¹⁰⁶. Pierwszymi rządzi idea trwałości, odporności na postęp, a jeżeli już dostrzega się tam zmiany, to są to zmiany powolne, obserwowalne w długiej perspektywie (na przykład zmiany zachodzące w języku). Drugimi rządzi idea postępu, permanentnego doskonalenia technicznych środków pod kątem skuteczności osiągania zamierzonych celów (zwykle bardzo podobnych, sprowadzających się do zadowolenia z życia jednostek, co przekładać się ma na satysfakcję zbiorową). To one wspomagane są przez osiągnięcia nauk pozytywnych

106 A. Kłoskowska, *Kultura masowa. Krytyka i obrona*, Warszawa 1980, s. 65 n.

(empirycznych). Pierwsze wartości zaliczamy do dziedziny kultury, drugie sytuujemy w obszarze cywilizacji.

Jeżeli takie wyodrębnione obszary oraz występujące w nich odmiennie ukierunkowane zachowania zechcemy potraktować jako przedmiot regulacji prawnej, to pojęcie instrumentalizacji w języku prawniczym może przybrać postać zarzutu kierowanego wobec normodawcy, że nie rozróżnia on specyfiki wyróżnionych obszarów regulacji, wiążąc na przykład zachowania należące do dziedziny porządku kulturowego (zachowania kształtowane przez wartości zasadnicze) z argumentacją opartą na realizacyjnych działaniach technologicznych, a przynajmniej że przesuwają na równoległy, a być może nawet drugi plan stabilny porządek wartości zasadniczych. To, co miało być tylko medium działania, staje się, ze względu na swoją atrakcyjność, samodzielnym celem działania. Instrumentalizację prawa zaczynamy wtedy łączyć z porządkiem technologicznym, charakteryzowanym poprzez takie jego cechy, jak sprawczość i mierzalność kryteriów sukcesu. System, który spełniać miałby oba te rodzaje oczekiwań, zapewne zostałby uznany przez socjologa za dysfunkcyjny. W taki właśnie sposób zdaje się rozumować środowisko prawnicze, podnosząc wobec prawa (aktów prawodawcy) zarzut instrumentalizacji. Jeśli krytykujemy na przykład praktyki stosowane przez prawodawcę przed 1989 rokiem, to dlatego że znajdujemy w nich dowody na to, że dziedzinę wartości uznawanych za podstawowe (na przykład prawa i wolności obywatelskie) uważano wtedy za wtórne wobec takich wartości-celów jak zbiorowy rozwój cywilizacyjny. Minimalnym założeniem leżącym u podstaw akceptowanej instrumentalizacji prawa może być w takiej sytuacji przekonanie o potrzebie demarkacji określonych dziedzin regulacji prawnej i poddania ich w ślad za tym zróżnicowanym działaniom, które będą oparte na uzasadnieniach sięgających do odmiennych racjonalizacji. I tak obszary stosunków gospodarczych czy prawno-podatkowych, przez to, że należą do domeny postaw interesownych, będziemy uznawać za dziedziny działań opartych na racjonalizacji technologicznej, gdy na przykład prawo karne, prywatne prawo zobowiązań czy sfera praw i wolności obywatelskich, z ich sprawiedliwymi roszczeniami, odpowiednio byłyby uznawane za obszary właściwe dla uzasadnień decyzji korzystających z argumentacji zasadniczej.

Znajdowanie takich dziedzin wiązałoby się z restytucją znanej i dziś — już, jak się wydaje, nieco anachronicznej — dyskusji o gałęziowych podziałach systemu prawa, z poszukiwaniem wewnętrznych granic prawa opartych na kryteriach przedmiotowych, podmiotowych czy

tak zwanych metodach regulacji¹⁰⁷. Wyodrębnianie takich dziedzin, sensowne z punktu widzenia organizacji życia naukowego i potrzeb dydaktyki, trudne byłoby współcześnie do utrzymania z perspektywy badań naukowych¹⁰⁸. Fenomenem w badaniach nad instrumentalizacją prawa jest fakt, że tego, co łatwo przychodzi nam akceptować w praktyce prawniczej, nie akceptujemy albo w ogóle nie dostrzegamy w swoich prawniczych teoriach. Tak jak w dogmatyce prawa przywykliśmy do poszukiwania kryteriów wydzielenia poszczególnych dyscyplin nauk prawnych, tak w teorii prawa nie zażegnaliśmy sporu o wewnętrzne i zewnętrzne granice systemu prawa. Nie odwiódł nas od tego nawet wielce pouczający spór Dworkina z Hartem. Poszukiwanie granic instrumentalizacji prawa jest tylko szczególnym przypadkiem takiego podejścia. Porzucenie dystynkcji pojęciowych, a w szczególności opozycji przedmiot–podmiot, i przejście do perspektywy zorientowanej na działanie podmiotu oraz towarzyszący mu w tych działaniach kontekst sytuacyjny jest tym właśnie, co wyżej nazwałem „bardziej radykalnym rozwiązaniem”, zastępującym program integracji naukowej programem integracji kulturowej.

Kierunek argumentacji, który tu sobie wyznaczam, jest o tyle trudny, że całe filozoficzno-społeczne tło rozważań nad instrumentalizacją prawa zorganizowane jest wokół dychotomicznych podziałów. Przywołane wyżej rozróżnienie na cywilizację i kulturę znajduje dla siebie liczne bliższe lub dalsze paralele w wielu koncepcjach, które znaleźć można w niezależnie od siebie realizowanych obszarach badawczych. Wymieńmy tylko niektóre z nich: w socjologii (racjonalność technologiczna i racjonalność komunikacyjna J. Habermasa¹⁰⁹, porządek mono- i policentryczny u S. Ossowskiego¹¹⁰), w ekonomicznie zorientowanej teorii prawa (porządek sterowany i spontaniczny u F.A. Hayeka¹¹¹), w biologii (systemy allopojetyczne i autopojetyczne H. Maturany¹¹²) czy w fizjologii (homeostaza W. Cannona¹¹³). Warto też przypomnieć obecne

107 Byłaby to tak zwana granica „pomiędzy”, pojmowana jako rozgraniczenie regulacji funkcjonalnie odmiennie ukierunkowanych. Zob. W. Gromski, *Zagadnienie granic instrumentalizacji prawa*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Instrumentalizacja prawa*, red. A. Kozak, Wrocław 2000, s. 75.

108 Zob. A. Bator, *Użycie normy prawnej w regulacji stosunków gospodarczych*, Wrocław 2000 (rozdział pierwszy).

109 J. Habermas, *Teoria działania komunikacyjnego*, t. 1. *Racjonalność działania a racjonalność społeczna*, Warszawa 1999.

110 S. Ossowski, *Dziela*, t. 4. *O osobliwościach nauk społecznych*, Warszawa 1967, s. 175.

111 F.A. Hayek, *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and History of Ideas*, London 1982, s. 140 n.

112 H. Maturana, *Erkennen: Die Organization und Verkörperung von Wirklichkeit*, Braunschweig-Wiesbaden 1982, s. 141.

113 Przywołuję za: A. Kłosowska, *Kultura masowa*, s. 85.

w polskim prawoznawstwie rozróżnienie na homeostatyczne (stabilizujące) i instrumentalne (dynamizujące) cele prawa Jerzego Wróblewskiego¹¹⁴. Niemal każda z tych opozycji pojęciowych była wykorzystana przez teorię prawa do konstruowania twierdzeń o prawie, w tym także jako argument w krytycznej konfrontacji z instrumentalizacją prawa (głównie Morawski). I choć większość autorów przywołanych wyżej podziałów zwracała uwagę na modelowy lub typologiczny charakter swoich propozycji i ich sens poznawczy (pojęciowe porządkowanie złożonej rzeczywistości i, ewentualnie, założenie teorii wyjaśniających zachowania człowieka), to w wielu rozważaniach z zakresu filozofii polityki sięgano do nich w jawnie już perswazyjnych, ideologicznych zamiarach. Pojęcia te zestawione w konfrontacyjne pary służyły ocenie określonego typu działań, praktyk czy instytucji ze względu na aprobowane lub nieaprobowane wartości polityczne. Główną osią sporu był stosunek do liberalnej doktryny politycznej. Każde z pojęć w proponowanych zestawach służyło również jako pojęciowe narzędzie wyrażania globalnej postawy wobec instrumentalizacji prawa: krytyki racjonalności technologicznej wpisanej w porządek monocentryczny oraz poszukiwania wsparcia dla racjonalności komunikacyjnej i policentryczności w imię społecznej stabilizacji i autonomii prawa.

Przeniesienie w badaniach nad instrumentalizacją prawa punktu ciężkości ze struktury pojęciowej, w której normatywnych ramach podejmowane jest działanie podmiotu, na samo działanie i kulturowy (prawny, ekonomiczny, polityczny) kontekst działania odwraca „logikę” argumentacyjną: nie pytamy o to, czy podjęte przez określony podmiot działanie mieści się lub nie mieści w tak czy inaczej zarysowanych dla aktów instrumentalizacji prawa granicach, lecz o to, jakie możliwości, ale też jakie ograniczenia i wyzwania stwarzają podmiotowi podejmującemu decyzję sytuacyjne uwarunkowania. W naszym podejściu przesuwamy na drugi plan rozważania nad ujmowaną *in abstracto* instrumentalizacją prawa, której hipotetyczne rezultaty oceniamy przez pryzmat akceptowanej przez autora dociekań filozofii politycznej, i w planie pierwszym ujmować będziemy samego aktora działania i wartości (transformowane w cele działania), które stanowią rację podejmowanego działania.

114 J. Wróblewski, *Prawo i homeostaza społeczna*. Co jest szczególnie dla nas ważne, Wróblewski nie ujmował tych celów konfrontacyjnie. „Teżą niniejszego artykułu jest stwierdzenie, że realizacja dowolnego celu instrumentalnego w przeciętnej sytuacji wymaga realizacji celu homeostatycznego: po to, by zmieniać społeczeństwo, musi ono istnieć, co oznacza, że utrzymać trzeba jakiś porządek *status quo* po to, aby go zmienić. Jest to konieczne, by nowy porządek był traktowany jako transformacja starego. W innym przypadku nie ma transformacji, która oznacza jakąś dialektyczną relację ciągłości i zmiany” (*Ibidem*, s. 33).

3.2. Działania człowieka w relacji cywilizacja–kultura

Intensywność debat prowadzonych wokół pojęcia kultury daje się porównywać z prawniczymi dyskusjami nad rozumieniem prawa, a rozległość proponowanych określeń kultury może nawet prawników wprawić w kompleks¹¹⁵. Nie powinno to dziwić, jako że pojęcia kultury i prawa nie tylko stają się punktem wyjścia w formułowaniu szczegółowych rozważań w każdej z tych dyscyplin, lecz także uwikłane są w określone praktyki, konteksty oraz towarzyszące im filozofie, a więc w (ogólną lub prawniczą) kulturę *hic et nunc*. Nieprzypadkowo to właśnie kulturoznawcy i prawoznawcy mają tyle podobnych, choć zazwyczaj podejmowanych z osobna, kłopotów, gdy chodzi o status swoich dyscyplin, a także podobnie rozbieżne, zazwyczaj dwubiegunowe wzorce, wedle których te odwieczne tęsknoty za spójnością przyjmowanego paradygmatu badawczego próbują realizować. Te podobne doświadczenia powinny skłaniać do większego wzajemnego zainteresowania, inspirowania się pomysłami proponowanymi na własnych obszarach badawczych. Niżej odwołam się do pewnego — dzisiaj już uchodzącego za klasyczny — sporu z obszaru teorii kultury, w którym pojawiła się również kwestia instrumentalizacji zachowania. Chodzi mianowicie o wspomniane już wcześniej rozróżnienie na cywilizację i kulturę. To w ramach tej relacji próbowano wyartykułować interesujące nas dwa wymiary działań oraz wytworów człowieka: zasadniczy i instrumentalny.

Rozważania te dają się uporządkować w dwa kanony. Pierwszy jest reprezentatywny dla dziewiętnastowiecznej nauki niemieckiej poszukującej zasady, która miałaby posłużyć za podstawę do wyodrębnienia naukowej refleksji w rozległych i wewnętrznie zróżnicowanych obszarach składających się na ówczesną humanistykę. Inspiracji dla tego nurtu dopatrywać można się w Hegłowskim pojęciu ducha absolutnego — która to kategoria wyznaczyła następnie pewną linię rozwojową w pojmowaniu kultury, dla której podstawowymi etapami były Wilhelma Diltheya koncepcja humanistyki jako nauki o duchu (*Geisteswissenschaften*), konstrukcja „nauki o kulturze” jako wartości Heinricha Rickerta czy wreszcie spekulatywne teorie kultury Maxa Schelera i Alfreda Webera. Przewodnią myślą tej linii rozwojowej jest mocne przeciwstawianie kultury naturze, polegające na akcentowaniu zasadniczych, nieprzezwyčajalnych odrębności pomiędzy kulturą,

¹¹⁵ A.L. Kroeber i C. Kluckhohn dokonali krytycznego przeglądu pojęć i definicji kultury i sporządzili listę 164 pozycji. Zob. A.L. Kroeber, C. Kluckhohn, *Culture: Critical review of concepts and definitions*, „Papers of the Peabody Museum of American Archeology and Ethnology, Harvard University” 47, 1952, nr 1.

pojmowaną jako wyraz trwałych, uniwersalnych wartości, i cywilizacją — łączoną z ekspansywnymi w tamtym czasie przemianami społecznymi powodowanymi przez postęp technologiczny wsparty na dorobku nauk pozytywnych (przypomnijmy, że August Comte zaliczał do nich między innymi biologię, fizykę, chemię i oczywiście socjologię). To w takim otoczeniu naukowym i społecznym pojawił się problem badań humanistycznych, których przedstawiciele, postrzegając atrakcyjność dominującej wtedy idei nowoczesnej nauki i jej ekspansji na różne, w tym nowe obszary wiedzy, mieli jednak świadomość, że empiryczny paradygmat nowego sposobu uprawiania nauki nie jest im dany, a uznawane wtedy za wzorcowe nauki realizujące badania nad porządkiem natury, jeśli w ogóle mają być przydatne dla humanistyki, to raczej jako kontrapunkt niż punkt oparcia.

Pozycjonowanie humanistyki wiązało się jednak nie tylko z potrzebą wykazania jej odrębności wobec nauk empirycznych, lecz także z potrzebą ugruntowania badań nad kulturą, wykazania trwałości formułowanych twierdzeń, porównywalnej z obiektywizmem praw (prawidłowości) wyprowadzanych z faktów opisywanych przez nauki pozytywne. Poszukiwanie trwałych podstaw dla badań kulturowych prowadzi nas w stronę drugiego nurtu, zaznaczającego silnie swoją obecność w tradycji anglosaskiej, nieodcinającej się już tak stanowczo od nauk empirycznych. Jeśli stabilności tych ostatnich dostarczała sama nauka — jej obserwacje i wyprowadzone z nich indukcyjnie prawa — to badania kulturoznawcze swoją trwałość osiągnąć miały dzięki właściwości samego przedmiotu, stabilności kultury: powtarzalności obserwowanych praktyk człowieka, za którymi badacz usiłuje odnaleźć ułożone w system reguły — *Patterns of Culture*, jak ujęła to w tytule swojej książki Ruth Benedict¹¹⁶. Idąc tym śladem, reguły kulturowego działania stają się regułami wyjaśniania (rozumienia) kulturowego zachowania, a przynajmniej mogą do tego posłużyć. Tak oto ontologiczny naturalizm nauk pozytywnych przyobleka się w postać naturalizmu metodologicznego w badaniach nad kulturą¹¹⁷. Pierwszym zadaniem nauki o kulturze jest identyfikacja uniwersalnej struktury, którą wyprowadzić można wyłącznie na podstawie znajomości „różnorodnych form kulturowych”

116 Zob. R. Benedict, *Wzory kultury*, przeł. J. Prokopiuk), Kraków 2022. Kultura ujmowana jest jako syntetyczna i zintegrowana konfiguracja wzorów myślenia, zorganizowana wokół wzoru głównego, i nie powinna być sprowadzana do pojedynczych wzorów oderwanych od całości. „Antropolog interesuje się zachowaniem ludzkim, ale nie takim, jakie ukształtowała nasza tradycja, lecz ukształtowanym przez wszelką tradycję” (*ibidem*, s. 13).

117 „Żadna z cech społecznej organizacji plemiennej, języka czy religii nie jest zawarta w komórkach rozrodczych człowieka” (*ibidem*, s. 25). „Tym, co rzeczywiście wiąże ludzi ze sobą jest typ ich kultury — wspólne idee i sposób życia” (*ibidem*, s. 29).

nieodzownych w myśleniu społecznym. Badania empiryczne (terenowe) stanowią zatem punkt wyjścia, „bowiem tylko wtedy jesteśmy w stanie rozróżnić te sposoby przystosowania właściwe człowiekowi, które są uwarunkowane kulturowo i wspólne, i nieodzowne — o ile możemy tak twierdzić — dla całej ludzkości”¹¹⁸. Wzory kształtujące zachowania kulturowe są na tyle silne, że autorka uznaje je za uwarunkowane kulturowo odruchy warunkowe, podkreślając, że stanowią one „większą część naszego zasobu automatycznych sposobów zachowania”¹¹⁹. Tak daleko posunięty strukturalizm (Benedict koncepcyjnie przejęła go od swojego mistrza, Franza Boasa, który *notabene* napisał wstęp do *Wzorów kultury*) odcina nas od ważnej z interesującego nas punktu widzenia problematyki zachowania jako działania oraz postaw przyjmowanych przez działający podmiot, a także kontekstu działania oraz roli, jaką odgrywają wartości (cele), które aktywnością podmiotu kierują. Tak mocna, prowadząca do automatyzmu, determinanta działania opartego na wzorach kulturowych czyni te działania wyłącznie tak zwanymi zachowaniami realizacyjnymi (w sensie przyjętym przez Kłoskowską, o czym niżej), a tym samym usuwa je poza dziedzinę rozważań o instrumentalizacji.

Wiodącym nurtem badań w anglosaskiej antropologii kulturowej był w porównywalnym okresie funkcjonalizm. On również zasadniczo kierował się potrzebą całościowego ujmowania kultury — jako wytworzonego przez człowieka aparatu, umożliwiającego mu jako osobie gatunkowej przystosowanie się do warunków, w których żyje. Kultura w badaniach tego nurtu jest zespołem takich urządzeń (zachowań, wytworzonych przedmiotów materialnych, ale też norm, wierzeń, środków porozumiewania się), których funkcją jest zaspokajanie ludzkich potrzeb, zarówno tych prostych, egzystencjalnych, jak i bardziej złożonych. Oba te typy potrzeb nie są sobie przeciwstawiane, przy czym zwykle wskazuje się, że potrzeby pierwszego typu odgrywają donioślejszą rolę. Przykładem na takie podejście może być teoria kultury Bronisława Malinowskiego, dla którego budowanie jakichkolwiek twierdzeń teoretycznych w obszarze kultury musi każdorazowo za punkt wyjścia brać organiczne potrzeby człowieka¹²⁰. Pomimo dostrzeganego zróżnicowania ludzkich potrzeb (Malinowski wyróżniał potrzeby pierwotne, imperatywne oraz wtórne, w tym integracyjne) żadna instytucja społeczna nie może być wiązana tylko z jedną z nich, a rozwój kultury

118 *Ibidem*, s. 30.

119 *Ibidem*, s. 30.

120 B. Malinowski, *Scientific Theory of Culture*, London 1944; B. Malinowski, *Naukowa teoria kultury*, przeł. H. Buczyńska-Garewicz, [w:] B. Malinowski, *Szkice z teorii kultury*, Warszawa 1958, s. 56.

od swoich początków przebiegać miał zawsze na drodze integracji trzech linii naczelnych: indywidualnej zdolności człowieka do zaspokajania swoich potrzeb za pomocą instrumentalnego działania, instrumentalnie wtórnej działalności kulturalnej opartej na społecznych powiązaniach oraz sfery symbolicznej¹²¹.

Charakterystyczne dla tego podejścia jest przede wszystkim to, że również „królestwo symboliki” jest poddane analizom funkcjonalnym, że — choć pozornie stwarza wrażenie autonomii — to jednak zawsze symbolika ta czemuś służy, umożliwiając strategiczne przypisanie którejś ze wzajemnie ze sobą zintegrowanych potrzeb. Tak jak każdej czynności prostej można nadać sens symbolu (na przykład ścięciu lub zasadzeniu drzewa), tak też każdemu zachowaniu symbolicznemu — a przynajmniej wielu spośród nich — można nadawać interpretację odwołującą się do potrzeb, które te zachowania mają w rzeczywistości lub pozornie zaspokajać (widać to szczególnie w symbolice rytuałów i czynności magicznych, pełniących w społeczeństwach słabiej rozwiniętych tę samą funkcję, którą obecnie spełniają wynalazki techniczne). Symbole przez długi czas spełniały w życiu społecznym funkcję użytkową o charakterze — jak dziś już możemy to ocenić — zastępczym. Współcześnie funkcja ta wyparta została przez naukę i technikę. Istnieją nawet hipotezy tłumaczące magicznymi, pseudoinstrumentalnymi funkcjami również początki sztuki¹²². Społecznie utrwalone symbole i konwencje zwykle nie są zatem sprawą przypadku, zawsze mają swoje źródło, czemuś służą lub czemuś pierwotnie miały służyć, choć obecnie tę ich użytkową funkcję nie zawsze potrafimy dostrzec.

Podejście funkcjonalne jest ważnym krokiem w rozwoju w badań z zakresu antropologii kulturowej. Nie rezygnując z budowania całościowego oglądu rzeczywistości, ucieka jednak od poszukiwania fundamentalnych podstaw kultury, uniwersalnych dla niej wzorów, jak to czynił strukturalizm. Funkcjonalizm przyjmuje perspektywę diachroniczną, ukazującą kulturę jako ewolucyjny proces przystosowywania się człowieka do zewnętrznych warunków jego bytowania, dyktowanych pierwotnie potrzebą zaspokajania organicznych potrzeb, jednak — z czasem coraz bardziej — otwartych na potrzeby integracyjne, należące już do symbolicznego świata życia człowieka. Oba te typy potrzeb nie są ujmowane konfrontacyjnie. Podstawowym pojęciem staje się tu pojęcie relacji ujmowane jako związek: potrzeb, instytucji społecznych, a przede

¹²¹ *Ibidem*, s. 56 n.

¹²² Zob. A.L. Kroeber, *Values as a subject of natural science inquiry*, [w:] A.L. Kroeber, *The Nature of Culture*, Chicago 1952; A.L. Kroeber, *Istota kultury*, przeł. P. Sztompka, Warszawa 1973, s. 136.

wszystkim użytkowego (technicznego) i symbolicznego (zasadniczego) wymiaru kultury. Cywilizacja i kultura nie stoją już po różnych stronach. To dwie strony funkcjonalnie powiązanego ze sobą procesu — procesu społecznego integrowania się.

3.3. Zachowania symboliczne a zachowania instrumentalne. Argument z integralności kultury

Antonina Kłoskowska w części pierwszej (*Rozumienie kultury*) monografii *Kultura masowa*¹²³ rozpoczyna wywód od zreferowania historycznych koncepcji kultury. Nie konstruuje jednak własnej. Zadowolą się charakterystyką samych czynności kulturowych. Strategia argumentacyjna autorki polega na tym, że w punkcie wyjścia konstruuje ujęte w opozycyjne pary pojęcia, które mają wskazywać na zróżnicowanie działań kulturowych, po to, aby następnie, dzięki kombinacjom utworzonym z wyjściowych par, wskazywać na bardziej złożone relacje — relacje współzależności między wcześniej wyróżnionymi cechami/funkcjami działań.

Po propozycję tę sięgam, ponieważ dobrze koresponduje z przyjętą przeze mnie perspektywą badań nad instrumentalizacją jako działaniem prawnym. Korespondencja ta ma inną jeszcze konsekwencję. Jakkolwiek autorka deklaruje, że nie przypisuje „zasadniczej wagi” do podziału na kulturę zachowań i kulturę wytworów, to jednak stwierdza, że „za najważniejszą należy uznać taką klasyfikację zjawisk kultury, która przyjmuje za podstawę klasyfikację samych zachowań”¹²⁴. Jak pisze dalej, „pozwole to uniknąć metafizycznych skojarzeń i hipostazowania *dziedzin* i *systemów* kultury, tak częstych w teoriach filozofujących socjologów typu A. Webera lub M. Schelera”¹²⁵. Teorii prawa, a również dogmatyce i praktyce prawniczej, hipostazowanie przychodzi dość łatwo. O ile są praktyczne powody, aby akceptować hipostazy (rozliczne fikcje) w dogmatyce i praktyce orzeczniczej, o tyle istnieją poważne przesłanki, aby zachowywać dystans wobec hipostaz w teorii prawa, a takich mamy dość sporo („głęboka struktura prawoznawstwa”, „prawne światy postulowane”, „język opisu semantycznego” itp.). Z hipostazami takimi mamy również do czynienia w teoriach instrumentalizacji prawa, przykładem może być nagminne wpisywanie w „naturę” tych teorii związku instrumentalizacji z polityką, co prowadzi do przenoszenia negatywnych ocen

123 A. Kłoskowska, *Kultura masowa*, Warszawa 1980.

124 *Ibidem*, s. 78.

125 *Ibidem*.

bieżących praktyk politycznych na grunt koncepcji instrumentalizacji. Dyscyplina pojęciowa zaproponowana przez Łódzką socjolożkę kultury pozwala obejść tego rodzaju ryzyka.

Punktem wyjścia stanowiska Kłoskowskiej jest również konfrontacyjne ujęcie związków między cywilizacją i kulturą. Autorka przywołuje pogląd Antona Webera, że kultura ma być niezależna od życiowych wyzwań i naturalnych potrzeb człowieka. Według Webera do emancypacji kultury dochodzi „dopiero wtedy, kiedy życie wyzwoliwszy się z konieczności i potrzeb, przetworzy się w strukturę stojącą ponad nimi, dopiero wówczas powstaje kultura”¹²⁶. Kultura zaczyna się tam, gdzie ustają biologiczne konieczności, „gdzie zaczyna się kształtowanie naszego życia przez wyznaczanie mu celów, które w sensie biologicznym stoją ponad lub poza wszelką celowością, których nie da się wyprowadzić z potrzeby dalszej egzystencji”¹²⁷. Kultura zakłada gotowość działania całkowicie bezinteresownego z punktu widzenia fizycznej egzystencji człowieka, wymaga poświęcenia tych interesów w imię zadań uznanych za wyższy, istotniejszy sens ludzkiego życia. Według Webera w odniesieniu do kultury nie można mówić o postępie — w przeciwieństwie do cywilizacji, gdzie jego miarą jest stopień zaspokajania potrzeb i ekspansja bytu kierującego się technicznym rozumem¹²⁸. Cywilizacja to porządek oparty na utylitarnych działaniach, w których postęp ma charakter kumulatywny i mierzony jest kryteriami sprawności funkcjonalnej, natomiast kultura to system wartości (wierzeń, ideologii, stylów ekspansji życia grupowego) pozbawionych praktycznej użyteczności, a uprawianych i rozwijanych bezinteresownie. „Istota tak pojętej kultury polega na metafizycznym czuciu, a nie technicznym rozumie, który stanowi cechę cywilizacji. Kultura zawsze i wszędzie zmierza do odwiecznych wartości, do wzniosłości, piękna i dobra”¹²⁹. Kłoskowska krytycznie odnosi się do metafizycznego języka teorii Webera, który jej zdaniem utrudnia analizę w terminach opartych na empirycznych podstawach. Mimo to uważa, że warto po teorię tę sięgać „ze względu na jej reprezentatywność dla pewnego nurtu teorii kultury, który wywarł wpływ także na późniejsze socjologiczne i antropologiczne ujęcia”¹³⁰. Odsuwa jednak na bok ewokowane przez tę teorię skojarzenia i hipostazy i przechodzi do konstruktywnej, analitycznej części swoich rozważań.

126 A. Weber, *Ideen zur Staats- und Kultursoziologie*, Karlsruhe 1927, s. 39, cyt. za: A. Kłoskowska, *Kultura masowa*, s. 62–63.

127 A. Weber, *Ideen zur Staats- und Kultursoziologie*, s. 39.

128 A. Kłoskowska, *Kultura masowa*, s. 64.

129 *Ibidem*, s. 63–64.

130 *Ibidem*, s. 64.

Kłoskowska proponuje, by zachowania (czynności) człowieka — biorąc pod uwagę wypełniane przez nie funkcje — podzielić na: (a) realizacyjne i (b) instrumentalne, a także, przyjąwszy za podstawę charakter dokonywanych działań, na: (c) bezpośrednie i (d) symboliczne. Specyfikacja ta nie jest podziałem czy nawet typologią przedmiotów, lecz wyodrębnieniem atrybutywnym, wskazaniem na określone cechy, uwidaczniające się często w tych samych przedmiotach (czynnościach)¹³¹. Podstawą pierwszego rozróżnienia jest motywacja (racjonalizacja) zachowania, a więc to, czy jest ono wedle dokonującego go podmiotu nastawione na „ostateczną konsumpcję” (na przykład zrywam jabłko, żeby je zjeść — funkcja realizacyjna zachowania), czy też jest zorientowane strategicznie na dalej idący skutek (zrywam jabłko, żeby je sprzedać i za uzyskane w ten sposób środki zaspokoić głód w sposób bardziej kaloryczny — funkcja instrumentalna czynności)¹³². Zachowania realizacyjne mogą być czynnościami prostymi, biologicznymi, zorientowanymi na potrzeby homeostatyczne człowieka (jak w przykładzie wyżej). Nazwiemy je wtedy czynnościami realizacyjno-bezpośrednimi (*a* i *c*). Może jednak być i tak, że zachowanie realizacyjne będzie nastawione na „ostateczną konsumpcję” w sferze symbolicznej (*a* i *d*). Czymś takim będzie na przykład czytanie wiersza, które „niczemu” strategicznie nie służy, czy prowadzenie badań z zakresu teorii prawa, z których — jak czasami się słyszy — nie ma żadnego praktycznego pożytku. Granica między zachowaniami (przedmiotami) bezpośrednimi i symbolicznymi jest — tak przynajmniej wyjściowo przyjmuje autorka — wyraźnie uchwytna, a ich funkcje są od siebie wzajemnie niezależne. „Artystyczny kształt peruwiańskiej ceramiki użytkowej nie ma żadnego znaczenia dla bezpośrednich funkcji pełnionych przez wazę służącą do picia wody, a hafty na stroju góralskim nie odgrywają roli z punktu widzenia homeostatycznej funkcji odzieży”¹³³. I choć są to zasadniczo różne rezultaty, to jednak uwidaczniają się na tym samym przedmiocie (waza, strój), a o wytwórcy tych przedmiotów sensownie można powiedzieć, że jest zarówno technologicznie sprawnym producentem ceramiki czy odzieży, jak i (jeśli przypadła nam do gustu peruwiańska sztuka użytkowa czy podhalańska estetyka) artystycznie oryginalnym, wartościowym twórcą. Jednak, dodajmy, pojęciowa niezależność funkcji (różne typy potrzeb)

131 Jak zauważa, „klasyfikacja gwałcąca takie związki dziedzin kultury, mimo formalnej poprawności, byłaby nieoperatywną, praktycznie nieużyteczną” (*ibidem*, s. 90).

132 Wyodrębnienie realizacyjnej i instrumentalnej funkcji zachowania koresponduje ze zróżnicowaniem na tak zwane pośrednie i bezpośrednie cele (funkcje) norm. Zob. np. J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, Warszawa 1959, s. 356.

133 A. Kłoskowska, *Kultura masowa*, s. 90–91.

nie musi prowadzić — jeśli funkcje te sprowadzimy do poziomu celu i kontekstu działania określonego podmiotu — do niezależności relacji między tym, co bezpośrednie, a tym, co symboliczne: ta sama waza, zakupiona ze względu na walory artystyczne i ustawiona w domowej gablocie, w szczególnej sytuacji może zostać napełniona sałatką i znaleźć się na stole. Podział na sztukę wysoką i użytkową jest względny. Sytuacyjnie, a więc w określonym tylko kontekście, to właściciel przedmiotu może zdecydować o jego przeznaczeniu.

Kultura symboliczna może być zatem kulturą bezpośrednio konsumpcji zazwyczaj wartościowaną jako tak zwana kultura wysoka (koncert symfoniczny, wystawa malarstwa), o której powiemy, że jest „nieinstrumentalna”, autonomiczna ze swej natury — ale też artystycznie podobne doznania ze sfery symbolicznej towarzyszyć mogą człowiekowi przy okazji działań podejmowanych jako czynności racjonalizowane technologicznie. Współczesnych biznesmenów nie trzeba przecież przekonywać, jakie znaczenie dla wyników przedsiębiorstwa ma przygotowane przez renomowanego artystę logo firmy czy efektowna, oparta na dobrych standardach wzornictwa artystycznego architektura miejsca pracy (wymiar symboliczny). Jednak na prestiż firmy wpłynąć mogą również informacje o technologicznie wysokich standardach bezpieczeństwa pracy (wymiar bezpośredni, homeostaza biologiczna) oraz o sprzyjających dobrej komunikacji relacjach społecznych (wymiar symboliczny, homeostaza społeczna¹³⁴). Granica między zachowaniami (przedmiotami) symbolicznymi i bezpośrednimi staje się już tylko pojęciowo „uchwytna”, a ich funkcje mogą się wzajemnie wspierać i tracić przez to walor niezależności. Spaja je cel/wartość — w przywołanym wyżej przykładzie budowanie prestiżu firmy. Wyjściowa opozycja cywilizacji (postęp techniczny, nowe modele zarządzania i organizacji pracy) i kultury (komunikacyjne relacje społeczne) w pragmatyce działania podmiotu staje się trudne do utrzymania. Ze stanowiskiem takim we wnioskach ze swoich rozważań zdaje się zgadzać również Kłoskowska, gdy postuluje, aby, przypomnijmy, dziedziny kultury nie traktować jako przestrzennie rozgraniczone sfery, lecz „zjawiska pogrupowane według wybranych aspektów”¹³⁵.

Z prawniczego punktu widzenia szczególnie warte podkreślenia jest to, że zachowania instrumentalne pojęciową opozycję dla siebie

134 Przypomnijmy, że Wróblewski na wszystkich trzech wyróżnianych przez siebie poziomach homeostazy (biologicznej, społeczeństwa globalnego, grupy zorganizowanej w państwo) podkreślał (już w tytule swojego artykułu) jej społeczny charakter. Zob. J. Wróblewski, *Prawo i homeostaza społeczna*.

135 A. Kłoskowska, *Kultura masowa*, s. 90.

znajdują nie w zachowaniach symbolicznych, jak to się zwykło przyjmować w polskich teoriach instrumentalizacji prawa, lecz realizacyjnych. Zachowanie „nieinstrumentalne” to tyle, co zachowanie odrzucające strategię opartą na racjonalności technologicznej jako racji uzasadniającej dokonywane czynności. Realizacyjność to przymiot działania nastawionego wprost na konsumpcję niezapśredniczoną przez inne działania. Obce jest jej na przykład inwestowanie prowadzące do tak zwanej odłożonej konsumpcji i zaspokajanie swoich potrzeb ze spodziewanego zysku czy kapitału. Rozróżnienie na zachowania instrumentalne i realizacyjne może być ujmowane jako konfliktowe na poziomie przekonania określonego podmiotu, jako że — wracając do wcześniejszego przykładu — „nie można jabłka zjeść” (zachowanie realizacyjne), a zarazem „jabłko sprzedać” z nadzieją na odłożoną w czasie korzyść (zachowanie instrumentalne). Jeśli jednak potraktujemy czynność lub jej wytwór atrybutywnie, to jest jako cechę wyrażającą pewną zdolność, właściwość otwierającą drogę do określonego działania, to konfliktu takiego już nie będzie (jabłko ma walory konsumpcyjne, ale ma również wartość handlową). Używając języka teorii instrumentalizacji prawa, możemy dojść do wniosku, że w tym drugim przypadku jabłko (przedmiot) i sadownictwo (zachowania) posiadają cechę instrumentalności, mają bowiem określoną wartość, na którą skierowane jest działanie człowieka, jego akt instrumentalizacji¹³⁶. W przypadku zachowań realizacyjnych będziemy, odpowiednio, mogli mówić o określonej czynności realizacyjnej (jedzenie jabłka) i realizacyjności, czyli, w tym ostatnim przypadku, o walorach smakowych i odżywczych, jakie ma dla nas jedzenie jabłek i z powodu których tak cenimy sobie jabłka. W naszych poszukiwaniach kulturowych współzależności szczególnie będzie nas interesować podział działań instrumentalnych na instrumentalno-bezpośrednie (*b*, *c*) oraz instrumentalno-symboliczne (*b*, *d*). One to bowiem wyznaczają główną oś w teoretycznych debatach wokół instrumentalizacji prawa, choć mogą być poznawczo atrakcyjne również w innych obszarach problemowych analitycznej teorii prawa¹³⁷.

136 Artur Kozak, sięgając do podniesionej różnicy między „aktem użycia” (aktem instrumentalizacji) a jego właściwością (instrumentalnym charakterem), rozwinął swój koncept instrumentalności prawa jako każdorazowego (zakładanego w aktach instrumentalizacji) „odniesienia się [...] aktora do wartości” (A. Kozak, *Instrumentalność a instrumentalizacja prawa*, s. 99–101). Propozycję tę szerzej omówię w punkcie 8.2.

137 Rozróżnienie to wydaje się przydatne dla prawniczej teorii działań konwencjonalnych. Począwszy od wyjściowego podziału na zachowania psychofizyczne, kształtowane przez normy imperatywne (zachowania realizacyjne), oraz oparte na regułach sensu/działania czynności konwencjonalne (zachowania symboliczne) — aż po bardziej złożone sytuacje, takie jak formalne powstanie lub zaktualizowanie obowiązku (tak

Wróćmy jednak jeszcze do naszej poglądowej prezentacji. Jeśli korzystamy z jakiegoś baru tylko dlatego, że dają tam „dobrze jeść”, to decyzja o wyborze tego baru jest dla nas decyzją dotyczącą zachowania instrumentalnego (nie chodzi przecież o bar jako taki, ale o serwowane menu) i bezpośredniego (funkcja bio-homeostatyczna, działanie pozaspołeczne¹³⁸). Jeżeli jednak w decyzji o wyborze baru nie jest dla nas ważne to, co ów bar może nam zaoferować do zjedzenia, a cenimy sobie na przykład fakt, że tam „dobrze grają”, panuje dobra atmosfera, i kieruje nami przekonanie, że spotkamy tam ludzi, z którymi ciekawie porozmawiamy, to nasz wybór i idące za tym działania mieścić się już będą w sferze działań instrumentalno-symbolicznych. Oczywiście taki wybór nie wyklucza tego, że będziemy mogli skorzystać z oferty konsumpcyjnej, a w konsekwencji nasze działanie, jakkolwiek nieintencjonalnie, może okazać się skuteczne również w wymiarze bezpośrednim. Nie nazwiemy go już jednak instrumentalnym, ponieważ nie to było naszym celem, intencją kierującą naszym wyborem. Będzie to zachowanie wyłącznie realizacyjne.

Możliwe są jednak bardziej złożone zależności między działaniami instrumentalnie bezpośrednimi i instrumentalnie symbolicznymi. Nasze decyzje strategiczne nie muszą, a nawet nie powinny być ujmowane w postaci alternatywy rozłącznej. Pragmatyka działania nie daje się bowiem przekładać na logikę relacji między zakresami nazw. Działania bezpośrednie mogą być powiązane z działaniami symbolicznymi ze względu na postawę, preferencje, którymi kieruje się działający aktor, a te bywają złożone. Możemy przecież w życiu kierować się potrzebą/postawą dominacji działania bezpośredniego, zorientowanego na biologiczne funkcje organizmu, i potrzebą/postawą symboliczną, specyficzną dla społecznego współżycia ludzi, ważną dla rozwoju kultury. Wybór i idące w ślad za nim działania będą mogły mieć w obu tych wymiarach postać zachowania instrumentalnego (celowo-racjonalnego), jakkolwiek zorientowanego na dwie różne funkcje: bezpośrednią oraz symboliczną. Oczekiwania te i odpowiadające im zachowania w tego typu sytuacjach tylko pojęciowo dają się różnicować. Jakkolwiek za pierwszą znajdujemy świat przyrody z technologią i cywilizacją w tle, a za drugą — świat

zwana doniosłość prawna — działanie symboliczno-realizacyjne) czy powstanie lub zaktualizowanie obowiązku o określonej treści, którego wykonanie będzie ingerencją w homeostazę biologiczną bądź społeczną (odpowiednio: działanie bezpośrednio-instrumentalne lub symboliczno-instrumentalne).

138 Pojęcie bio-homeostazy pojawia się w tekście dla skontrastowania klasycznego rozumienia homeostazy jako stanu równowagi wewnętrznego środowiska organizmu — pojęcia z dziedziny fizjologii (W. Cannon) — oraz równowagi społecznej, tak jak postrzegał ją J. Wróblewski (zob. przypis 114).

społeczny z kulturą i jej autonomią, to z pragmatycznego punktu widzenia światy te tworzą, lub mogą w określonych kontekstach sytuacyjnych tworzyć, kooperującą ze sobą całość. Są odmiennymi perspektywami postrzegania tej samej, wewnętrznie jednak złożonej rzeczywistości — postrzegania, a następnie działania uzasadnionego tą wiedzą lub wyobrażeniem o niej.

Jak podsumowuje swoje rozważania Kłoskowska, „każdy złożony system działania obejmujący elementy kultury bezpośrednio wymaga powiązania z elementami symbolicznej kultury instrumentalnej. Przemysł bowiem to nie tylko zbór maszyn i system czynności produkcyjnych, ale także złożona organizacja stosunków międzyludzkich oparta na symbolicznym porozumiewaniu się i zastosowaniu wiedzy technicznej”¹³⁹. Powołując się na inspiracje Kroebera, autorka zauważa, że dziedzin kultury nie powinniśmy traktować jako przestrzenie rozgraniczonych sfer, lecz raczej jako „ogniska lub osie, wokół których skupiają się zjawiska pogrupowane według wybranych aspektów [...]. W wielu przypadkach podział musi brać za podstawę nie konkretne zachowania i przedmioty w całości, ale ich aspekty. Aspekty symboliczne występują często w czynnościach i przedmiotach o charakterze bezpośrednim. Najlepszy przykład tego zjawiska stanowi sztuka stosowana”¹⁴⁰.

Pierwotnie wyrazista dystynkcja między naturą i kulturą, następnie przyobleczone w opozycję między cywilizacją i kulturą, ufundowała dylemat inspirujący starsze pokolenia teoretyków kultury. Jednak w konfrontacji z bliższą nam, bardziej złożoną rzeczywistością okazał się on znacznie mniej radykalny, a właściwie stał się dylematem pozornym. Jak w swoich wnioskach pisze Kłoskowska, „mimo to [mimo występowania aspektów symbolicznych w przedmiotach i czynnościach o charakterze bezpośrednim — A.B.] próby rozgraniczenia dziedzin kultury, ich klasyfikacji lub typologii nie tracą uzasadnienia. Pewne orientacyjne podziały są potrzebne z praktycznego punktu widzenia, dla wyznaczania terenu szczegółowych rozważań i analiz”¹⁴¹. Rozbieżności między postulatem integracji badań kulturowych i „praktycznym punktem widzenia” nie powinniśmy zatem traktować jako poznawczego dysonansu. Idąc w ślad za Janem Woleńskim, odróżniać bowiem należy wymogi stawiane kolektywnym praktykom naukowym od oczekiwań zgłaszanych wobec teorii naukowych. Czym innym jest przecież praktyczna kwestia, taka jak organizacja badań, wraz z wynikającym z niej podziałem na

139 A. Kłoskowska, *Kultura masowa*, s. 88.

140 *Ibidem*, s. 90.

141 *Ibidem*, s. 90–91.

dyscypliny i specjalności naukowe, a czym innym są same czynności badawcze i teorie, które w następstwie podejmowania tych czynności powstają. Te drugie nie znają podziałów i granic przedmiotowych, a tak zwana zewnętrzna integracja badań jest dla nich czymś zwykłym. Teorie naukowe znają tylko problemy¹⁴². Te pierwsze natomiast żyją w świecie dyscyplinarnych podziałów i granic, w którym integracja, jeśli już ma miejsce, jest przede wszystkim integracją wewnętrzną. Argument z autonomii prawa i praktyki prawniczej, przejmowany również przez prawoznawstwo i upowszechniany w dydaktyce akademickiej, podważa zapotrzebowanie na integrację zewnętrzną.

3.4. Społeczno-regulacyjna koncepcja kultury: struktura *vs* działanie

Wprowadzenie do rozdziału drugiego, poświęconego autonomii kultury prawnej, Włodzimierz Gromski, podobnie jak Kłoskowska, rozpoczyna od przeglądu różnych ujęć i definicji kultury. Podkreśla za Stefanem Czarnowskim wymóg trwałości zbiorowych praktyk kulturowych. Mowa jest o dorobku, który nie jest „przyzwyczajeniem poszczególnej jednostki czy jej mniemaniem osobistym”, ponieważ tylko utrwalone zbiorowe praktyki pozwalają wypełniać kulturze jej normatywne funkcje. „W definicjach tych nacisk kładzie się na modele, wzory i zasady wartościowania [...], określające zasady ludzkiego działania”. Przywołując wczesne prace Talcotta Parsonsa, wrocławski teoretyk pisze, że „kultura pojmowana jest jako organizacja symboli i wytworów, nie zaś działań”; jest to „ułożony we wzory uporządkowany system symboli”¹⁴³. Ten ostatni cytat lokuje rozważania Gromskiego bezpośrednio w kulturowym strukturalizmie bliskim wersji zaproponowanej przez Benedict. Z *Wzorów kultury* dowiadujemy się, że definicje kultury powinny kłaść nacisk na całościowy charakter każdej kultury, na zespolenie jej elementów przybierające charakter systemów¹⁴⁴. Z takich własności ujętych w uniwersalizujące „wzory i zasady” otrzymujemy *clou* strukturalistycznego podejścia do kultury. Jak dodaje Gromski: „w Polsce konsekwentnym zwolennikiem takiego pojmowania kultury wydaje się być J. Kmita ze swoją społeczno-regulacyjną koncepcją kultury”¹⁴⁵. Sięgnijmy raz jeszcze do tej koncepcji.

142 Por. J. Woleński, *Dyscyplina a teoria naukowa*, „Zeszyty Naukoznawstwa” 1981, z. 1–2.

143 W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, s. 44–45.

144 R. Benedict, *Wzory kultury* (rozdział trzeci).

145 W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, s. 44.

Aby kultura mogła wypełniać stawiane przed nią normatywne zadania, powinna składać się z przekonań powszechnie respektowanych, albowiem tylko wtedy może uwarunkowywać działania „subiektywno-racjonalne”, które dzięki temu stawać się będą funkcjonalne „względem ustalonego stanu globalnego owej społeczności potraktowanej jako kontekst strukturalny tych działań”¹⁴⁶. Jak widzimy, działania jednostek schodzą tu na drugi plan. Mowa nawet nie o działaniach poszczególnych jednostek, ale o pewnym typie działań (o działaniach „subiektywno-racjonalnych”). Dla społeczno-regulacyjnej koncepcji kultury działania te stają się istotne dlatego, że są (mają być) funkcjonalne „względem ustalonego stanu globalnego owej społeczności”. Jest to rozumowanie cyrkularne, jednak z mocnym akcentem na czynnik społeczny: subiektywno-racjonalne praktyki, w tym również działania poszczególnych jednostek, są realizacją powszechnie respektowanego, normatywnego wzorca, warunkują działania subiektywno-racjonalne, które dzięki temu (skutecznej realizacji wzorca) stają się funkcjonalne „względem ustalonego stanu globalnego owej społeczności” — a ten jest traktowany jako „kontekst strukturalny tych [subiektywno-racjonalnych — A.B.] działań”. Ów kontekst strukturalny uniwersalizuje i umacnia wzorzec, przez co następne działania będą jeszcze mocniej „uwarunkowane” (funkcjonalne) stanem globalnym „owej społeczności” traktowanym jako kontekst strukturalny dla innych działań. Akcent kładziony jest na funkcję strukturyzującą praktyk poszczególnych grup i jednostek, umacnianie społecznego, a przez to również normatywnie skutecznego postrzegania tych praktyk.

Przekładając perspektywę normatywno-praktyczną na epistemiczną, możemy stwierdzić, że „wiedza o własnościach struktury jako całości jest pierwotna w stosunku do wiedzy o elementach struktury”, a „trafnie rozpoznać można istotne właściwości poszczególnych składników jedynie pod warunkiem, iż posiada się już wiedzę o własnościach struktury jako całości”¹⁴⁷. W języku nieco bliższym teorii prawa możliwy byłby wniosek następujący: społeczno-regulacyjna koncepcja kultury staje się zrozumiała dopiero w opozycji do kategorii zdarzenia. „Dziedzina faktów empirycznych, aktów mowy, a w późniejszej fazie rozwoju metody strukturalistycznej także wytworów artystycznych i zachowań kulturowych — to sfera zdarzeń [...], tego, co jako indywidualne i przypadkowe przeciwstawia się strukturze, temu, co prawidłowe, powtarzalne i społeczne”¹⁴⁸.

146 G. Banaszak, J. Kmita, *Społeczno-regulacyjna koncepcja kultury*, s. 43.

147 T. Zgółka, *Struktura*, [w:] *Filozofia a nauka. Zarys encyklopedyczny*, red. Z. Cackowski et al., Wrocław 1987, s. 684.

148 K. Rosner, *Strukturalizm*, [w:] *Filozofia a nauka. Zarys encyklopedyczny*, red. Z. Cackowski et al., Wrocław 1987, s. 691.

Pragmatyczne podejście w badaniach nad kulturą odwraca tę relację. Będzie to teoria działania, która ukazuje rzeczywistość kryjącą się za konceptem działania „subiektywno-racjonalnego” i, podkreślmy to, zasadniczo podzielać będzie ze społeczno-regulacyjną koncepcją kultury przyjmowany typ racjonalności — racjonalności instrumentalnej. Sytuować go będzie jednak inaczej, na poziomie empirycznym. Pragmatyzm przykładą wagę do tego, co indywidualne i konkretne, usytuowane, a co przez strukturalistę uznane zostanie za wtórne, przypadkowe (nieuporządkowane). Jednak w perspektywie działającego aktora — jak przekonamy się w dalszych fragmentach pracy — nie może tu być mowy o przypadkowości. To na tym poziomie analizy celowo-racjonalny typ uzasadniania decyzji/działania znajduje właściwe dla siebie środowisko, swój — posiłkując się metaforą Habermasa — „świat życia”. Również w tym wymiarze pojawią się uwarunkowania działań podejmowanych przez jednostkę, jednak będą to inne czynniki niż abstrakcyjna z punktu widzenia jednostki struktura. Strukturalizm nie jest bowiem teorią rzeczywistego działania, a „struktura” nie jest rozumiana jako określony układ przedmiotów czy zachowań. Jak ujmował to Tadeusz Zgółka, struktura jest:

nakładana na badaną rzeczywistość [...]. Jest to [...] narzędzie, wygodny zabieg badawczy stosowany w celu uzyskania danych umożliwiających uzasadnianie odpowiednich twierdzeń składających się na daną teorię [...]. Badana rzeczywistość [...] jest chaosem niepoddającym się w ogóle badaniu naukowemu. Aby zrealizować zadania poznawcze, badacz jest zobowiązany do uporządkowania przedpoła swoich badań. Temu właśnie ma służyć nakładanie siatki strukturalnej na badaną rzeczywistość¹⁴⁹.

Cytat ten bez większych korekt zaadaptować można do perspektywy działającego aktora. On również na dostępną mu rzeczywistość „nakłada” pewien subiektywno-racjonalizujący schemat/plan „umożliwiający uzasadnianie odpowiednich twierdzeń”, tyle że nie będą to „twierdzenia składające się na daną teorię”, ale twierdzenia (sądy) dostarczające wiedzy budującej przekonania użyteczne dla jednostki — dla przyjętego przez nią planu działania i jego realizacji. Pragmatycznie interpretowana i badana rzeczywistość jest również swego rodzaju „chaosem”. Jeśli jest to wiedza językowa, taka jak standardowa wiedza o prawie w tradycji *civil law*, to oczywiście mieć ona będzie jakieś swoje pierwotne uporządkowanie. Będzie to jednak prawodawczy porządek ogólnych reguł (przepisów, aktów normatywnych), który z perspektywy działającego podmiotu wymaga reorganizacji i adaptacji pod kątem użyteczności

149 T. Zgółka, *Struktura*, s. 684.

ujętej w ramy celowo-racjonalnej strategii działania. Przyjmowany w społeczno-regulacyjnej koncepcji kultury porządek funkcjonalny „względem ustalonego stanu globalnego owej społeczności” — dla pragmatysty ulega odwróceniu, stając się porządkiem „lokalnym”, a właściwie kontekstualnym, funkcjonalnym w zupełnie innym już wymiarze — wymiarze potrzeb działającego podmiotu. Uniwersalna, integrująca „duża teoria” naukowego poznania staje się skromniejszą, „lokalną teorią” albo, schodząc jeszcze niżej, kontekstualnie doniosłą wiedzą służącą poznawaniu (rozpoznawaniu) empirycznych i instytucjonalnych faktów istotnych ze względu na planowaną i realizowaną przez podmiot strategię działania.

Jeśli dla strukturalisty badanie miało koncentrować się na „wykrywaniu stosunków (tj. opozycji i korelacji), które je różnicują, a zarazem łączą w spójny układ”¹⁵⁰, to dla pragmatysty wykrywanie takich stosunków pozostaje ważne *ad usum*: nie po to, aby zrekonstruować taki czy inny spójny układ z jego uniwersalnością i stabilnością, ale po to, by w perspektywie podejmowanej decyzji/działania przejść od opozycji (zdiagnozowanie problemu) do korelacji (rozwiązanie problemu). Dla literatury podejmującej problematykę instrumentalizacji prawa taki stosunek opozycji budowany był poprzez poszukiwanie argumentów na rzecz granic instrumentalizacji (instrumentalizacja *vs* autonomia prawa), ze społeczno-regulacyjną koncepcją kultury w tle jako metodologią badań kulturowych dającą możliwość integrowania wyjściowej opozycji. Dla myślenia pragmatycznego problem granic instrumentalizacji prawa (czy w ogóle granic prawa jako takiego) zasadniczo nie istnieje, nie jest bowiem zmartwieniem dla działającego podmiotu. Okazuje się natomiast wyzwaniem dla teoretyka, który co rusz musi konfrontować się z założeniami swojej „własnej” teorii. Jest to jego „świat życia”, poza którym czasem nie dostrzega on innego. Musi zatem ten świat podtrzymywać. Analiza strukturalna z jej prymatem całości, relacji ugruntowanych w tak zwanej głębokiej strukturze nauki ma służyć obiektywizacji tego świata, wykazaniu jego trwałości i uniwersalności. Właściwości poszczególnych elementów i relacji powstających między nimi uznawane są za wtórne, wywodzone z układu relacji składających się na daną strukturę i pozycji, jaką w niej zajmują¹⁵¹. Rzecz jednak w tym, że budowanie takich całościowych teorii jest bardzo trudne, a z punktu widzenia pragmatysty — po prostu niepotrzebne. To, co *in abstracto* bywa wyzwaniem, *in concreto* często okazuje się znacznie łatwiejsze,

150 K. Rosner, *Strukturalizm*, s. 689–690.

151 *Ibidem*, s. 689.

co oczywiście nie oznacza, że łatwe. Jest jeszcze jedna różnica: teoria żywi się problemami, gdy praktyka musi, nawet jeśli są to tak zwane trudne przypadki, po prostu je rozwiązywać.

Czy przyjęta przez Gromskiego dla potrzeb budowania prawniczej teorii instrumentalizacji koncepcja kultury jest wierna swojemu strukturalistycznemu pierwowzorowi? Każda aplikacja odbywa się jakimś mniejszym lub większym kosztem, który ponieść musimy, jeśli chcemy zachować przynajmniej pryncypia lokalnego dorobku. Im bardziej systemowy, wewnętrznie zwarty („strukturalistyczny”) charakter ma teoria aplikowana, tym większe przy próbach jej bezpośredniego zastosowania jest ryzyko zniekształcenia dorobku ukształtowanego w ramach teorii odniesienia. Warto zwrócić uwagę na dwie takie modyfikacje, istotne dla problematyki instrumentalizacji prawa. Pierwsza dotyczy „społecznego” wymiaru społeczno-regulacyjnej koncepcji kultury Kmita i Banaszaka, druga — spozycjonowania praktyki politycznej w teorii instrumentalizacji prawa autorstwa wrocławskiego teoretyka.

Podstawowym założeniem społeczno-regulacyjnej koncepcji kultury, co wielokrotnie się podkreśla, jest twierdzenie, że „wszelkie działania występujące w obrębie danej społeczności, funkcjonalne względem jej ustalonego stanu globalnego w kontekście strukturalnym, jaki społeczność ta stanowi, mają swoje subiektywno-racjonalne uwarunkowania w systemie przekonań powszechnie respektowanych (i tym samym należących do kultury owej społeczności)”. Wśród wyliczanych typów praktyk kulturowych znajdujemy również praktykę prawną, a więc i ona regulowana jest przez pewien zespół przekonań powszechnie w danej społeczności respektowanych¹⁵². W ślad za tym Gromski, sięgając po „prawo w znaczeniu prawniczym”, czyli pojmowane jako system norm prawnie obowiązujących, stwierdza, że są one „częścią kultury prawnej tego społeczeństwa w zakresie, w jakim składające się nań normy regulują działania prawne, czyli wchodzą do zbioru respektowanych, a nie tylko spełniających przyjęte kryteria obowiązywania, jego przekonań normatywnych i dyrektywalnych”¹⁵³. Ten sam warunek stawiany jest również doktrynie prawnej¹⁵⁴, a wśród jej osiągnięć — najważniejszemu z perspektywy instrumentalizacji prawa osiągnięciu, jakim jest kultura *rule of law* lub kultura państwa prawnego. Gromski dodaje jednocześnie, że „w związku z omawianym tu zagadnieniem autonomii prawa

152 J. Kmita, *O kulturze symbolicznej*, Warszawa 1982, s. 77; G. Banaszak, J. Kmita, *Społeczno-regulacyjna koncepcja kultury*, s. 44. Por. W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, s. 65.

153 W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, s. 73.

154 *Ibidem*, s. 74.

interesuje nas przede wszystkim podzbiór wartości-celów (tzw. przekonania normatywne) uważanych za formalne, czyli takich, które mają realizować działania prawne niezależnie od treści wytworów powstających w wyniku tych działań”¹⁵⁵, gdyż to one — przez to, że należą do kultury symbolicznej — efekt regulacyjnego oddziaływania osiągnąć mogą wskutek „powszechnego respektowania przy podejmowaniu działań prawnych”¹⁵⁶. Nie powinny być zatem zaliczane do „lokalnej”, akademickiej i doktrynalnej wiedzy prawników, ale powinny być znane, a przede wszystkim (bo nie musi to iść w parze z pozytywną wiedzą) powszechnie respektowane w danej społeczności. Roszczenie, aby praktyka prawna regulowana była przez zespół przekonań „powszechnie w danej społeczności respektowanych”, zwłaszcza jeżeli za takie miałyby być uznane przede wszystkim normatywne przekonania (cele, wartości) formalne, realizowane „niezależnie od treści wytworów powstających w wyniku tych działań”, uznać by należało za wymóg trudny, jeśli w ogóle możliwy do spełnienia. Społeczno-regulacyjna koncepcja kultury miała mieć walor uniwersalny i nie była adresowana do instytucjonalnie określonej grupy społecznej, do której należą prawnicy, a tym bardziej prawnicy ukształtowani w kulturze pozytywizmu prawniczego z jej ekskluzywizmem, odwołującym się w swojej wyrafinowanej postaci wyłącznie do wewnętrznych wartości prawa. Przekonania normatywne, a po części również dyrektywne (jeśli i te miałyby być respektowane przez członków danej społeczności¹⁵⁷) albo formułują trudny, choć skądinąd wart podjęcia, postulat uspołecznienia prawa i języka jego społecznej (obywatelskiej) komunikacji, albo też są wymogiem „respektowania przez członków danej społeczności” przekonań, które autor adresuje do środowiska samych prawników, co byłoby (jest) dużo łatwiejsze do spełnienia.

Przy tej ostatniej interpretacji musielibyśmy przyjąć, że społeczno-regulacyjna funkcja kultury prawnej sprowadza się do autonomii prawa, kontroli jego niezależności wobec impulsów płynących ze strony społecznego otoczenia (polityki, ekonomii czy moralności). Prawo

155 W komentarzu pojawia się zastrzeżenie, że w europejskiej kulturze prawnej wartości-cele formalne mogą być zarówno elementem przekonań normatywnych, jak i dyrektywnych (*ibidem*, s. 80).

156 *Ibidem*, s. 82.

157 „Istnieją takie działania kulturowe, których efektywność nie zależy zupełnie od tego, czy dyrektywna część [...] jest respektowana również przez innych członków danej społeczności (uczestniczących w tej samej kulturze), jednocześnie istnieją takie działania kulturowe, których efektywność zależy właśnie od tego, czy dyrektywna część [...] respektowana jest przez (odpowiednich) innych członków danej społeczności. Pierwsza sytuacja właściwa jest dla kultury techniczno-użytkowej, druga dla kultury symbolicznej” (*ibidem*, s. 66–67).

odseparowane byłoby od mechanizmów demokratycznych. Stałoby się bardziej „światem życia” prawników niż medium eksponowania praw i wolności obywateli. Oczywiście zaliczenie do katalogu tych wartości również takich, które sytuowane są w obrębie praworządności materialnej, znacznie osłabiło ten zarzut. Odnotujmy jednak gwoli historycznej uczciwości, że w okresie, gdy pisana była rozprawa *Autonomia i instrumentalny charakter prawa* (przypomnijmy rok wydania: 2000), można było rozsądnie oczekiwać, że działania poszczególnych prawników będą „funkcjonalne względem ustalonego stanu globalnego w kontekście strukturalnym, jaki społeczność ta [społeczność prawników] stanowi”. W Polsce po roku 2015 taka strukturalna funkcjonalność (współrzędność) stała się już znacznie trudniejsza do osiągnięcia, a po roku 2023 — chyba już, przynajmniej w najbliższej perspektywie, w ogóle niemożliwa. Społeczne podziały przeniosły się również do środowiska prawniczego. Rozważania nad zakresem „społecznego respektowania” przekonań normatywnych i dyrektywalnych mogą być obecnie uznane za anachronizm. Żeby pesymizm ten nieco złagodzić, warto może w imię zachowania strukturalistycznej równowagi raz jeszcze (w formie skróconej myśl tę przywoływałem już we *Wprowadzeniu*) sięgnąć do Z. Ziemińskiego, który w zakończeniu swoich *Szkiców z metodologii szczegółowych nauk prawnych* pisał:

Rozstrzygnięcie problemu, czy dany podział [...] jest właściwy, wymaga na wstępie sformułowania założeń, czemu dany podział ma służyć. Rzeczą metodologa jest ukazać, jak dane zadania mogą być zrealizowane, jakie są konsekwencje przyjęcia danego sposobu systematyzacji prawa dla uporządkowania problematyki nauk prawnych [...]. Stąd też jest potrzebna powściągliwość w formułowaniu wniosków nazbyt szczegółowych i pewien dystans abstrakcji. Jest bowiem czas tworzenia i czas porządkowania¹⁵⁸.

Jeśli zgodzimy się, że czas, w którym żyjemy, jest czasem działania, to strukturalizm musi poczekać na lepsze dla siebie czasy.

Wymóg, aby działania subiektywno-racjonalne określonych podmiotów były „funkcjonalne względem jej [danej społeczności] stanu globalnego w kontekście strukturalnym”, byłby znacznie łatwiejszy dla „uporządkowania problematyki nauk prawnych”, gdyby przyjęć — nie narażając się na zarzut ahistoryzmu — że dziedziną odniesienia społeczno-regulacyjnej koncepcji kultury jest monocentryczna wizja porządku prawnego, że adresatem wymogu respektowania przekonań normatywnych i dyrektywalnych jest państwowy prawodawca: albo

158 Z. Ziemiński, *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, s. 136.

prawodawca realny, albo też prawodawca ukryty za konstruktem prawodawcy racjonalnego. Przemawia za tym przypisywanie pierwszorzędnej roli w strzeżeniu autonomii prawa koncepcji *rule of law* — zasadzie praworządności w jej interpretacji formalnej, która, jak już wcześniej argumentowałem, wystawiona jest jako prawniczy oręż skierowany przeciwko państwowym (a więc politycznym) aktom instrumentalizacji prawa. Sięgając raz jeszcze do strukturalistycznego słownika, warto zwrócić uwagę, że w słowniku tym prawny monocentryzm znajdzie dla siebie również solidne oparcie. Jak pisał jeden z wpływowych filozofów kultury, „struktura znaczy [tyle co] hierarchia: między zjawiskami [...] istnieje stosunek nie współrzędności, lecz raczej podrzędności i nadrzędności. Wyższe zjawiska [...] nie są przypadkowym tworem niższych, lecz określają zjawiska niższe, które właśnie dlatego okazują się w jakby perspektywie [tych wyższych]”¹⁵⁹.

We wprowadzeniu do pojęciowego uporządkowania w badaniach nad kulturą proponowanego przez Kłoskowską przywołałem zamiar autorki, by wyrugować z rozważań nad kulturą nagminnie tam obecną metafizykę i skłonność do hipostazowania, zaznaczając, że tendencja taka występuje również w teorii prawa, w tym w prawniczych koncepcjach instrumentalizacji, a jedną z powszechniejszych jest wpisywanie w „naturę” tych koncepcji nieuchronnego związku między instrumentalizacją prawa z polityką. Dzieje się tak już u autorów wyjściowego projektu społeczno-regulacyjnej koncepcji kultury, którzy pośród praktyk społecznych wskazują na jedną, u wspólnioną „praktykę polityczno-prawną”¹⁶⁰. Podobnie rzecz ujmowana bywa w starszej, postmarksistowskiej literaturze, w prawoznawstwie¹⁶¹. Autor monografii o autonomii i instrumentalizacji prawa sprzeciwia się takiej pojęciowej schematyzacji, „mając na uwadze obecny stan wiedzy na temat prawa i jego funkcjonowania w społeczeństwie”. Wskazuje na „proces wydzielania się [...] kultury prawnej, [który] wiązać można z etapem prawa częściowo autopojetycznego”, i wykształcenia się reguł wtórnych (Hart), dzięki czemu „prawo zaczyna samodzielnie rozstrzygać o sposobach tworzenia i stosowania swoich norm i struktur”¹⁶². Jak pisze, „w miarę konsekwentne oddzielenie prawa od polityki, działań prawnych od

159 S. Hessen, *Studia z filozofii kultury*, przeł. A. Walicki, Warszawa 1968, s. 92.

160 G. Banaszak, J. Kmita, *Společno-regulacyjna koncepcja kultury*, s. 44.

161 „Niezależnie od wyobrażeń ludzkich na temat jego istoty czy pochodzenia jest ono [prawo — A.B.] w ostatecznej instancji wyrazem woli tych, którzy w danym czasie i miejscu sprawują władzę, a więc narzędziem polityki” (S. Russocki, *Wokół pojęcia „kultura prawna” i „kultura polityczna”*, „Państwo i Prawo” 1981, z. 3, s. 44).

162 W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, s. 71–72, cyt. za: L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa*, s. 83.

działań politycznych lepiej odpowiada zapotrzebowaniu zgłaszanemu przez nowoczesne, oparte na gospodarce rynkowej społeczeństwo stanowiące kontekst strukturalny takich działań. W społeczeństwie takim działania polityczne wymagały racjonalnej legitymacji, a działania prawne racjonalności legalnej¹⁶³. Trzeba dodać tu jeszcze jedną oczywistość, o czym już autor nie pisze, że owe racjonalności prawa i polityki, podobnie jak racjonalność leżąca u podstaw społeczno-regulacyjnej koncepcji kultury, to ten sam typ racjonalności instrumentalnej. Jedna i druga, pod patronatem przyjętej koncepcji kultury, wyrażają odmienne perspektywy oglądu tego samego działania lub jego wytworu, na przykład ustawy (racjonalność legalna), która realizuje określoną politykę społeczną (legitymacja racjonalna w sensie Maxa Webera).

Zamysł oddzielenia kultury prawnej od kultury politycznej łamie w tym przypadku zalecenie Kroebera i Kłoskowskiej, „aby dziedziny kultury traktować nie jako przestrzenie rozgraniczone sfery, lecz jako ogniska lub osie, wokół których skupiają się zjawiska pogrupowane według wybranych aspektów”¹⁶⁴. Mamy zatem do czynienia z tym samym działaniem i odmiennymi jego aspektami, różnymi intencjami lub postawami, które kierują działaniem podmiotu (na przykład prawodawcy), które mogą prowadzić do inaczej charakteryzowanego, choć faktycznie tego samego rezultatu: uznania aktu normatywnego za legalny i skuteczny w osiągnięciu celu politycznego. Pierwsze działanie byłoby wyłącznie „działaniem” realizacyjnym (autonomicznym), drugie — instrumentalnym, zapośredniczonym przez realizacyjne. Nie ma tu problemu granic instrumentalizacji prawa, jest problem koordynacji: spełnienia prawnego kryterium legalności jako warunku instrumentalnej skuteczności. Problem pojawi się jednak, jeśli skuteczność ta osiągnana będzie przy lekceważeniu kryterium legalności; wtedy to powstać może zarzut naruszenia autonomii prawa jako kosztu poniesionego dla osiągnięcia skutków z wykorzystaniem instrumentalnej funkcji prawa. Wtedy też pojawi się zarzut prymatu polityki nad prawem, a właściwie Prawem, to jest uznania działania za nielegalne, zarzut wzmocniony argumentem kolizji z jego wartościami wewnętrznymi, formalnymi wyprowadzonymi z zasady państwa prawa. Argument z autonomii prawa w przywołanym przypadku uruchamiany jest jako czynnik kształtujący granicę wobec instrumentalizacji prawa. Nie jest on racją działania, a argumentem przeciwko podjętemu działaniu. Związek korelacji staje się związkiem konfrontacji. Używając terminologii Maxa Webera, *Zweckrationalität*

163 W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, s. 72.

164 A. Kłoskowska, *Kultura masowa*, s. 90.

zestawiana jest z *Wertrationalität*¹⁶⁵, przy czym tylko ta druga mieć będzie walor argumentu prawnego (Prawnego), jako że pierwsza będzie należała już do sfery wyłącznie polityki. Na poziomie *Wertrationalität* pojawia się „prawo w sensie prawniczym” jako zaautonomizowana kultura prawna, czyli taka:

współczesna zachodnia kultura prawna, którą można określić mianem kultury *rule of law* dla obszaru anglosaskiego lub kultury państwa prawnego dla pozostałych obszarów świata zachodniego. W zbiorze jej powszechnie respektowanych przekonań normatywnych, wyrażających pozytywne wartości-cele prawa [...], wyróżnić można wartości-cele formalne i materialne [...]. W związku z [...] zagadnieniem autonomii prawa interesuje nas przede wszystkim podzbiór wartości-celów uważanych za formalne, takich jak ogólność i abstrakcyjność, jasność i zrozumiałość, precyzyjność, jawność i dostępność etc., gdy chodzi o przekonania normatywne. Przekonaniami dyrektywalnymi będą natomiast zasady techniki prawodawczej, reguły egzekucji i reguły etyki zawodowej¹⁶⁶.

Wszystkie te czynniki objęte są dziedziną prawnej kultury symbolicznej, nawet jeśli dyrektywalne pełnią tylko funkcję środków realizacji wartości normatywnych, a normatywne (wartości-cele formalne) podobną funkcję spełniają wobec wartości celów-materialnych¹⁶⁷. Te ostatnie — na przykład prawa i wolności obywatelskie — choć również mają wymiar symboliczny i są istotną częścią dorobku zachodniej kultury prawnej, przez to, że nie należą do wartości-celów formalnych („Prawa w znaczeniu prawniczym”), nie nadają się do roli argumentu wyznaczającego granicę dla dotkniętej syndromem polityki instrumentalizacji prawa — przeciwnie, prawa i wolności obywatelskie, jak doświadczyliśmy tego w Polsce w latach 2015–2023, same mogą stać się ofiarą prawodawczej polityki, ponieważ same te prawa mają charakter polityczny.

¹⁶⁵ Pierwsza to celowo-racjonalność dotycząca „zachowania podmiotów świata zewnętrznego i innych ludzi, gdy ujmowane są one jako *warunki* lub *środki* w racjonalny dążeniu do szczegółowo rozważanych własnych celów (skutków)”, druga to wartościowo-racjonalność, wiara w „bezwarunkową, samoistną wartość (etyczną, estetyczną, religijną lub jakoś inaczej interpretowaną) pewnego zachowania jako takiego, bez względu na jego skutki” (M. Weber, *Gospodarka o społeczeństwo. Zarys socjologii rozumiejącej*, przeł. D. Lachowska, Warszawa 2002, s. 18–19).

¹⁶⁶ W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, s. 79–80.

¹⁶⁷ „Formalne wartości prawa mają zazwyczaj charakter instrumentalny: są cenne ze względu na to, iż służą osiągnięciu określonych wartości merytorycznych i tym wyżej jesteśmy skłonni je cenić, im większy jest stopień naszej aprobaty dla merytorycznych rozstrzygnięć prawodawcy” (S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, s. 134).

3.5. Prawne zachowania symboliczne.

Przypadek prawa procesowego

Powiązania między symbolicznym charakterem zachowania i jego funkcją znajduje w prawie szeroką egzemplifikację. Czynność procesowa — cały ciąg tego rodzaju (konwencjonalnych) czynności symbolicznych podejmowanych przez uczestników sporu — prowadzi do powstania symbolicznego wytworu, jakim jest wyrok sądowy. Wyrok to nie tylko rozstrzygnięcie sporu i towarzysząca temu satysfakcja z wygranej lub gorycz porażki (kultura symboliczna), lecz także wymierna korzyść lub strata, której powód, wnosząc pozew, spodziewał się lub której pozwany chciał uniknąć i którą, jednemu bądź drugiemu, udało się lub której nie udało osiągnąć (kultura bezpośrednia). Ten ostatni rezultat możemy — z pewną emfazą właściwą dla języka antropologii kultury — określić jako zaspokajanie „normalnych potrzeb biologicznych w taki sposób, aby zapewnić utrzymanie się organizmu przy życiu [...], [jako] konieczny warunek biologicznego istnienia”¹⁶⁸. Wiemy przecież, jak wiele życiowo ważnych dla ludzi spraw zależy od rozstrzygnięć sądowych. Nastawienie działającego w procesie aktora na taki rezultat określić możemy postawą instrumentalną wobec prawa, a samo działanie — instrumentalizacją lub realizacją instrumentalnej funkcji procesu. Będą to tak zwane działania bezpośrednio instrumentalne, zaspokajające bio-homeostatyczne (pozaspołeczne) potrzeby człowieka.

Współczesny proces prawny, a w szczególności sądowy, to bardzo rozbudowany zestaw reguł konwencjonalnego działania, rozpisanych na różne tryby, fazy i warianty postępowania. Reguły te oraz czynności składające się na ich wykonanie pośredniczą w osiągnięciu rezultatu, jakim jest wyrok. Zarówno ostateczne rozstrzygnięcie, jak i prowadzące do niego czynności należą do prawnej kultury symbolicznej. Dopiero wykonanie określonego wyrokiem obowiązku może mieć realizacyjną wartość bezpośrednią, kształtującą sytuowane już poza prawem bio-homeostatyczne potrzeby człowieka. Niewątpliwie kultura prawna należy do tak zwanej rozwiniętej kultury symbolicznej, co nie przeszkadza temu, aby rozległe, składające się na proces prawny czynności symboliczne w swoim charakterze pełniły również funkcję instrumentalną. Jak w sposób adekwatny również dla prawa ujęła to Kłóskowska: „w społeczeństwach tzw. rozwiniętych kultura symboliczna pełni ogromną rolę w przygotowaniu czynności i produktów

168 A. Kłóskowska, *Kultura masowa*, s. 85–86.

ostatecznego zaspokojenia biologicznych potrzeb; zawsze jednak jest to tylko rola instrumentalna, przygotowawcza, nie zaś realizacyjna¹⁶⁹.

W literaturze prawa procesowego ciągle bardzo wpływowe jest stanowisko sformułowane kiedyś przez W. Siedleckiego, który postrzegał normy prawa procesowego jako normy instrumentalne, regulujące tworzenie i stosowanie „norm normatywnych” (norm *sensu stricto*), które już bezpośrednio regulować miały prawa i obowiązki uczestników obrotu prawnego. Normy instrumentalne miały w ten sposób służyć „urzeczywistnianiu” norm prawnych *sensu stricto*¹⁷⁰. Jednak, szczególnie w nowszej literaturze, dominować zaczyna przekonanie o postępującej tendencji do proceduralizacji prawa¹⁷¹, co wiąże się z odchodzeniem od sylogistycznego modelu stosowania prawa na rzecz modelu argumentacyjnego i zastępowania decyzyjnego monizmu decyzyjnym pluralizmem. Wzorcowym wyrazem takiego pluralizmu jest procesowy konsensus: ugoda sądowa (bywa że i pozasądowa). Jednak nie tak zazwyczaj kończą się procesy sądowe. Standardem jest wyrok. W modelu argumentacyjnym jest on poprzedzony opartą na zasadzie kontradyktoryjności wymianą argumentów faktycznych i prawnych między stronami sporu (aspekt komunikacyjny, czynności symboliczne). Jednak dla spierających się stron jest to również — a nawet przede wszystkim — realizacja przyjętej przez każdą z nich strategii procesowej, która ma doprowadzić je do sukcesu (czynności instrumentalne, rezultat o charakterze symbolicznym). Dla sądu będzie to środek pozyskiwania wiedzy o istotnych dla sprawy faktach i, równie dla sprawy istotnej, wiedzy o poglądach prawnych dających się wykorzystać przy konstruowaniu akceptowalnej podstawy prawnej rozstrzygnięcia (czynności instrumentalne). Jednak dla samego procesu, postrzeganego z perspektywy postronnego obserwatora, wszystkie te zorientowane strategicznie czynności mogą okazać się bez znaczenia, jeżeli obserwatora interesowały będą kwestie zasadnicze: pytania o wypełnianie przez proces jego społecznej funkcji, o spełnianie wymogów pluralizmu czy o demokratyczny sposób sprawowania wymiaru sprawiedliwości przez sądy. Nasz obserwator będzie zatem

169 *Ibidem*, s. 86.

170 W. Siedlecki, *Postępowanie cywilne. Zarys wykładu*, Warszawa 1977, s. 21. W innym miejscu pisał o postępowaniu cywilnym jako „akcie prawnym złożonym, u którego podstawy leży moc sądenia” wykonywana „celem zapewnienia [...] ochrony prawnej” (J. Jodłowski, W. Siedlecki, *Postępowanie cywilne. Część ogólna*, Warszawa 1958, s. 25). Podobnie, choć znacznie już później, ujmował to W. Lang — zob. W. Lang, *Prawo procesowe a prawo materialne. Wzajemne relacje*, [w:] *Prawo w XXI wieku. Księga pamiątkowa Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk*, red. W. Czapliński, Warszawa 2006, s. 428.

171 P. Kaczmarek, *Materialne i proceduralne aspekty prawa. Wstęp do rozważań nad objawami proceduralizacji w prawie europejskim*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Teoria prawa europejskiego*, red. J. Kaczor, Wrocław 2005, s. 129 n.

patrzył na proces z perspektywy realizacyjnej, poszukując odpowiedzi na pytania lokowane w wymiarze symbolicznym. Dlatego też, zgadzając się z Kłoskowską, że „w dziedzinie kultury tylko czynności bezpośrednie i ich rezultaty posiadają realizacyjną wartość biologiczną”¹⁷², możemy jednocześnie twierdzić, że w dziedzinie kultury (w tym kultury prawnej) czynności i wytwory symboliczne mają zarówno wartość symboliczno-instrumentalną ujawniającą się u aktorów, którzy poprzez swoje działania interesownie uczestniczą w obrocie prawnym, jak i wartość bezpośrednio-realizacyjną, jeśli w ten proces nie są zaangażowani, jeśli patrzą na proces lub jego wytwory (wyroki) przez pryzmat realizacji zewnętrznych wartości i zadają sobie pytanie, czy wartości te są lub nie są „konsumowane” w procesie prawnym. Taką konstrukcją myślową możemy jednak przyjąć pod warunkiem, że pojęcia homeostazy nie ograniczymy do biologicznego wymiaru życia człowieka i że pojęciem tym — jak twierdził Wróblewski i co dla prawnika wydaje się dość oczywiste — obejmiemy również życie społeczne, a więc aktywność w obszarze prawnej kultury symbolicznej.

Dokonywanie w ramach dostępnych procedur czynności prawnie doniosłych — czynności tworzenia i stosowania prawa — zakłada konieczność istnienia społecznej relacji pomiędzy autorem czynności i jakąś inną osobą lub grupą osób (adresatem lub innym podmiotem, którego skutki czynności mogą dotyczyć). Czynności takie tworzą lub realizują określony układ oddziaływań, tetyczny stan rzeczy, na który składają się, wedle terminologii Czesława Znamierowskiego, normy konstrukcyjne wyznaczające „obowiązek konwencjonalny” oraz normy konstrukcyjne wyznaczające „uprawnienie” (kompetencję). Normy te są istotnym czynnikiem wyznaczającym kształt stosunków społecznych¹⁷³, zarówno będących następstwem tetycznych (symbolicznych) aktów prawodawcy, jak i podobnych aktów innych podmiotów publicznych i prywatnych. Mają one postać aktów konwencjonalnych, które nadają kształt (walor) prawny założonym wcześniej jako *ratio legis* społecznym programom. Z drugiej strony takich symboliczno-instrumentalny sens przypisać możemy zachowaniom adresatów norm utworzonych w ten sposób, którzy na ich podstawie będą mogli podejmować czynności konwencjonalne (na przykład zawierać umowy), a przez to realizować własne, interesowne strategie działań w relacjach

172 A. Kłoskowska, *Kultura masowa*, s. 86.

173 C. Znamierowski, *Podstawowe pojęcia teorii prawa*, cz. 1. *Układ prawny i norma prawna*, Poznań 1934, s. 113, 148 n.; S. Czepita, *Koncepcje teoretycznoprawne Czesława Znamierowskiego*, Poznań 1988, s. 57.

z partnerami umów¹⁷⁴. Po obu stronach tego społecznego układu mamy zatem działania, których charakter i funkcja są lub mogą być w swojej charakterystyce podobne.

Co sprawia zatem, że pomimo wyraźnej instrumentalnej funkcji uwidaczniającej się w podejmowanych czynnościach przynajmniej część prawników nie nazwie przywołanej wyżej sytuacji instrumentalizacją prawa? Otóż to, że w opisywanej relacji zachowaniu normodawcy towarzyszyło takie nastawienie, w którym przewidziano dla adresata normy możliwość wyboru własnego zachowania — w tym przypadku wyboru zachowania w jego wymiarze zarówno symbolicznym (podpisać umowę czy jej nie podpisać), jak i instrumentalnym (z kim podpisać, jaką jej nadać treść, a więc jak zapewnić podmiotowi czynności najlepszą realizację przyjętej strategii działania). Przy czym — zauważmy — dla uznania prawa za „nieinstrumentalizowane” nie wystarcza sama wolność w sferze działań symbolicznych (podpisanie umowy), konieczne jest przede wszystkim zapewnienie adresatom norm możliwości wyboru dokonywania własnych czynności instrumentalnych. Mamy tu zatem do czynienia z pewnym samoograniczeniem się po stronie prawodawcy, który w swoim planie budowy porządku prawnego odrzuca taki wariant przyszłych wzajemnych układów z adresatami norm, w którym przywilejem czynności dokonywanych przez prawodawcę jest pełnienie funkcji instrumentalnej (opracowywanie strategii działań w określonej dziedzinie, nadawanie poszczególnym jej elementom kształtu prawnego) i pozostawienie zachowaniom adresatów norm wyłącznie funkcji realizacyjnej (wykonywanie elementów tej strategii poprzez wypełnianie obowiązków prawnych). Problem instrumentalizacji prawa zawiera się zatem w pytaniu o to, kto podejmuje decyzje (prawodawca czy potencjalny adresat normy) oraz komu przypadnie rola wykonawcy tych decyzji, a najkrócej rzecz ujmując — jak uczestnicy tego układu rozdzielią między siebie funkcje instrumentalną i realizacyjną.

Niechęć, którą w naukach społecznych wzbudza zjawisko instrumentalizacji, bierze się, jak sądzę, stąd, że złożoność stosunków społecznych wymusza rozdzielanie pomiędzy różnych uczestników życia społecznego tych wzajemnie komplementarnych funkcji, a to doprowadza do takich sytuacji, w których — kolokwialnie mówiąc — „własne plany realizowane są cudzymi rękami”¹⁷⁵. Jeżeli tego rodzaju

¹⁷⁴ Tak scharakteryzowany układ prawny odpowiadał będzie temu, co określa kontrolą poprzez „warunki ramowe” — i co traktowane jest jako przejaw komunikacyjnego ujęcia prawa. Zob. L. Morawski, „*Autopoiese*” i prawo refleksyjne w ujęciu G. Teubnera, s. 178–181.

¹⁷⁵ Uwagi powyższe są odpowiedzią na niepewność, którą zasygnalizował A. Kozak w tekście *Instrumentalność a instrumentalizacja prawa*, s. 100. Możemy tam przeczytać,

plany przygotowuje państwo, nadając poszczególnym ich elementom kształt norm prawnych, natomiast ich adresatom i innym podmiotom objętym zakresem ich regulacji pozostawia się wyłącznie funkcję realizacyjną, to niewątpliwie mamy do czynienia z jakimś rodzajem władzy autorytarnej oraz z prawem wprzęgniętym w służbę takiej władzy. Jeżeli jednak identyczne w swym kształcie, zinstrumentalizowane strategie realizować się będą bez bezpośredniego udziału państwa, w ramach tak zwanych stosunków poziomych (stosunki zobowiązaniowe, oparte na wykonywaniu kompetencji prywatnoprawnych¹⁷⁶), to porządek taki będzie porządkiem otwartym na instrumentalizację horyzontalną, odwołującą się do „motywacji wolnej”¹⁷⁷.

Zagadnienie instrumentalizacji prawa nie jest zatem problemem funkcji prawa jako takiej (każde prawo jest lub może być zinstrumentalizowane), lecz kwestią tego, komu ta funkcja zostanie przypisana, dla kogo motywacja celowo-instrumentalna stanie się racją działania, oraz, czy działanie takie znajdzie dla siebie warunki prawne, które sprzyjać będą „motywacji wolnej” otwierającej drogę do podejmowania aktów instrumentalizacji. Zarzuty przeciwników instrumentalizacji prawa — pomimo nawet odmiennych deklaracji w tym zakresie — kierowane są przeciwko państwowemu prawodawcy, jednak nie dlatego, że umożliwia to państwu dokonywanie aktów instrumentalizacji i pozostawienie podmiotom niepublicznym funkcji wykonawczej (oczywistym jest, że takie obszary, jak administracja, wojsko czy służba zdrowia, muszą pozostawać w prawnej domenie państwa), ale dlatego, że zbyt szeroko albo zbyt głęboko zakreślana jest granica między dziedziną władztwa państwowego i dziedziną, gdzie władza taka nie jest konieczna, a nawet jest szkodliwa. Dywagowanie o granicach instrumentalizacji prawa ma zatem sens, jednak nie jest to sens teoretyczny, a wyłącznie praktyczny. Jest to dyskusja o granicach wolności, którą daje prawo, o granicach ekonomicznej opłacalności, którą stwarza prawo, czy o granicach interwencji państwa w prywatność obywateli.

Wydaje się zatem, że przynajmniej pewna część z argumentów wytoczonych w dotychczasowych dyskusjach prawniczych wokół

że „A. Bator zdaje się sugerować, iż możemy mieć tu do czynienia ze swoistą »alokacją« obu funkcji pomiędzy różnych uczestników tworzenia i stosowania prawa. Np. samoograniczenie ustawodawcy [...] sprawia, że swobodą instrumentalnego użycia prawa dysponują adresaci norm prawnych”. Do kwestii tej szerzej wrócę w punkcie 8.2.

¹⁷⁶ Zob. Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 164, 321 n.

¹⁷⁷ Polegała ona na „kierowaniu postępowaniem ludzi poprzez kształtowanie odpowiednich struktur społecznych” (L. Petrażycki, *Teoria państwa i prawa w związku z teorią moralności*, t. 2, Warszawa 1959–1960, s. 573–574).

omawianego tu problemu została oparta na niewłaściwych założeniach, co w istotny sposób wpłynęło na niejasność problematyki kryjącej się za „instrumentalizacją prawa”, a zarazem spowodowało nadanie wyraźnie pejoratywnego wydźwięku tej kategorii. Mam tu na uwadze tych zwolenników tak zwanych nieinstrumentalnych ujęć prawa, którzy swoje krytyczne argumenty wspierali na koncepcjach odwołujących się do charakterystyki prawa jako działań lub wytworów symbolicznych (komunikacyjne ujęcie prawa, prawo jako system autopojetyczny). „Błąd” ten dostrzegam w myleniu funkcji zachowania (przedmiotu) — funkcji instrumentalnej prawa pojmowanego czy to jako szczególnego rodzaju zachowania, czy to jako ich wytwór (norma, system norm) — z charakterystyką tych zachowań lub przedmiotów jako symbolicznych (konwencjonalnych). Doprowadziło to do pewnego zafałszowania problemu poprzez przeciwstawienie prawa symbolicznego prawu instrumentalnemu.

Nie wchodząc w rozległą debatę semiotyków i teoretyków kultury na temat pojęcia symbolu, warto tylko zgłosić dość elementarną uwagę, a mianowicie, że istnienie wszelakich symboli każdorazowo zakłada obecność ich użytkownika. Człowiek jest, jak to zgrabnie nazwał Ernst Cassirer, „zwierzęciem władającym symbolami” (*animal symbolicum*), a wiele spośród dostępnych definicji symbolu jego konstytutywną cechą dostrzega właśnie w tym, że „jest to przedmiot posiadający wartość lub znaczenie nadane przez tych, którzy się nim posługują”¹⁷⁸. Instrumentalna funkcja przedmiotu i jego symboliczny charakter idą więc ze sobą w dość zgodnej parze, choć oczywiście nie jest to w żadnym razie związek konieczny.

178 L. White, *The Science of Culture. A Study of Man and Civilization*, New York 1949, s. 25.

4. W stronę demokratycznej instrumentalizacji prawa

4.1. Instrumentalizacja w perspektywie działającego podmiotu

Perspektywą badawczą, którą zamierzam w dalszych rozważaniach realizować, będzie punkt widzenia działającego podmiotu, „autora” aktu instrumentalizacji prawa, któremu przychodzi podejmować celowo-racjonalne (interesowne, oparte na dostępnej mu wiedzy) decyzje. Miernikiem interesowności jest przyjęty cel działania podmiotu (antycypowany stan rzeczy), natomiast na wiedzę składają się rozpoznane przez podmiot normatywne okoliczności towarzyszące podejmowanej decyzji: reguły działania konwencjonalnego, normy materialne limitujące prawną przestrzeń wolności decyzyjnej, instytucjonalny kontekst działania, wreszcie ujęte w postać zasad wewnętrzne standardy kultury prawnej. Pod tym względem chcę zachować i kontynuować „wewnątrz-prawny/prawniczy” punkt widzenia obecny w teoriach Langa i Gromskiego, jednak z zaznaczoną wyżej modyfikacją perspektywy podmiotu działania. Zabieg ten można nazwać „czynnikiem pragmatyzującym”¹⁷⁹ prezentowaną niżej koncepcję instrumentalizacji prawa. Wewnętrzne uwarunkowania *hic et nunc* podejmowanej przez działający podmiot decyzji *ex post* przyobleką się w kształt prawnych standardów/wartości, które pełnić będą funkcję podstawy oceny dokonanych aktów — czynności instrumentalizacji prawa. Oczywiście kwestią jest to, że działający pomiot

¹⁷⁹ Z obszernej literatury poświęconej problematyce pragmatyki języka pozwolę sobie w interesującym nas tu kontekście przywołać tylko myśl R. Carnapa: „jeżeli w danych badaniach odsyła się do mówiącego lub, ogólniej, do użytkownika języka, to zaliczamy te badania do dziedziny pragmatyki” (R. Carnap, *Introduction to Semantics*, Cambridge (Massachusetts) 1942, s. 9). Szerzej na ten temat w kontekście prawoznawstwa: S. Taekema, *Beyond common sense: Philosophical pragmatism's relevance to law*, „Nordisk Juridisk Tiidskrift” 29, 2006, nr 4. Zob. też A. Bator, *Użycie normy prawnej w regulacji stosunków gospodarczych* (rozdział trzeci, punkt 3).

musi się liczyć z towarzyszącymi mu okolicznościami, w tym uwarunkowaniami prawnymi, których zignorowanie może być następnie oceniane, kwalifikowane jako przekroczenie prawnych, wewnętrznych „granic” instrumentalizacji prawa. Z pragmatycznego punktu widzenia istotne jest jednak to, że kwalifikacja taka nie będzie już działaniem podmiotu instrumentalizacji, ale zewnętrzną kontrolą poprawności działań instrumentalizujących prawo, dokonaną przez inny podmiot (na przykład sąd) na podstawie znanych temu podmiotowi i ujętych we własny idiom kryteriów prawnej oceny rezultatów instrumentalizacji.

Problem określany w literaturze jako problem „granic instrumentalizacji prawa” uważam za ważny pod względem praktycznym, ale za wtórny w tym sensie, że jest on odpowiedzią, reakcją na dokonany już akt instrumentalizacji. Pragmatyczna, diachroniczna „logika” zakłada odwrócenie relacji tradycyjnie przyjmowanej w polskich teoriach instrumentalizacji prawa. Intuicyjnie rzecz ujmując, proponowane rozumowanie można przedstawić w taki oto sposób: zanim zaczniemy w swoich teoriach instrumentalizacji prawa stawiać bariery i kontrolować ich przestrzeganie, powinniśmy wcześniej odpowiedzieć sobie na pytanie, wobec czyich działań, a przede wszystkim wobec jak rozumianych działań bariery te będziemy budować. Chodzi zatem o odwrócenie perspektyw, czego argumentacyjną konsekwencją będzie poniechanie poszukiwania „granic instrumentalizacji prawa” (perspektywa kontrolera weryfikującego dokonany akt lub wytwór) i przesunięcie akcentu na charakterystykę samego działania instrumentalnego, działania podmiotu podejmującego decyzję w towarzyszących mu faktycznych i prawnych uwarunkowaniach.

Myślenie strukturalno-funkcjonalne sięga po argumenty skierowane przeciwko aktom instrumentalizacji prawa w obronie prawa jako systemu bądź też kultury prawnej ujmowanej jako spójny zbiór twierdzeń, ocen i norm (dyrektyw). W obu przypadkach czynnikiem racjonalizującym teorię instrumentalizacji jest obawa o prawo, o kulturę prawną czy kulturę w ogólności jako pewną całość¹⁸⁰, która to obawa

180 S. Hessen w kontekście rozważań o kulturze pisał, że pojęcie struktury zawiera w sobie trzy części: „pierwszy składnik to zasada całości [...]. [J]est to zasada płodna [...], jednak jak każda zasada filozoficzna ma i zasada całości niebezpieczeństwo, możliwość swej deprawacji [...]. Jest nim monizm, pod którego wpływem całość upraszcza się w totalność i traci swój konkretny charakter syntezy momentów wspólności i indywidualności”. Drugą częścią myślenia strukturalnego jest dobrze znana prawnikom zasada hierarchii, której negatywnym skutkiem jest negowanie szczebli podporządkowanych, „zamiast zachować je w sobie jako swe cząstkowe m o m e n t y”. Trzeci składnik wreszcie to nastawiona przeciwko naturalizmowi zasada autonomii; oznacza ona „uznanie pluralizmu warstw świata, w szczególności świata kultury, jednak i autonomia posiada swoją karykaturę, mianowicie w postaci autarkii, która jest formalistyczną jej deprawacją” (S. Hessen, *Studia z filozofii kultury*, s. 99–100).

dyktuje krytykę działań prowadzących do destrukcji normatywności¹⁸¹. Jak pisała E. Łojko, „prawo traci swoją tożsamość formalną, gdy łamiąc utrwalone w kulturze prawnej kanony stanowienia i stosowania prawa, przestaje być instrumentem działania właściwego prawu”¹⁸². Gromski dodawał jeszcze, że „globalnym wskaźnikiem tego procesu jest utrata przez prawo jego siły regulacyjnej [...], prawo pozbawione swej tożsamości, a wykorzystywane jedynie instrumentalnie, negatywnie wpływa na postawy wobec prawa, osłabia jego prestiż, może też rodzić frustracje i stresy w wymiarze jednostkowym i społecznym”¹⁸³. Są to stwierdzenia, z którymi trudno się nie zgodzić. Jednak z perspektywy podmiotu działającego w ramach dostępnego mu porządku prawnego tego typu tezy są w tym samym stopniu prawdziwe, co twierdzenia, że „w wymiarze jednostkowym i społecznym” frustrujące i stresogenne może być również prawo w pełni swoich „sił regulacyjnych”, w pełni „swojej tożsamości”, jeśli jest to siła i tożsamość stwarzająca działającej jednostce decyzyjny dystans czy dysonans, a tak jest, jeśli na prawo i kulturę spoglądamy wyłącznie z perspektywy funkcjonalno-strukturalistycznej.

Przywołany wyżej makrospołeczny ogląd kultury, kultury prawnej i prawa ma inną jeszcze konsekwencję, gdy chodzi o rodzimą literaturę teoretyczną. Pomimo przywołanych wyżej różnic pomiędzy autorami podejmującymi problematykę instrumentalizacji obiektem ich wspólnej krytyki staje się ostatecznie państwowy prawodawca. U Morawskiego uwidacznia się to w samym już rozumieniu instrumentalizacji prawa, we wpisaniu jej w pierwotny wariant pozytywizmu prawniczego. U innych autorów dopuszcza się aktywność polegającą na dokonywaniu aktów instrumentalizacji prawa także przez inne niż państwowy prawodawca podmioty prawne (organy stosujące prawo, adresaci prawa)¹⁸⁴, jednak to nie ci aktorzy i nie ich działania są czynnikiem sprawczym „destrukcyjnej instrumentalizacji prawa”, „dysfunkcjonalności kultury

181 Zob. W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, s. 61, 64 n.

182 E. Łojko, *Kryzys prawa i spadek jego prestiżu*, [w:] *Kultura prawna i dysfunkcjonalność prawa*, t. 1, Warszawa 1988, s. 298.

183 W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, s. 193.

184 Jak pisze W. Lang, prawo „ma charakter instrumentalny w tym znaczeniu, że normy i instytucje prawne są lub mogą być używane przez podmioty tworzące i stosujące prawo oraz przez innych adresatów prawa do realizacji różnych celów (w szczególności do zabezpieczania interesów indywidualnych i grupowych). Koncepcja ta nie zakłada redukcji norm prawnych do dyrektyw instrumentalnych [...], lecz [normy te podlegają — A.B.] ocenom i uzasadnieniom instrumentalnym, celowościowym i aksjologicznym” (W. Lang, *Instrumentalne pojmowanie prawa a państwo prawa*, s. 4). Podobnie jest u W. Gromskiego, który nazywa „dojrzałą kulturą prawną” taką, która „powinna regulować” działania polegające na: 1) tworzeniu prawa, 2) stosowaniu i wykładni prawa, 3) przestrzeganiu prawa, 4) kontroli przestrzegania prawa, a także: 5) działania osób zawodowo podejmujących działania określone w punktach 1), 2) i 4) (W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, s. 75).

prawnej”, „utruty przez prawo jego siły regulacyjnej” czy „osłabienia jego prestiżu”¹⁸⁵. Destrukcyjna, o której mowa, wiązana jest z działaniami agend państwowych i prawem jako „instrumentem polityki pozostającym w gestii aparatu władzy” wymuszającej pożądane przez siebie zachowania¹⁸⁶. Co więcej, to dwukierunkowa instrumentalizacja prawa — instrumentalizacja inicjowana również przez podmioty spoza sfery publicznej — ma minimalizować, obok koncepcji państwa prawa, „destrukcyjną instrumentalizację prawa”¹⁸⁷.

Jak widzimy, normatywne ostrze tych koncepcji bezpośrednio lub pośrednio skierowane jest przeciwko praktykom państwowego prawodawcy i pozostającym w jego gestii upolitycznionym agendum stosowania prawa. Wyjście poza te pozostające w kręgu pozytywizmu prawniczego schematy, limitujące dotychczasowe pole problemowe polskich teorii instrumentalizacji prawa, wymaga co najmniej zrównoważenia proporcji między tym, co publiczne, i tym, co prywatne, jeśli nie bardziej jeszcze radykalnego kroku podpowiadanego przez badaczy sięgających do tradycji filozoficznego pragmatyzmu, to jest odejścia od rozróżnienia na aktorów działających w sferze publicznej i prywatnej¹⁸⁸. Za wyłom w tradycji pozytywistycznej może być uznany H.L.A. Harta koncept wtórnych reguł nadających zdolność osobom prywatnym wraz z ideą „prywatnego legislatora”¹⁸⁹. Dalej idący zamiar wymaga już odsunięcia się od założeń myśli pozytywistyczno-prawnej i przekierowania uwagi na pragmatyczne ujmowanie prawa. Podpowiedzi kierujące nas w tę stronę znaleźć można w pragmatycznym instrumentalizmie Johna Deweya, a sięgające jeszcze dalej, już wprost do prawoznawstwa — w propozycji relacji horyzontalnych i koncepcie pluralistycznej instrumentalizacji prawa Sanne Taekema¹⁹⁰.

I jeszcze jedna modyfikacja założeń przyjmowanych w polskich teoriach instrumentalizacji prawa. Jej punktem wyjścia jest taka oto uwaga,

185 W. Gromski, *Autonomia i instrumentalnych charakter prawa*, s. 171–173.

186 *Ibidem*, s. 173.

187 W konkluzji swojego artykułu W. Lang pisze: „w państwie prawa możliwość faktyczna destrukcyjnego posługiwania się prawem jest jednak zminimalizowana (choć nie wykluczona) przez tzw. formalne gwarancje praworządności (w procesie tworzenia i stosowania prawa) oraz przez dwukierunkową instrumentalizację prawa” (W. Lang, *Instrumentalne pojmowanie prawa a państwo prawa*, s. 13).

188 Zob. D. Kennedy, *The Rise & Fall of Classical Legal Thought*, Pennsylvania 1998. Kennedy za reprezentatywnych przedstawicieli takiego sposobu myślenia o prawie uważał prawników-pozytywistów: F. von Savigny’ego z jego atencją dla tradycji prawa rzymskiego oraz J. Austina.

189 H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, przeł. J. Woleński, Warszawa 1998, s. 46 n., 65 n., 117, 136.

190 S. Taekema, *The many uses of law: Interactional law as a bridge between instrumentalism and law’s values*, [w:] *In Pursuit of Pluralist Jurisprudence*, red. N. Roughan, A. Halpin, Cambridge 2017.

którą znajdujemy w końcowych fragmentach monografii Gromskiego *Autonomia i instrumentalnych charakter prawa*:

autonomia prawa, będąca efektem społeczno-regulacyjnego oddziaływania części kultury prawnej, na którą składają się wartości formalne prawa i dyrektywy określające sposoby realizacji tych wartości, tworzy kulturowy kontekst, który powinien być brany pod uwagę przy podejmowaniu decyzji co do konkretnych aktów instrumentalizacji prawa [...]. Kontekst ten stanowi jedną z aksjologicznych granic instrumentalizacji prawa, [jego] pominięcie lub wyjście poza jego ramy, jakkolwiek może okazać się efektywne, to jednak może prowadzić do negatywnej oceny użycia prawa jako instrumentu¹⁹¹.

Jest to myśl o tyle mi bliska, że ukazuje, podnoszoną już wyżej, przekładalność perspektyw działania podmiotu, którego dowolność uwarunkowana jest kontekstem społeczno-instytucjonalnym, i wtórnej kontroli jego działań opartej na zewnętrznej ocenie przekroczenia prawnych lub prawniczo akceptowalnych „granic” instrumentalizacji. Gromski pogłębia tę intuicję, przywołując pogląd Stanisława Kaźmierczyka, że „w prawie zawiera się instrumentalność i autonomiczność zarazem [...], że sama autonomiczność może być też instrumentalna [...]. I odwrotnie: instrumentalność również może być autonomiczna”; w końcu Kaźmierczyk podkreśla — co wydaje się szczególnie godne uwagi — że „nie może być instrumentalne to, co nie jest autonomiczne”¹⁹². Gromski przeformułowuje to nieco wieloznaczne stwierdzenie na pytanie: „czy i kiedy autonomia prawa może okazać się koniecznym warunkiem (nieprzekraczalną granicą) skuteczności aktów jego instrumentalizacji?”, co prowadzi go — w zgodzie z realizowanymi założeniami podejścia strukturalno-funkcjonalnego — do znanych już nam holistycznych rozważań o „destrukcji normatywności”, „dysfunkcjonalności kultury prawnej” czy niepewności w „zachowaniu przez prawo jego tożsamości”¹⁹³.

W mojej ocenie tę może nieco ezopową myśl Kaźmierczyka można w duchu pragmatyzmu zinterpretować inaczej: nie może być mowy o instrumentalizacji prawa, jeśli po stronie działającego podmiotu (mniejsza o to, czy będzie to państwowy prawodawca czy osoba prywatna) nie będzie zachowana niedyspozytywna, autonomiczna kultura prawna, gdyż to ona właśnie zapewnia przestrzeń wolności działania, która jest

191 W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, s. 170.

192 S. Kaźmierczyk, *Założenia metodologiczne rozważań o relacjach między prawem w znaczeniu instrumentalnym a prawem w znaczeniu pozainstrumentalnym*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Instrumentalizacja prawa*, red. A. Kozak, Wrocław 2000, s. 25.

193 W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, s. 171.

niezbędna do dokonywania wyborów czyniących sensownymi podejmowanie aktów instrumentalizacji prawa. Ta sama autonomiczna kultura prawna limitować będzie tę wolność ze względu na inne domeny, takie jak polityka czy ekonomia, i działania aktorów w nich podejmowane. W sytuacji społeczeństwa demokratycznego jest to warunek konieczny dla równoprawnej egzystencji państwa, samorządu i wszelkich innych uczestników spluralizowanego obrotu prawnego. Złamanie tej równowagi istotnie może prowadzić do destrukcji normatywności, a przemoc imperatywnego, zinstrumentalizowanego prawa, znoszącego wolność po stronie adresatów norm pochodzących od państwowego prawodawcy, może okazać się równie groźna — i bardziej prawdopodobna — od nadużywania praw i wolności przez jednostki w zanarchizowanym społeczeństwie. Ryzyka destrukcji prawa i jego autonomii nie da się wykluczyć, a nawet, jak uczy obserwacja naszej rodzimej rzeczywistości z ostatnich lat, uniknąć. *No risk, no fun*. W przeciwnym razie można by zadać sobie pytanie, czemu w warunkach demokratycznych służyć ma kultura prawna i autonomia prawa, jeśli nie wolności i aktywności społecznych podmiotów oraz świadomości nieuchronnej kooperacji ze względu na uwarunkowania, jakie stwarza kultura prawna i ufundowana na niej autonomia prawa.

Przywołana wyżej interpretacja sentencji Kaźmierczyka ma inny jeszcze walor. Pokazuje chybotliwość podstaw poglądu, wedle którego autonomia prawa (prawna kultura symboliczna) przeciwstawiana jest instrumentalizacji prawa (prawnej kulturze technicznej). Mówiliśmy o tym już wcześniej. Zwrot „nie może być instrumentalne to, co nie jest autonomiczne” wnosi do tamtych rozważań taką tylko nową myśl, zasadniczą jednak dla moich dalszych rozważań: autonomia prawa — eksponująca nie tylko wartości prawa, lecz także zestawy pojęć, w których te wartości są wyrażane — jest czymś pierwotnym wobec prawa, pierwotnym właśnie z pragmatycznego punktu widzenia, odwracającym dominującą w literaturze strukturalistycznej perspektywę badań nad instrumentalizacją prawa. Pozwala mianowicie działanie technologiczno-racjonalne określonego podmiotu uznać za działanie dla niego naturalne, zwykłe w podejściu do prawa i jego wartości, bo podporządkowane osiągnięciu korzyści (publicznych, grupowych, jednostkowych). Istotnym elementem takiej racjonalności, a zarazem warunkiem skuteczności podejmowanych działań będzie wcześniejsze rozeznanie zewnętrznych uwarunkowań prawnych: zastanych regulacji, ale też wartości i standardów kultury prawnej składających się na normatywne otoczenie podejmowanego działania. Wartości te i standardy mogą tyleż ograniczać działanie, co wzmocniać/rozszerzać/uzasadniać

swobodę decyzyjną podmiotu dokonującego aktu instrumentalizacji prawa. Zwrot „granica” wydaje się tu już nieadekwatny, choć w pewnych sytuacjach niepozbawiony sensu, jako że owe regulacje prawne oraz kulturowe wartości i standardy (podobnie jak rozliczne inne czynniki ekonomiczne, finansowe czy polityczne) mogą być przez działający podmiot uznane za obciążone ryzykiem przekroczenia „granic”, za którym *ex post* pójdzie mniej lub bardziej przewidywalna odpowiedzialność prawna. W momencie podejmowania działania są to jednak tylko okoliczności i uwarunkowania towarzyszące podejmowanej decyzji.

Zwrot „nie może być instrumentalne to, co nie jest autonomiczne” mieć będzie również istotny sens pojęciowy, wpisujący się w pragmatykę samego zachowania językowego. Działanie instrumentalne to przecież nie tylko podejmowanie decyzji, lecz także dopasowywanie do nich odpowiednich środków prawnych, uruchamiających zachowania prowadzące do oczekiwanych celów/stanów rzeczy. Owe „środki prawne” to przyobleczone w odpowiednie formy prawne akty tworzenia prawa, wyroki sądowe, decyzje administracyjne oraz czynności prawne osób publicznych i prywatnych, a więc sformalizowane w języku prawnym działania nastawione na interpretację, mające postać doniosłych prawnie czynności konwencjonalnych. Działania tego rodzaju, jeśli mają się okazać skuteczne pod względem komunikacyjnym, wymagają odpowiedniej kompetencji językowej i poprawnego, zgodnego z odpowiednią regułą wykonania; jeśli natomiast mają osiągnąć skuteczność prawną, wymagają, określonego podmiotowo, zakresowo oraz formalnie poprawnego wykonania kompetencji prawnej. A zatem z pragmatyngwistycznego punktu widzenia, z perspektywy profesjonalnej pragmatyki posługiwania się językiem prawnym te należące do sfery autonomii języka prawnego wymogi, rzutujące na komunikacyjną skuteczność działania, poprzedzać muszą działanie zorientowane instrumentalnie. Taka jest bowiem pragmatyczna logika, że bez zrozumienia sensu komunikacyjnego podjętej czynności, uznania jej za ważną, skutecznie dokonaną, nie da się sensownie mówić o performatywnych następstwach podjętego działania, a tym samym uznać go za akt instrumentalizacji prawa. Prawna ocena skutków instrumentalizacji prawa, w tym ocena oparta na zakorzenionych w kulturze prawnej wewnętrznych wartościach prawa, nie jest zatem możliwa bez zidentyfikowania i zinterpretowania podjętego działania jako działania należącego do domeny prawa. W przeciwnym razie skąd mielibyśmy wiedzieć, na jakiej podstawie uznajemy określone zachowanie za „akt instrumentalizacji prawa”.

4.2. Punkt wyjścia: autonomia prawa

Mimo że imperatywne ujęcie prawa, związane w kontynentalnej tradycji z pozytywizmem prawniczym w jego pierwotnym kształcie, jest zazwyczaj pozycjonowane w konfrontacji do tak zwanej komunikacyjnej koncepcji prawa („prawa jako rozmowy”, jak to metaforycznie nazywał Morawski), łączy oba te ujęcia przekonanie, że nauka (naukowo uzasadniona „kultura techniczno-użytkowa”) i kultura („kultura symboliczna”) powinny pełnić wobec działań normodawczych podmiotów publicznych i prywatnych funkcję regulatywną, a następnie *ex post* legitymizować lub delegitymizować powstałe prawo, dostarczając stosownych uzasadnień dla dokonanych rozstrzygnięć prawnych. Obawiając się władczej samowoli w procesie realizacji prawa, w każdym z tych ujęć dotychczasowa teoria i filozofia usilnie poszukiwała niedyspozytywnych podstaw kształtujących praktykę prawodawczą, ale też limitujących działania podejmowane w ramach stosowania prawa oraz aktywność prawników świadczących swoje usługi. Taką między innymi rolę odgrywała pozytywistyczna nauka wobec polityki tworzenia i stosowania prawa w ramach koncepcji realizujących instrumentalny model racjonalności prawa. Podobne zadanie — narzucania warunków i ograniczeń prawodawstwu i stosowaniu prawa — realizować miały wzorce prawnej kultury symbolicznej określane jako wewnętrzne wartości prawa, zasady prawa czy idea *rule of law*. Treść tego rodzaju roszczeń skierowana była w głównej mierze w stronę praktyki normodawczej realizującej program pozytywizmu prawniczego, co prowadziło do ewolucji tej koncepcji, jej wzbogacania o elementy legitymujące się odmiennymi rodzajami teoretyczno-filozoficznymi. Barię dla techniczno-użytkowej wizji kultury prawnej wczesnego pozytywizmu (prawo jako jednostronny akt wolicjonalno-decyzyjny państwowego prawodawcy) stały się więc niedyspozytywne uwarunkowania ze sfery kultury symboliczno-prawnej (prawo jako wytwór realizacji reguł i zasad państwa prawa). Swoista kulturowa konwergencja elementów dobieranych z często odmiennych źródeł prowadzi do zauważalnego ujednoczenia się sposobów mówienia o prawie, myślenia o nim i działania w jego obrębie¹⁹⁴. Układa się to w pewną narrację — opowieść o kierującym się żądzą władzy wobec jednostki prawodawcy (polityku) i o prawniku poskramiającym prawodawcę w imię bezpieczeństwa tejże jednostki i trwałości prawa,

¹⁹⁴ A. Kozak takie właśnie uwarunkowania nazywał „rzeczywistością wewnątrzinstytucjonalną” (A. Kozak, *Granice prawniczej władzy dyskrecyjnej*, Wrocław 2002, na przykład s. 159).

a czerpiącym argumenty dla swojego działania z dorobku prawnej kultury symbolicznej.

Konkurencyjną strategią postępowania badawczego, którą chcę niżej zaprezentować, byłaby taka oto wizja: zamiast walczyć z imperium państwowego prawodawcy poprzez wpychanie go w koleiny reguł kultury prawnej, możemy przededefiniować tę wyjściową sytuację w taki sposób, że przyjmujemy, iż prawodawców jest wielu (publicznych, „prywatnych”), a wszyscy oni działają w pewnych zadanych im warunkach zewnętrznych, które stwarza zastana kultura prawna (kultura symboliczna) pełniąc funkcję medium wzajemnej komunikacji i uzgadniania zróżnicowanych interesów prawnych. Państwowy prawodawca może wносить w ten porządek nowe elementy regulatywne (na przykład określać kompetencje, procedury), jednak na warunkach określonych przez zastane zasady prawne (*rule of law*, praworządność, doktryna państwa prawa) i w zgodzie z pewnymi materialnymi prawami o podobnej, niestanowionej proveniencji, takimi jak prawo do życia, godność czy równość. Zakładamy zatem multicentryczny obraz prawa nie tylko w sensie instytucjonalnym (prawo krajowe, europejskie, międzynarodowe), ale przede wszystkim w sensie podmiotowym, to jest nieskończonej ilości zindywidualizowanych uczestników, którzy w określonych, zróżnicowanych kontekstach sytuacyjnych podejmują wewnątrz tych samych uwarunkowań normatywnych, stwarzanych przez standardy prawnej kultury symbolicznej, „grę w prawo”. Będzie to gra z użyciem prawa prowadzona na podstawie tych samych, niezależnych od działającego aktora (autonomicznych) standardów i zasad, oparta jednak na własnych strategiach działania, które służą realizacji egoistycznych, interesownych celów. Autonomia prawa pozostaje nadal, w zgodzie z prezentowanymi wcześniej tezami rodzimych teorii instrumentalizacji prawa, czynnikiem hamującym, prawnie delegitymizującym arbitralne akty instrumentalizacji. Dotychczasowa funkcja autonomii prawa wymagać będzie jednak korekt.

I tak argument z autonomii prawa nie będzie kierowany wyłącznie przeciwko państwowemu prawodawcy w imię ochrony jednostek przed imperium państwa. Mechanizm ten powinien działać obustronnie. Symboliczno-komunikacyjny obraz prawa demokratyzuje prawniczy dyskurs o władzy (wielość podmiotów) oraz demonopolizuje instrumentalny, techniczno-użytkowy wymiar prawa: obok instrumentalizacji państwowego prawodawstwa mamy również do czynienia z podobnie „celowym użyciem” podobnych w swoim kształcie standardów, takich jak kompetencje czy uprawnienia, formy wymagane dla skutecznego podejmowania czynności prawnych i procedury, również po stronie

pozostałych uczestników „gry w prawo”. Pomimo potencjalnie różnie zorientowanych strategii działania jedno pozostaje wspólne: u podstaw proponowanego ujęcia prawa znajdujemy założenie, że wszystkim „graczom” towarzyszą ujednoczone sposoby myślenia, mówienia i działania w obrębie tej gry. Inaczej mówiąc, mamy co prawda do czynienia z wieloma pojedynczymi gramami (strategiami), jednak wszystkie oparte są na tych samych lub podobnych regułach, ufundowanych na wspólnej metanarracji (na przykład na tak zwanej komunikacyjnej racjonalności dyskursu, zastępującej jej poprzedni, celowo-instrumentalny wariant)¹⁹⁵. Zmienia się zatem dominujący typ relacji w prawie, relacje wertykalne ustępują miejsca relacjom horyzontalnym, jednak te pierwsze nie znikają, ustępują tylko pierwszeństwa tym drugim. Pozostaje natomiast przekonanie, że reguły konwencjonalnego działania (kto, w jaki sposób i w jakiej dziedzinie może podejmować działanie) oraz wartości składające się na symboliczną kulturę prawną (prawa i wolności tworzące tak zwaną praworządność materialną) nadal określają granice wolności podmiotów uczestniczących w obrocie prawnym (prawodawców, sądów, organów administracji, obywateli), a depozytariuszem tych standardów jest rzetelnie wyedukowany prawnik.

Autonomię prawa z jej symboliczno-komunikacyjną funkcją będą chciał traktować jako czynnik otwierający drogę do instrumentalizacji prawa, wręcz ją funkcjonalnie warunkujący, zgodnie z „logiką” pragmatyczną, wedle której skuteczne „działanie za pomocą słów” (tworzenie, stosowanie, wykładnia prawa, a także przestrzeganie prawa) nie jest możliwe bez tych słów odpowiedniego zrozumienia. Nawet jeżeli nie wszystko w obszarze problemowym instrumentalizacji prawa do słów się sprowadza, to na pewno od słów się zaczyna. Pisana z pozycji teorii prawa rozprawa o „instrumentalizacji prawa” powinna być przede wszystkim pracą o prawie (Prawie), o tym, jakie ono daje możliwości i jaki stawia opór przy podejmowaniu aktów instrumentalizacji, do jakiego wysiłku zmusza działający podmiot, który organizuje sobie prawną i kulturową przestrzeń z elementów nie zawsze przecież w warunkach multicentryczności spójnych, jak przedstawiał to budowany przez strukturalizm obraz kultury.

W poszukiwaniu punktu oparcia dla proponowanych wyżej kierunków adaptacji teorii instrumentalizacji prawa proponuję raz jeszcze wrócić do debaty z obszaru teorii kultury. Odrzucenie strukturalistycznej

¹⁹⁵ Zdaniem J.F. Lyotarda koncepcja konsensusu J. Habermasa jest również rodzajem ujednoczającej metanarracji i jest wpleciona w „dyskurs władzy” (J.F. Lyotard, *Kondycja ponowoczesna. Raport o stanie wiedzy*, przeł. M. Kowalska, J. Migasiński, Warszawa 1997, s. 175).

perspektywy w badaniach nad kulturą wraz z założeniem konieczności całościowego ujmowania badanych zjawisk, pieczy nad wewnętrzną spójnością wartości, norm i dyrektyw oraz idących za tym obaw o erozję kultury i jej społecznej funkcjonalności wymaga odpowiedzi na pytanie, co w zamian. Czym jest albo może być kultura, którą pozbawimy normatywności i tradycyjnie przypisywanych jej funkcji społecznych.

4.3. Kultura bez struktury: pragmatyczny punkt widzenia

Teoretyczny kanon zakładający, że jednostka myśli i działa w sposób właściwy dla jakiejś jednej, przypisanej jej terytorialnie czy etnicznie kultury, bywa coraz częściej podważany. Cechą współczesnego świata jest to, że ludzie żyją zaplątani w wielość struktur znaczeniowych, pomiędzy którymi dokonuje się nieustanny przepływ, dzięki czemu wzorce kulturowe tracą swoją spójność, beczasowość i lokalność¹⁹⁶. „Kultura [...] przypomina raczej idiolekt, pewną indywidualną perspektywę, niemającą nic wspólnego z monolingwistyczną strukturą”¹⁹⁷. Przymiot niezależności i spójności kultury zanika, a w ich miejsce pojawiają się takie jej atrybuty, jak „hybrydyzacja” i „kreolizacja”. Tradycyjna rola przypisywana do niedawna kulturze zastępowana jest przez pojęcie globalnej ekumeny, będącej sposobem indywidualnego organizowania sobie życia przez jednostkę z wykorzystaniem zastanych elementów różnorodności. Elementy te wyznaczają jednostce dostępną jej „sieć perspektyw” czy też stają się „jednym wielkim kulturowym inwentarzem”¹⁹⁸, z którego czerpiemy to, co nam bliższe albo po prostu potrzebne. Kultura jako zestaw reguł i wzorców zachowania się, a także sposobów ich interpretacji (wraz z metaforą kompetentnego „antropologa tłumacza”) ustępuje miejsca kulturze jako czynności wiązania przez aktorów na społecznej scenie ukrytych w tekstach strategii działania z zaistniałymi sytuacjami i czynienia owych związków „operacyjnymi”¹⁹⁹. Bycie lub nie-bycie w kulturze zależy od umiejętności takiego operacyjnego odczytania sensów. To jednostka wpasowuje się w kulturę poprzez

¹⁹⁶ U. Hannerz, *Cosmopolitans and locals in world culture*, „Theory, Culture and Society” 7, 1990, nr 2–3, s. 249; A. Appadurai, *Disjunctive and difference in the global cultural economy*, „Theory, Culture and Society” 7, 1990, nr 2–3, s. 295 n.

¹⁹⁷ M. Kępnny, *Komunikacja międzykulturowa czy postkulturowa globalna ekumena*, [w:] *Komunikacja międzykulturowa. Zbliżenia i impresje*, red. A. Kapciak, L. Korporowicz, A. Tyszcza, Warszawa 1995, s. 137.

¹⁹⁸ U. Hannerz, *Meditation in the global ecumene*, [w:] *Beyond Bondaries*, red. G. Palsson, Oxford 1993, s. 51.

¹⁹⁹ Z. Bauman, *Morality, Immorality, and Other Life Strategies*, Stanford, CA 1992.

własne działanie — jest lub nie jest w niej obecna — dobierając sobie z jej zastanych elementów to, co jest dla niej operacyjnie użyteczne. Kultura nie jest nam dana jako zamknięty zestaw reguł określających zachowania uczestników i służących obserwatorowi do odczytywania zawartego w nich sensu, lecz sama staje się sposobem zachowania. To nie zastane i zaakceptowane kulturowe reguły i procedury są warunkami wzajemnej komunikacji, to kultura powstaje w procesie komunikacji lub — jak wprost nazywa to J. Carey — komunikacja jest kulturą²⁰⁰.

Tego rodzaju pragmatyczne i zoperacjonalizowane pod kątem potrzeb uczestnika (na przykład użytkownika określonej instytucji) pojmowanie kultury znosi bariery zbudowane na podstawie jej dotychczasowego, strukturalistyczno-funkcjonalnego ujęcia. Po pierwsze, zniesiona zostaje opozycja między techniczno-użytkowym wymiarem kultury (cywilizacja i technika, publiczne i prywatne akty instrumentalizacja prawa) a kulturą symboliczną (wspólnota znaczeń, uniwersalne standardy komunikacji, nawet w obrębie określonego środowiska). Kultura symboli także zaczyna być sytuowana w obszarze działań ocenianych przez pryzmat korzyści i użyteczności (egzystencji) podmiotu działania. Postrzegana jest jako sprzyjająca zaspokajaniu potrzeb codziennych, a już niekoniecznie tylko tak zwanych wyższych potrzeb; staje się sposobem bycia jednostki w zastanym środowisku. Co więcej, sam podział na potrzeby powszechne i potrzeby wyższe zaczyna tracić sens. Po drugie, tożsamość czasów ponowoczesnych jest spluralizowana i zdecentralizowana — wielkie oświeceniowe narracje ustąpiły miejsca polifonii głosów, które składają się na lokalne dyskursy, świadome swej partykularności²⁰¹. W konsekwencji tych przeobrażeń zanika tradycyjna, regulatywna funkcja kultury, a jej pozostałości spotyka zarzut kulturowej opresyjności, władzy kryjącej się za jej regułami. Uczestniczenie w kulturze staje się wyborem jednostki, polega na tworzeniu dla siebie własnej, często nietrwałej, sytuacyjnej przestrzeni, zbudowanej z dyspozytywnych elementów zapożyczonych od różnych lokalnych rzeczywistości²⁰². Im większe zatem zróżnicowanie lokalnych kultur, powszechniejsza ich dostępność, a także ruchliwość osób będących nosicielami wartości i reguł w kulturach tych zawartych, tym większa

200 J. Carey, *Communication as Culture. Essays on Media and Society: Essays on Media and Society*, Boston 1989.

201 „Nie ma czegoś takiego, jak mowa w ogóle, uniwersalny język, lecz jedynie rodzaje i porządki dyskursów, które są względem siebie niewspółmierne i nieprzekładalne” (J.F. Lyotard, *Le Différend*, Paris 1983, cyt. za: K. Wilkoszewska, *Wariacje na postmodernizm*, Kraków 2000, s. 33).

202 J. Clifford, *The Predicament of Culture: Twentieth-Century Ethnography, Literature and Art*, Cambridge (Massachusetts) 1988, s. 4.

skala wyboru, tym szersze możliwości budowania indywidualnego krajobrazu kulturowego.

Dla zwolenników myśli ponowoczesnej nauka i kultura jednakowo utraciły zdolność pełnienia regulatywnej i legitymizującej funkcji. Samo zresztą poszukiwanie tego rodzaju podstaw prawa uznane zostaje za zamiar niebezpieczny²⁰³. W istocie rzeczy nie ma w tej sytuacji większego znaczenia, czy prawo zechcemy wiązać z kulturą techniczno-użytkową (cywilizacją, wyróżnianą przez takie atrybuty, jak naukowość, postęp, uniwersalność, i wyrastające na tych wartościach zachowania-akty instrumentalizacji) czy z kulturą symboliczną (wspólnotowością, trwałością, niedyspozytywnością, zasadniczym charakterem, stwarzającymi granicę dla aktów instrumentalizacji), skoro każdej z tych perspektyw postrzegania kultury możemy przypisywać rolę regulatywnego (czytaj: opresyjnego) wzorca zewnętrznego wobec uczestników życia prawnego. Nie chodzi przecież o to, aby zastępować jedną metanarrację drugą, skoro każda z nich będzie sobie rościć prawo do uniwersalności, przez co każda z nich jest postacią władzy-wiedzy-wartości narzucających jawne lub ukryte schematy myślenia i działania.

Czy alternatywą dla tego rodzaju argumentacji może być wyłącznie odrzucenie tezy, że pojęcie kultury (w obu przywoływanych tu znaczeniach) generuje władcze wzorce dla zachowania się prawodawców, prawników i innych uczestników życia prawnego? Czy musi się to wiązać z rezygnacją z tak silnie ugruntowanego w antropologii kulturowej, o prawoznawstwie nie wspominając, poglądu o regulatywnej funkcji kultury? I tak, i nie, albowiem myśl ponowoczesna uchyła prawomocność poszukiwania odpowiedzi na fundamentalne pytania, pozostawiając jednak zestawy regulacyjnych narzędzi na poziomie lokalnym²⁰⁴. Skoro uczestniczenie w kulturze może być wyborem jednostki i polega na tworzeniu własnej, sytuacyjnej przestrzeni kształtowanej z dostępnych elementów, wziętych z różnych lokalnych idiomów językowych, to powinno to oznaczać podobne traktowanie kultur prawnych oraz lokalnych praktyk regulacyjnych, co w zglobalizowanej

203 Rozważania nad uprawomocnianiem i totalitaryzmem stanowią ten sam rodzaj argumentacji (J. F. Lyotard, *Postmodernizm dla dzieci. Korespondencja 1982–1985*, Warszawa 1998, s. 55 n.).

204 Teza o lokalnej regulatywności kultury stała się powszechna za sprawą głównie B. Malinowskiego. Badacz ten kładł nacisk na autonomię każdego systemu kulturowego, na jego całościowość i kompletność oraz odmiennność międzykulturowych reguł. Stąd metodologiczne zalecenie nakazujące antropologowi oglądanie świata „oczyma tubylca”, narzucające konieczność znajomości miejscowego języka i obyczajów. Traktowanie kultury jako autonomicznej, nieredukowalnej do innych zjawisk struktury wyznaczało antropologowi rolę „kulturowego pośrednika” w przekładzie reguł sensu badanych zachowań na idiomy myślenia europejskiego.

rzeczywistości prawnej — na przykład w międzynarodowych sporach prawnych z udziałem korporacji, szczególnie wykorzystujących instytucje ADR-u — wcale nie jest takie trudne do wyobrażenia (*vide: legal transplants* czy zjawisko hybrydyzacji prawa).

Natomiast problemem dla prawnika może być pytanie o oczekiwania kierowane pod adresem myśli ponowoczesnej, jeśli zważyć jej programową niechęć do budowania alternatyw dla odslanianej i krytykowanej przez siebie rzeczywistości. Postmodernistyczny *logos* i tworzone z jego inspiracji wytwory mają być swoistą diagnozą świata, na pewno nie pierwszą, za to na pewno diagnozą nam współczesną, a ponadto bardziej złożoną, wymagającą, głęboką i bezkompromisową²⁰⁵. Dlatego nieprzypadkowo sztandarowa dla tego nurtu praca J.F. Lyotarda nosi tytuł *Kondycja ponowoczesna* i jeszcze bardziej jednoznaczny podtytuł: *Raport o stanie wiedzy*. Prawoznawstwo ze swoim paradygmatycznym problemem normatywności, pojmowanej jako praktyczne pytanie o konsekwencje płynące z tej diagnozy, zmuszone będzie poszukiwać odpowiedzi już w innym miejscu. Z perspektywy interesującej nas w niniejszej pracy problematyki, jeżeli nie odpowiedzi, to przynajmniej inspirującej podpowiedzi może udzielić nam pragmatyzm, do którego sięgnąć zamierzam w wersji zaproponowanej przez Johna Deweya — koncepcji znanej prawoznawcom nie tylko z kręgu amerykańskiego realizmu, którą opatrzone nieobojętną dla interesującej nas problematyki nazwą „pragmatycznego instrumentalizmu”²⁰⁶.

Koncepcja ta, pomimo znaczących różnic widocznych przy próbie jej konfrontacji z myślą ponowoczesną, a ponadto przecież chronologicznie znacząco wcześniejsza, kształtowana w odmiennym kontekście społeczno-kulturowym, może zaskoczyć dzisiejszego czytelnika podobieństwem przyjmowanych diagnoz z przywołanymi wyżej twierdzeniami myśli ponowoczesnej. Do wybranych fragmentów koncepcji Deweya chcę się odwołać z jednego zasadniczego powodu, a mianowicie: wychodząc z podobnej diagnozy rzeczywistości (postmodernizm) lub świadomie wybierając określone założenia badawcze (pragmatyczny instrumentalizm), propozycja Deweya odpowiada na pytania, wobec których myśl

205 M. Dąbrowski, *Postmodernizm: myśl i tekst*, Kraków 2000, s. 179. „Postmodernizm jest bodaj pierwszym zjawiskiem w sztuce, które nie tworzy [...] założeń teoretycznych i metodologicznych zasad [...]. Zawiera jedynie element krytyki wobec zastanego [...]. Dalej się jednak nie posuwa, nie próbuje ustanawiać nowych reguł gry, nowych warunków funkcjonowania, jak to robili romantycy, pozytywiści, moderniści, awangardyści, surrealiści, socrealiści itd.” (*ibidem*, s. 176–177).

206 R.S. Summers, *Pragmatic instrumentalism in twentieth century American legal thought—a synthesis and critique of our dominant general theory about law and its use*, „Cornell Law Review” 66, 1981.

ponowoczesna starała się zachować programowy dystans, dotyczące tego, w jaki sposób stwarzająca naturalny opór jednostce rzeczywistość biologiczna, społeczno-kulturowa, w tym pojęciowa, a więc i prawna, może być „oswojona” przez działający podmiot i wykorzystana do jego interesownych, celowych przedsięwzięć. Programowe postmodernistyczne narzekania na istniejący świat ustępują tu miejsca programowi, a właściwie instrukcji adresowanej do jednostki gotowej do podjęcia działania, zawierającej wskazówki, jak radzić sobie z nieprzyjnym otoczeniem. Nieprzypadkowo Dewey uchodzi w powszechnym odbiorze przede wszystkim za teoretyka pedagogiki. Przywołanie poglądów twórcy pragmatycznego instrumentalizmu ma jeszcze ten istotny dla podejmowanej problematyki walor, że pozwalają one chyba już definitywnie pożegnać się z ideą poszukiwania standardowych dla polskich teorii „granic” instrumentalizacji prawa.

4.4. Pragmatyczny instrumentalizm i prawo

Koncepcja Johna Deweya zaliczana jest do nurtu liberalnej filozofii politycznej, a to już nieuchronnie — jeśli zważyć, że amerykańskiego pragmatystę interesuje perspektywa działającego podmiotu — u postmodernistów powodować będzie co najmniej dystans do jego poglądów, o ile nie silniejsze reakcje. Dodajmy do tego jeszcze, że koncepcja ta uznawana bywa za stanowisko radykalne (tak zwany radykalny liberalizm²⁰⁷), co w uszach postmodernistów brzmi już znacznie lepiej i co zachęcać powinno do poszukiwania dalej idących paraleli, a jest ich *prima facie* dość sporo. A oto kilka z nich: wolność pojmowana jako brak (przełamywanie) opresji, prowadząca do otwierania możliwości decydowania o własnym życiu, odrzucenie klasycznej koncepcji prawdy (anty-reprezentacjonizm), uznawanie własnych przekonań wyjściowych za prowizoryczne i korygowalne (fallibilizm), wpisane w ideę permanentnego uczenia się poprzez doświadczenie. W teorii tej przyjmuje się założenie, że poznawanie przyjmuje perspektywę lokalną, wraz z tezą o wielości dyskursów oraz poglądem, że każdy akt poznania ma charakter sytuacyjny (kontekstualizm), czemu w konsekwencji towarzyszy krytyka poznawczego uniwersalizmu i racjonalizmu²⁰⁸.

²⁰⁷ M. Kassner, *Pragmatyzm i radykalny liberalizm. Studium filozofii politycznej Johna Deweya*, Toruń 2019.

²⁰⁸ „Badanie jest bowiem możliwe jedynie przy wykorzystaniu symboli i pojęć zrozumiałych dla określonej wspólnoty komunikacyjnej. [...] Język nauki [...] naznaczony jest partykularyzmem społeczności, która powołała go do życia” (Kassner, *Pragmatyzm*

Wreszcie — pragmatyczny instrumentalizm radykalnie opowiada się za odrzuceniem zakorzenionych w kartezjanizmie pojęciowych dualizmów prowadzących do opozycji między poznawaniem i działaniem, teorią i praktyką, faktami i wartościami/normami, naturą i kulturą, jednostką i społeczeństwem, tym, co prywatne, i tym, co publiczne itp.)²⁰⁹. Jak widzimy, poszukiwanych koincydencji jest całkiem sporo, co może współczesnego czytelnika zaskakiwać, jeśli zważyć, że literatura Deweya jest *circa* kilkadziesiąt lat wcześniejsza od prac postmodernistów. Nie unika takiej krytyki również tak istotna dla polskiej tradycji uprawiania teorii instrumentalizacji prawa dystynkcja między tym, co instrumentalne, i tym, co autonomiczne. Spośród wszystkich tych kategorialnych opozycji dla Deweya pierwszorzędną znaczenie ma zależność między poznawaniem i działaniem.

W pragmatyzmie Deweya przyjmuje się konieczne i wzajemne powiązanie między myśleniem-poznawaniem i działaniem, a każda z tych aktywności służyć ma osiągnięciu przyjmowanych i realizowanych przez jednostkę celów życiowych. Poznanie jest rodzajem świadomego działania i *vice versa*. Poznać rzeczywistość przyrodniczą czy społeczną znaczy mniej więcej tyle, co umieć manipulować nią, używać jej jako narzędzia do osiągnięcia założonych celów. Myślenie-poznawanie służy rozwiązywaniu problemów, przełamywaniu wyzwań, które stawiają przed nami poszczególne fragmenty otaczającej nas rzeczywistości w procesie instrumentalnego posługiwania się nimi. Ową „rzeczywistością” może być zarówno świat przyrody, jak i świat społeczny, kulturowy, w tym także językowo-pojęciowy. Jednak to ten pierwszy jest punktem wyjścia. Dewey ujmuje swoje stanowisko filozoficzne jako kulturowy naturalizm²¹⁰. Dyscyplinami, które ukształtowały jego koncepcję badania, były: biologia ewolucyjna, której Dewey zawdzięcza ideę myślenia jako aktywności zmierzającej do przywrócenia równowagi między organizmem i środowiskiem, oraz antropologia kulturowa z jej stanowiskiem,

i radykalny liberalizm, s. 107–108). Na potwierdzenie tej tezy autor przywołuje cytat z *Logic: The Theory of Inquiry*: „Żadne badanie i żaden nawet najbardziej abstrakcyjny zestaw symboli formalnych nie może uciec z matrycy kulturowej, w której [język nauki] żyje, funkcjonuje i której zawdzięcza swoje istnienie” (*ibidem*, s. 108). Jednocześnie stwierdza, że „doświadczenie jest dla pragmatysty kategorią holistyczną odnoszącą się do całokształtu interakcji między człowiekiem i jego przyrodniczym i kulturowym otoczeniem” (*ibidem*, s. 101). Nie ma tu jednak sprzeczności, holistyczny charakter ma bowiem przyjmowana przez Deweya ontologia, światopogląd „uznający aktywną rolę człowieka jako jednostki, która wpływa na swoje otoczenie i zarazem jest pod jego wpływem”, „postrzeganie prawa jako integralnej części społeczeństwa” czy też „odrzućcie dwoistości”, takich jak myślenie i działanie, fakty i normy (S. Taekema, *Beyond common sense*, s. 22–23, 33).

209 Por. M. Kassner, *Pragmatyzm i radykalny liberalizm* (rozdział drugi).

210 J. Dewey, *Logic: The Theory of Inquiry*, New York 1938, s. 28.

że język i umysł mają charakter kulturowy i są możliwe do wyobrażenia tylko w ramach historycznych wspólnot. Również każde myślenie/badanie może mieć miejsce tylko w ramach „określonej niszy biologicznej i kulturowej, [która] posługuje się językiem partykularnej wspólnoty i przynosi prowizoryczne rozwiązania dla mniej lub bardziej lokalnych problemów”²¹¹. Jakkolwiek wiedza nie ma rozumnych, jednolitych fundamentów, to jednak integracja jej rozproszonych fragmentów jest możliwa na płaszczyźnie działania, w praktyce, gdzie każda z partykularnych wspólnot może coś wnieść w rozwiązanie określonego problemu społecznego. Rozważana teoria ma zatem nie tylko wymiar jednostkowy, lecz także publiczny.

Poznawanie prowadzi do przekształcania stawiającej opór rzeczywistości, rozwiązywania-przekształcania sytuacji problemowej w sytuację opanowaną i kontrolowaną przez człowieka (albo samo jest takim przekształcaniem), jak pisze sam Dewey, do przemiany „sytuacji niezdeterminowanych w sytuację tak określoną w konstytuujących ją rozróżnieniach i relacjach, że przekształcają sytuację wyjściową w uporządkowaną całość”²¹², uporządkowaną „w konstytuujących ją rozróżnieniach i relacjach” pod kątem przyjętej strategii realizacji zamierzeń powziętych przez poznający/działający podmiot. Poznawanie wyjściowe buduje obraz rzeczywistości nam danej, która jest jej „znaczeniem zewnętrznym”. Składające się na nią fragmenty zharmonizowane przez badacza w zorientowaną celowościowo całość oddawać będą z kolei „wewnętrzne znaczenie”, sens badanych komponentów. Sytuacje w oglądzie zewnętrznym są kłopotliwe, niejasne, są zatem pozbawione użytecznego sensu. „Celem poznania jest ustalenie wewnętrznego znaczenia sytuacji. Dokonuje się to przy pomocy znaczeń wewnętrznych. Znaczenia zewnętrzne (instrumentalne) są cechami rzeczy i symboli, które są używane jako środki dla zrozumienia zakłóceń sytuacji i do ich likwidowania. Środek nie jest znaczący sam w sobie. Wskazuje on poza siebie, na możliwości zrozumienia sytuacji i na operacje podejmowane w celu jej nowego uporządkowania”²¹³. Rzeczy i symbole poddawane są tu z perspektywy metodologicznej temu samemu reżimowi i znaczą na tyle, na ile są doniosłe dla konsekwencji, które powodują lub — w przekonaniu działającej jednostki i jej doświadczenia społecznego — powinny powodować.

211 M. Kassner, *Pragmatyzm i radykalny liberalizm*, 106.

212 J. Dewey, *Logic: The Theory of Inquiry*, s. 108.

213 T. Buksiński, *Johna Deweya teoria badań*, „Studia Metodologiczne” 1981, z. 21, s. 23–24.

Zaniepokojenie, które w umysłach prawników mogło powstać po lekturze przywołanych w punkcie 4.3 poglądów z kręgu myśli ponowoczesnej, powinno, jak się wydaje, ulec stonowaniu po prezentacji głównych tez pragmatycznego instrumentalizmu Deweya. Zwrócę uwagę na jedną tylko — aczkolwiek bardzo istotną dla prawnika identyfikującego się z kulturą *civil law* — kwestię, a mianowicie na przywiązywanie szczególnej wagi do idei prawa jako porządku — pojmowanie prawa jako systemu norm z rozlicznymi tego konsekwencjami praktycznymi generowanymi w polskiej kulturze prawnej przez koncept racjonalnego prawodawcy. Wydaje się, że właśnie w pojmowaniu prawa jako systemu ujawnia się potrzeba osadzenia badań nad prawem — a w ślad za tym argumentacji prawniczej — w założeniach teoriopoznawczych strukturalizmu, tak przecież krytykowanego przez postmodernizm za jego prowadzący do opresji uniwersalizm. Niewątpliwie Dewey nie był „strukturalistą” w takim znaczeniu tego terminu, do jakiego jesteśmy przyzwyczajeni. Jego sposób podejścia do biologicznego i społecznego otoczenia z perspektywy działającej jednostki pozwala jednak na pewną pragmatyczną reinterpretację strukturalizmu, polegającą na przeniesieniu strukturalistycznego sposobu myślenia z wymiaru uniwersalnego na, specyficzniej pojmowany, wymiar „lokalny”, a właściwie mikrolokalny, którym jest poznawanie/działanie jednostki w jej kontekstualnych, „stawiających opór” uwarunkowaniach. Ostatecznie przecież rozwiązanie sytuacji problemowej polegać ma na jej opanowaniu i kontrolowaniu, przekształceniu niezdeterminowanej sytuacji wyjściowej „w uporządkowaną całość”. Nie jest to oczywiście już „całość”, którą mamy na uwadze, gdy twierdzimy, że prawo jest systemem. Jest to konstrukt mentalny, przekonanie o rozwiązaniu problemu pozwalające jednostce powziąć decyzję i przejść do działania z przekonaniem o dużych szansach na osiągnięcie sukcesu. Racjonalność zewnętrzna, formalna — dostarczana prawnikom przez teorię racjonalnego prawodawcy — której normatywna zawartość wymaga adaptacji w procesie stosowania prawa, ulega u amerykańskiego pragmatysty przekształceniu w faktyczną racjonalność działającej jednostki. Racjonalność zewnętrzna staje się racjonalnością wewnętrzną i nie potrzebuje już adaptacji, ponieważ sama jest adaptacją, adaptacyjnym działaniem. Wróćmy jednak do Deweya, aby przyjrzeć się bliżej temu szczególnemu działaniu.

Proces badawczy rozpoczyna się od świadomego postawienia problemu, co oznacza jednocześnie postawienie zadania, którego wykonanie prowadzić ma do likwidacji zidentyfikowanej sytuacji problemowej. Już po wstępnym, ogładowym ustaleniu pewnego zestawu faktów, składających się na uwarunkowanie sytuacji problemowej, podejmujemy próbę

likwidacji zaistniałej sytuacji poprzez ich konfrontację z potrzebami/celami działającego podmiotu. Prowadzi to do zbudowania pewnej idei (hipotezy), która wskazywać ma sposób doprowadzenia do równowagi między otoczeniem a zamierzeniami. Kolejną fazą jest sprawdzanie hipotezy. Polega to na coraz bardziej pogłębionym uściśleniu przyjętej idei/hipotezy, co prowadzi do interakcji między faktami i proponowanym rozwiązaniem, w wyniku której dochodzi do ustalenia nowych faktów, które mogą sugerować zmodyfikowane lub inne rozwiązania. Proces ten może odbywać się nawet wielokrotnie w trakcie danego badania. Jedynym warunkiem nałożonym na problem jest jego rozwiązywalność.

Zarysowany schemat aspiruje do ważności uniwersalnej²¹⁴ z zasadniczym zadaniem, jakim jest w procesie poznania korelacja idei i faktów służąca porządkowaniu wyjściowej, niedyspozytywnej sytuacji. Fakty nie istnieją zatem obiektywnie. Są ustalane w czasie badań przy pomocy idei i są wobec niej relatywne²¹⁵. Owe idee, zgodnie z odrzucającym dualizmem między poznawaniem i działaniem, to tyle, co pojęcia, koncepcje, myśli (ewentualnie ich znaczenia), ale też plany, propozycje zawierające w sobie sposoby działania, które mają antycypować zamierzone cele lub do nich prowadzić, jeżeli, a tak jest zazwyczaj, wyjściowe uwarunkowania nie sprzyjają oczekiwanym konsekwencjom. Powzięte idee służyć mają za przesłankę interpretacji faktów wyjściowych, ujawniania nowych faktów oraz za narzędzia ich zmiany. Ale też *vice versa*: nowe fakty mogą wpływać na modyfikację przyjętej idei, adaptację wyjściowej koncepcji w kierunku mogącym sprzyjać lepszemu rozwiązaniu postawionego problemu²¹⁶. Wynik badań wyraża się w sędzie finalnym, akcie (*judgment*), co jest nieprzypadkowym ukłonem w stronę języka sądowej decyzji rozstrzygającej spór, tyle że nie spór między stronami rozwiązywany przez niezależnego arbitra, ale spór „jednostki samej z sobą”, z jej wyjściowymi i modyfikowanymi pod wpływem adaptacji do projektowanych celów obrazami/projektami rzeczywistości. Sąd końcowy stwierdza istnienie, zachodzenie czegoś w danej sytuacji, pełni on taką samą funkcję w badaniach jak wyrok w procesie sądowym. Rozstrzyga, że jest tak, a nie inaczej w takiej oto sytuacji. Jest to *warranted assertion*, ustalenie poszukiwanych znaczeń i przywrócenie

214 S. Taekema, zestawiając Deweya z Ch.S. Peirce'em i W. Jamesem Dewey, pisze, że z trzech klasyków filozofii pragmatycznej Dewey zastosował tę filozofię najszerzej: nie tylko do logiki, etyki i estetyki, lecz także do edukacji, polityki i prawa (S. Taekema, *Beyond common sense*, s. 24).

215 J. Dewey, *Logic: The Theory of Inquiry*, s. 109; T. Buksiński, *Johna Deweya teoria badań*, s. 25–27.

216 J. Dewey, *Logic: The Theory of Inquiry*, s. 205 n.

równowagi²¹⁷. Znaczeniem sądu finalnego (*meaning*) jest suma jego weryfikowalnych konsekwencji²¹⁸. Sąd finalny jest jednocześnie decyzją jednostki, że można i należy podjąć działanie, które w przekonaniu podmiotu doprowadzi go do konsekwencji nie tylko oczekiwanych, lecz także weryfikowalnych (prawdziwych), a więc zarówno zgodnych z przekonaniami działającego podmiotu, jak i domagających się zrozumienia i uznania ze strony innych (uzasadnionych).

Zatrzymajmy się przez chwilę nad Deweyowskim *judgment* nie tylko przez wzgląd na inspirujące prawnika zamierzone podobieństwo tego aktu do czynności kwalifikacji jako zwieńczenia decyzji stosowania prawa, ale przede wszystkim z powodu teoretycznie doniosłej, a i praktycznie ważkiej, perspektywy pytania o zewnętrzną kontrolę i ewentualną prawną weryfikację rezultatów dokonywanych symultanicznie adaptacji idei i faktów, realizujących program badawczy pragmatycznego instrumentalizmu. Innymi słowy, warto zapytać, czy finalny osąd w ujęciu Deweya ma — lub przynajmniej może mieć — szansę argumentacyjnego oddziaływania na osąd wydany przez instytucjonalny sąd prawa, o ile oczywiście fakty i cele, o których mowa w koncepcji amerykańskiego pragmatysty, okazałyby się doniosłe w postępowaniu sądowym. Podniesioną kwestię można potraktować jako odpowiednik krytykowanego wcześniej strukturalistycznego pytania o granice instrumentalizacji prawa. Koncepcja Deweya zdaje się wskazywać, że instrumentalizacja nie ma granic rozumianych tak, jak przyjęło się twierdzić w rodzimej literaturze teoretycznoprawnej podejmującej problematykę instrumentalizacji prawa. Może być natomiast zewnętrznie przez sędziego/prawnika akceptowana, uznawana lub nie. Najbardziej adekwatne byłoby chyba jednak określenie „rozumiana” — rozumiana w tym sensie, że sąd przyjąłby w rozstrzyganej sprawie argumentację osadzoną w przyjętej — i zweryfikowanej w konfrontacji z faktami — idei. Innymi słowy, uzasadnienie Deweyowskiego *judgment* powinno być zbieżne z uzasadnieniem rozstrzygnięcia sprawy dokonanej przez instytucjonalny sąd. Sąd lub inny podobny organ kontrolny weryfikowałby w ten sposób instrumentalizację prawa jako myślenie/działanie akceptowalne bądź nieakceptowalne. Będzie to jednak możliwe tylko wtedy, gdy idiom składający się na proces stosowania prawa, to jest prowadzące do podjęcia wyroku czynności podejmowane przez sąd i idee, na których są oparte, będzie zbieżny lub co najmniej porównywalny z opisanym

²¹⁷ T. Buksiński, *Johna Deweya teoria badań*, s. 28.

²¹⁸ J. Dewey, *Pure experience and reality: A disclaimer*, „Philosophical Review” 16, 1907, s. 419 n.

wyżej procesem badawczym realizującym założenia pragmatycznego instrumentalizmu. Obie te praktyki mają wymiar lokalny, ale nawet pomimo pewnych różnic, a może właśnie dlatego, powinny — jak podpowiadał Dewey — wzajemnie się od siebie uczyć²¹⁹. Kiedy możliwa będzie taka kooperacja? Zacznijmy jednak od przeszkód, te zawsze łatwiej jest identyfikować.

Kooperacja nie będzie możliwa, jeśli — na przykład za Wróblewskiego *Sądowym stosowaniem prawa* — przyjmować będziemy, że „sąd w decyzji finalnej ustanawia »powinność« ze względu na system prawa, do którego należą stosowane przepisy”²²⁰, a poprzedzająca ten akt decyzja wyboru konsekwencji wspierać się będzie na jakimś wariancie (prostym, złożonym) sylogizmu decyzyjnego. „Dane wyjściowe” zostają wtedy „przez układ stosujący prawo przetransponowane na decyzję stosowania prawa, otrzymaną na wejściu”. Jak dodaje Wróblewski, „w tym ujęciu decyzja finalna stosowania prawa należy do kategorii semantycznej norm”²²¹. Pozornie tylko bardziej obiecującym przedsięwzięciem mogłaby się wydawać tak zwana sytuacja wykładni, a więc okoliczność, gdy powstają, dyktowane na przykład przez złożoność faktyczną sprawy, wątpliwości co do stosowanego przepisu. I tutaj zasadniczo prawnicy nie będą chcieli kooperować z programem pragmatycznego instrumentalizmu, bowiem zaleca im się usunięcie takiego dylematu poprzez posłużenie się „rozmaitymi dyrektywami interpretacyjnymi, które wskazują, jak powinno się ustalać znaczenie przepisu budzącego wątpliwość”²²². Przepisu, a nie rozpatrywanej sytuacji, która w ramach decyzyjnego modelu ma tylko relatywizować rezultaty wykładni. Samo zresztą jednokierunkowe uporządkowanie procesu stosowania prawa poprzez wydzielenie etapów (decyzji częściowych) prowadzących do decyzji finalnej, podobnie jak ściśle podziały na prawo (ustalenie obowiązku, ustalenie znaczenia) i fakty (ustalenie faktów sprawy jako udowodnionych)²²³, jest nie do pogodzenia z przywołanymi wyżej założeniami koncepcji Deweya.

Kooperacja taka wydaje się natomiast możliwa i obiecująca, jeśli etapowe ujęcie wykładni operatywnej ujmemy jako właściwość rozumienia relacji faktów i norm/przepisów przyjmowaną przez hermeneutycznie zorientowane koncepcje interpretacji prawniczej, eksponujące cyrkularny charakter interpretacji.

219 Zob. M. Kessner, *Pragmatyzm i radykalny liberalizm*, s. 134.

220 J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988, s. 258.

221 *Ibidem*, s. 259.

222 *Ibidem*, s. 45.

223 *Ibidem*, s. 43–4.

Cyrkularność heurezy interpretacyjnej polega na tym, że przechodzimy od stanu faktycznego do rozumienia normy z punktu widzenia możliwości podjęcia decyzji kwalifikacyjnej tego stanu faktycznego, a w przypadku braku takiej możliwości powracamy do rozumienia normy poprzez dokonanie dalszych ustaleń znaczeniowych i ponownie testujemy możliwość podjęcia decyzji kwalifikacyjnej²²⁴.

Jak konstatuje autor tego cytatu, „niejako domknięciem tego procesu jest zastosowanie reguł preferencji pozwalających na wybór znaczenia”²²⁵. Zarysowana wersja hermeneutycznej procedury interpretacji prawniczej nie daje jednak oczekiwanej satysfakcji, gdyż zakłada się w niej niedyspozytywny charakter stanu faktycznego. Dylemat interpretacyjny ma być bowiem rozwiązywany poprzez „powracanie do rozumienia normy” i dokonywanie „dalszych ustaleń znaczeniowych” w celu podjęcia decyzji kwalifikacyjnej „tego stanu faktycznego”. Ścieżką wyjścia z sytuacji problemowej są tu nadal — podobnie jak w sytuacji wykładni Wróblewskiego — przepisy (normy) prawne budzące wątpliwość ze względu na zastaną sytuację faktyczną. Fakty istnieją tu dla prawnika „obiektywnie”, a przynajmniej zewnętrznie, i wbrew stanowisku Deweya nie są ustalane w czasie badań przy pomocy idei i relatywne wobec przyjętej idei. Czynnikiem rozstrzygającym będą ciągle dostępne prawnikowi dyrektywy i reguły interpretacji, skoro „domknięciem tego procesu” będzie zastosowanie reguł preferencji. Nie mamy tu jeszcze do czynienia z tak istotnym dla pragmatycznego instrumentalizmu — i podzielanym przez filozofię hermeneutyczną — przewyciężeniem opozycji podmiot–przedmiot.

Warunek ten będzie spełniony dopiero wtedy, gdy „znajdowanie prawa” polegać będzie na „doprowadzeniu do wzajemnej odpowiedniości oczekiwanych, projektowanych (Gadamer) sensów norm i konkretnych warunków życia. Dokonuje się to w kole hermeneutycznym przechodzenia od normy do przypadku i od przypadku do normy, aż do osiągnięcia ich jedności [...]. Osoba jest zatem pośrednikiem, w którym norma i stan rzeczy zostają sprowadzone do odpowiedniości”²²⁶. Rozstrzygnięcie kształtuje się w procesie dochodzenia do odpowiedniości tego, co faktyczne — konkretnych warunków życia (poznawczego ujęcia tych warunków), które mają uzyskać kwalifikację prawną — i tego, co normatywne, co znajdujemy w normach prawnych. „Aby dokonać rozstrzygnięcia prawnego, należy doprowadzić interpretację do takiego

224 K. Płeszka, *Reguły preferencji w prawniczych rozmowaniach interpretacyjnych*, [w:] *Studia z filozofii prawa*, t. 2, red. J. Stelmach, Kraków 2003, s. 84.

225 *Ibidem*.

226 M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, s. 91.

momentu, w którym wyinterpretowany sens normy [...] będzie identyczny z sensem wyinterpretowanym z ujęcia konkretnych warunków życia podlegających osądowi [...]. Ten właśnie sens, w którym »spotyka się« to, co normatywne, z tym, co faktyczne, określanym przez A. Kaufmanna mianem »natury rzeczy«²²⁷, wpisuje się w szerszy proces nazywany urzeczywistnianiem prawa.

Osobą sprowadzającą do odpowiedniości to, co faktyczne, i to, co normatywne, może być, jak się wydaje, również Deweyowski działający-rozumiejący podmiot z jego poznawaniem pojmowanym jako wewnętrzne ustalenie znaczenia sytuacji, używający cechy rzeczy i symboli dla zrozumienia zakłóceń sytuacji i do ich likwidowania w celu jej nowego uporządkowania²²⁸. Z tą tylko różnicą — istotną z perspektywy założeń hermeneutyki, ale już zacierającą się w przypadku wykładni celowościowej — że znaczeniem sądu finalnego (*meaning*) będzie „suma jego weryfikowalnych konsekwencji”²²⁹ otwierająca drogę do działania zgodnego z przekonaniem podmiotu oraz możliwego do zrozumienia przez innych, w tym także przez sąd rozpatrujący ewentualny spór o instrumentalne użycie/nadużycie prawnych „cech rzeczy” (faktów, zdarzeń, zachowania się) i „symboli” (norm, przepisów, innych pojęć prawniczych obecnych w procesie decyzyjnym).

O ile filozofia hermeneutyczna kładzie szczególny nacisk na rozumienie tekstu, a poprzez to na egzystencjalne samo-rozumienie jednostki, ujmowanie na nowo dostępnych doświadczeń z przeszłości, o tyle pragmatyczny instrumentalizm ze swoim rozumieniem zorientowany jest na działanie, a więc na przyszłość weryfikowaną przez pryzmat skuteczności w osiągnięciu przez jednostkę zamierzonych celów. Nieprzypadkowo dorobek Deweya — pomimo wielorakich odniesień — najbardziej chyba jest znany z osiągnięć w obszarze pedagogiki. Inspirujące prawnika analogie między tymi oboma nurtami dostrzeżać zatem można nie na poziomie filozoficznym czy też odmiennych wartości i celów, którym nurty te mają służyć, a raczej w postawach i praktykach postępowania badawczego, to jest zalecanego sposobu podejścia do problemów, które jawią się jako bariery na życiowej drodze społecznie aktywnych podmiotów. Dodajmy do tego jeszcze podzielaną przez oba nurty niechęć do pojęciowych dystynkcji ugruntowanych w świadomości naukowców przez kartezjańskie wzorce uprawiania

227 M. Piechowiak, *Sprawiedliwe prawo — niesprawiedliwe wyroki. Uwagi na marginesie Arthura Kaufmanna koncepcji prawa do sprzeciwu wobec władzy*, [w:] *Księga jubileuszowa Profesora Romana Wieruszewskiego*, red. naukowa G. Baranowska et al., Warszawa 2017, s. 109.

228 T. Buksiński, *Johna Deweya teoria badań*, s. 23–24.

229 J. Dewey, *Pure experience and reality*, s. 419 n.

nauki, co prowadzi do demistyfikacji przekonania o uprzywilejowanej pozycji nauki wynikającej z jej metodologicznej ekskluzywności. Przeciwnie, myślenie naukowe ma mieć zarówno u Deweya, jak i chociażby u Gadamera tę samą strukturę co inne formy myślenia²³⁰.

Tadeusz Buksiński podsumował teorię badań Johna Deweya w taki sposób:

Materiał sugeruje znaczenia. Jest on więc raczej niedookreślony [...]. Późniejsza myśl dokonuje w nim nowych aktualizacji, nadaje mu nowe znaczenia. Dokonuje się to w procesie rozwoju społecznego, w procesie powstawania i rozwiązywania konfliktów, konfliktów między człowiekiem i przyrodą oraz między ludźmi [...]. Konflikty powstają we wszystkich sferach życia społecznego. Po zlikwidowaniu jednych rodzą się inne. Konflikty (sprzeczności) oraz próby ich przewyciężenia są immanentnymi czynnikami [...] rozwoju społecznego. Również wartości są całkowicie zanurzone w tej rzece historycznej. Wartości nie można ustalić z góry. Pojawiają się one jako wytwory sytuacji społecznych oraz wyborów dokonywanych w tych sytuacjach. A wynikiem tego procesu jest gromadzenie znaczeń, które pełnią rolę instrumentów dla likwidowania przyszłych sprzeczności²³¹.

4.5. Pluralistyczna instrumentalizacja prawa. Problem polityczności

Sanne Taekema tekst poświęcony instrumentalizacji prawa rozpoczyna od przywołania nieobecnej polskim teoretykom, a także publicystyce prawno-politycznej sentencji: „legal instrumentalism has a bad name”²³². Autorka wskazuje na przyczynę takiej opinii, odwołując się do terminologii bliskiej polskim prawniczym teoriom instrumentalizacji, a w szczególności prezentowanej wcześniej koncepcji Langa. Zdaniem Taekemy przyczyną uprzedzeń wobec instrumentalizacji prawa jest nie tylko państwowa praktyka normodawcza, lecz także będąca jej refleksem myśl prawoznawcza wykazująca skłonność do redukowania prawa do roli narzędzia realizacji zewnętrznych celów politycznych i gospodarczych²³³. Autorka próbuje zająć stanowisko w kwestii, jak można odzyskać, jeśli nie dobre imię, to przynajmniej neutralne aksjologicznie znaczenie terminu „instrumentalizacja prawa”. Da się to osiągnąć, jak twierdzi, jeśli „ideę instrumentalizacji prawa będziemy interpretować na sposób nieredukcjonistyczny”, co prowadzić będzie do sytuowania prawa

230 M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, s. 93.

231 T. Buksiński, *Johna Deweya teoria badań*, s. 35.

232 S. Taekema, *The many uses of law*, s. 116.

233 *Ibidem*.

w perspektywie poziomej, jako płaszczyzny wzajemnych oczekiwań i oddziaływań między ludźmi. Dzięki proponowanej interpretacji instrumentalizacja prawa ulegnie uspołecznieniu, pluralizacji, a jej spoiwem stanie się orientacja na aprobowane wartości i cele prawa wyznaczane i kontrolowane przez zasadę *rule of law*²³⁴.

To, co Lang w zakończeniu swojego artykułu zadeklarował jako liberalną obietnicę nowej, demokratycznej organizacji życia społecznego z udziałem proponowanej przez siebie koncepcji instrumentalizacji prawa (przypomnijmy, że chodzi o tekst napisany na początku lat dziewięćdziesiątych), niespełna trzydzieści lat później z perspektywy zachodniej myśli teoretycznoprawnej rozpisane zostało przez holenderską profesorkę jurysprudencji. Znaczącym przeniesieniem akcentów w zestawieniu z opracowaniem Langa (a podobnie rzecz się miała u Gromskiego) było spozycjonowanie „wartości i celów prawa wyznaczanych i kontrolowanych przez zasadę *rule of law*”. Istotną zmianą jest to, że nie mówi się tu o wyznaczaniu granic państwowej (prawodawczej) instrumentalizacji prawa przez zasadę *rule of law*, ale o zasadzie tej jako „spoiwie” społecznego pluralizmu, czynniku, który łączy wszystkie dopuszczalne w warunkach demokratycznego, podmiotowo spluralizowanego porządku społecznego instrumentalne działania z użyciem prawa. Relacje „dwukierunkowe” (państwo–jednostka, jednostka–państwo), jak chciał to postrzegać Lang, ulegają tu rozszerzeniu i przeniesieniu z wyłącznie wertykalnych relacji również na relacje horyzontalne. Dotyczy to także relacji hybrydowych, które powstają zarówno w warunkach wewnętrznych, jak i transgranicznych, a które łamią tradycyjną dystynkcję między sferą publiczną i prywatną²³⁵.

Formuła „dwukierunkowej” instrumentalizacji prawa Langa okazała się z perspektywy proponowanej przez Taekemę postulatem bardzo jeszcze ograniczonym, zapewne dyktowanym — poza przywiązaniem toruńskiego teoretyka do pozytywistycznych wyobrażeń o prawie z państwem w roli wiodącej — przez kontekst ustrojowo-politycznych reform wczesnych lat dziewięćdziesiątych, kiedy to Lang pisał swój artykuł. Kontekst ten skłaniał polskich autorów piszących o instrumentalizacji prawa do zwrócenia szczególnej uwagi na aktywność państwa i jego skłonność do ograniczania wolności jednostki. Stąd taką nadzieję

²³⁴ *Ibidem*, s. 127.

²³⁵ „Tradycyjne rozróżnienie między podmiotami publicznymi, obejmującymi podmioty państwowe działające w interesie ogólnym, a osobami prywatnymi, fizycznymi lub prawnymi działającymi w imieniu własnym tutaj nie obowiązuje. Nie dotyczy to jednak tylko sytuacji transnarodowych. W kontekście krajowym prywatne lub hybrydowe podmioty publicznoprawne również stanowią prawo” (*ibidem*, s. 132).

pokładano w koncepcji państwa prawa jako gwarancji wolności i źródła poszukiwanych granic dla państwowych aktów instrumentalizacji prawa. Dla teorii integrujących (limitujących, ale i aktywizujących) pod wspólnym znakiem *rule of law* wielopodmiotowe relacje zachodzące ponad podziałem na to, co państwowe, i to, co prywatne, odpowiedni klimat społeczny miał dopiero nadejść.

Taekema, podpisując się pod Deweyowskimi rodowodami, jako właściwy kierunek metodologicznego postępowania, ugruntowujący proponowany przez siebie program badawczy (i społeczny), wskazuje perspektywę teoretyczną łączącą idee instrumentalnego pragmatyzmu z interakcjonizmem prawnym²³⁶. Dzięki takiemu złożonemu podejściu badawczemu prawo nie tylko może być ujmowane jako narzędzie społecznej aktywizacji, otwierające drogę do podejmowania działań (czynności, aktów), z których — jak zwykł określać to Dewey — „może korzystać każdy”, lecz także może pozyskać cechę trwałości i przewidywalności, jeśli działania te oparte będą na akceptowanych praktykach i zwyczajach. Nie tylko łamie to kolejną dystynkcję prawniczą między prawem stanowionym i prawem zwyczajowym, lecz także otwiera możliwość kooperacji między tym, co jest działaniem normodawczym, i tym, co jest działaniem podejmowanym w warunkach obowiązywania norm²³⁷. Prowadzi to do podważenia popularnego poglądu, że instrumentalizacja prawa może grozić destabilizacją, a nawet anarchizacją porządku prawnego. Ryzyko to ulegnie neutralizacji, jeśli utrwalone i akceptowane, a więc niedyspozytywne (autonomiczne) praktyki prawne potraktujemy jako punkty oparcia, prawnego umocowania instrumentalnej aktywności jednostek i grup społecznych. W tej rozszerzonej perspektywie prawo i akty jego instrumentalizacji, a także społeczna aktywność polityczna mają szansę wyjść naprzeciw potrzebie obywatelskiej aktywności oraz wolnościowej, demokratyczno-liberalnej wizji społeczeństwa, a ta również potrzebuje odpowiednio stabilnego otoczenia normatywnego.

W anglosaskiej literaturze prawniczej instrumentalizm znajdował do tej pory opozycję w prawniczym formalizmie, z pozycji którego

²³⁶ *Ibidem*, s. 116.

²³⁷ Autorka wyróżnia prawo stanowione i „prawo interaktywne”, wyrastające z tradycji prawa zwyczajowego. To drugie ma stabilizować, ułatwiać i przewidywać oczekiwania we wzajemnych interakcjach (zob. L. Fuller, *Human interaction and the law*, [w:] *The Principles of Social Order. Selected Essays of Lon L. Fuller*, red. Kenneth I. Winston, Durham 1981, s. 215). Jak dodaje, „we współczesnym świecie prawo interaktywne zawsze łączy się z prawem stanowionym” (*ibidem*, s. 122).

poddawany był najmocniejszej krytyce²³⁸. Głównym zarzutem było niebezpieczeństwo doprowadzenia przez praktykę instrumentalizacji prawa, wspieraną przez filozofię pragmatyczną, do upadku wewnętrznej integralności prawa. Są to zatem zarzuty, które w nieco ostrożniejszej postaci — jako ryzyko naruszenia autonomii prawa poprzez tak zwaną destrukcyjną instrumentalizację — towarzyszyły także polskim teoretykom piszącym o instrumentalizacji prawa (na przykład Gromskiemu). Opracowanie Taekemy ma być konstruktywną odpowiedzią na taką krytykę, próbą poszukiwania takiej formy instrumentalizmu, która zachowując integralność prawa, jego wewnętrzne wartości, umożliwi korzystanie przez jednostkę w warunkach pluralistycznej demokracji z przysługujących jej praw. Kierunkowo nie wydaje się to kolidować z postulatami autorów polskich koncepcji instrumentalizacji prawa, poza tą istotną różnicą, że rodzime teorie podnosząc problem „destrukcyjnej instrumentalizacji” orientowane były na praktykę państwowego prawodawcy i — w zgodzie z ich strukturalistycznymi założeniami — obronę abstrakcyjnego prawa (Prawa) oraz jego wartości wewnętrznych. Przyjmowały odmienną od pragmatycznego instrumentalizmu, wertykalną wizję prawa, niesięgającą wprost do idei liberalnej demokracji, a jeżeli już, to jako jej *warrant*, a nie dyspozytywne medium realizacji praktyki demokratycznej.

Miało to tę dodatkową konsekwencję, że w polskich teoriach instrumentalizacji prawa nie pojawiało się odwołanie do procedur prawnych, które autorka pluralistycznej instrumentalizacji uważa, obok wewnętrznych wartości prawa, za kluczowy czynnik umożliwiający instrumentalne korzystanie z prawa przez jednostkę²³⁹. Tęgo rodzaju defensywna postawa polskich autorów wobec praktyki instrumentalizowania prawa — podzielana przez ich wpływowych kolegów amerykańskich, takich jak B. Tamanaha czy R.S. Summers — dyktowana była obawą przed upolitycznionym aktywizmem państwowego prawodawcy i potrzebą obrony prawa jako autotelicznej wartości publicznej, dobra wspólnego, nad którym pieczę sprawować miały nauka prawa i środowisko sędziowskie²⁴⁰, jednak bez widocznych korzyści, a nawet

238 Do najbardziej znanych krytyków instrumentalizacji należeli R. S. Summers i B. Tamanaha, zob. na przykład R.S. Summers, *Pragmatic instrumentalism in twentieth century American legal thought*, B. Tamanaha, *How an instrumental view of law corrodes the rule of law*, „DePaul Law Review” 56, 2007, nr 2. Przekrojową prezentację debaty formalistów z instrumentalistami znaleźć można w tekście: S. Quevedo, *Formalist and instrumentalist legal reasoning and legal theory*, „California Law Review” 73, 1985.

239 S. Taekema, *The Many uses of law*, s. 119.

240 „Skupienie uwagi na jednostkach jest punktem wyjścia przeciwnym do paradygmatu władzy publicznej”. Jednostki mogą odgrywać rolę pasywną lub aktywną. „W większości

często bez identyfikacji ze strony tych, którzy na tę „publiczność” czy „wspólnotę” się składają. Kryzys polskiej praworządności z ostatnich lat i słaba społeczna identyfikacja z wartościami państwa prawa znajdowały w takim spozycjonowaniu prawa istotną przyczynę.

Filozofia pragmatycznego instrumentalizmu ze swoją ideą eksplorowania i podpowiadania strategii działań wyrażających aktywne postawy uczestników życia społecznego nie prowadzi jednak do uznania instrumentalizmu za postawę powszechną. Może, ale nie musi korzystać z niej każdy — i z oczywistych powodów nie każdy będzie do niej sięgać. Więcej: przywołana wyżej potrzeba trwałości i przewidywalności prawnego otoczenia decyzji instrumentalizujących prawo zakłada obecność nieinstrumentalnych postaw społecznych wobec prawa. Postawa nieinstrumentalna i odpowiadające jej zachowania rozumiane są jako zachowania bierne. U Deweya, jak odnotowuje również Taekema, mamy do czynienia z dyspozycją do wymagających namysłu działań celowych (instrumentalne) oraz do działań nawykowych (rutynowe)²⁴¹. Przy czym — i tu pojawia się kolejna, jeszcze istotniejsza dla prawniczej teorii instrumentalizacji nowość, jakkolwiek trudno byłoby ją uznać za nowość w kulturze realizmu prawniczego — działania celowe i działania nawykowe nie są sobie przeciwstawiane, ale wpisują się w funkcjonalne, diachroniczne kontinuum. Działania celowe służą rozwiązywaniu problemów, pokonywaniu wyzwań pojawiających się w nowych, nierozpoznanych jeszcze sytuacjach problemowych. Jednak zaangażowane, inteligentne rozwiązywanie takich sytuacji — trudnych przypadków — może otwierać drogę do późniejszego wytworzenia się określonych praktyk, a w jeszcze dalszej perspektywie — do ukształtowania się działań rutynowych²⁴². To, co łatwe, i to, co trudne, staje się również względne, kontekstowo (historycznie) uwarunkowane. Jedni doświadczają trudności i przez to uczą się w swoim pionierskim działaniu po to, aby inni mogli z doświadczeń swoich poprzedników korzystać. Kolejna dystynkcja pojęciowa ulega tu uchyleciu. I choć *in concreto* nie każde zachowanie będzie mogło być uznane za instrumentalne, to już każda próba wytyczenia *in abstracto* „granic” dla instrumentalizacji prawa będzie mogła być uznana za przedsięwzięcie badawczo jałowe. To kolejny obszar, w którym Deweyowski pragmatyzm widzi

teorii prawnych zaniedbuje się aktywną rolę jednostek, a nacisk kładzie się na system norm (Hart, Kelsen) lub na pracę sędziów (Dworkin)” (*ibidem*, s. 121).

²⁴¹ *Ibidem*, s. 123.

²⁴² J. Dewey, *The Middle Works, 1899–1924*, t. 14. *Human Nature and Conduct*, red. J.A. Boydston, Carbondale 1988, s. 121; J. Dewey, *The Later Works, 1925–1953*, t. 4. *The Quest for Certainty*, red. J.A. Boydston, Carbondale 1984, s. 196.

kooperatywne walory w takich odmiennościach, które strukturalizm postrzegał jako opozycję i pole do konfrontacji, a gdy stawiał sobie za cel zachowanie homeostatycznej równowagi — ważną rację dla wytyczania granic instrumentalizacji prawa.

Teorię pragmatycznego instrumentalizmu Deweya oraz koncepcję instrumentalizacji prawa Taekemy łączy opowiedzenie się za filozofią politycznego liberalizmu. Pluralizm celów działających aktorów przekłada się na pluralizm możliwych interpretacji faktów — zarówno tych, które są zasobami sprzyjającymi rozwiązywaniu zaistniałej sytuacji problemowej, jak i tych, które są na tej drodze przeszkodami²⁴³. Prowadzi to do pluralizmu możliwych uzasadnień, które łączyć powinien wymóg ich intersubiektywnej zrozumiałości. Również prawo jest — lub może być — dla budowania postawy instrumentalnej oraz idącej za tym aktywności społecznej zasobem lub balastem²⁴⁴. Podobnie sprawy mają się z polityką. Im więcej politycznej władzy po stronie państwowego prawodawcy, tym mniej możliwości — lub więcej prawnych barier do pokonania — po stronie pozostałych uczestników życia prawnopolitycznego. Odpowiednio też mniej lub więcej mieć będziemy przestrzeni dla społecznej praktyki demokratycznej. Przyjmowane warianty pojmowania instrumentalizacji prawa będą zatem relewantne wobec odpowiednich modeli porządku prawnego. Model taki może mieć postać represyjną, petryfikującą decyzyjny monopol państwa, bądź też może być modelem otwartym na szeroką, społeczną aktywność. W tym drugim przypadku wpisywał się będzie w aksjologię demokracji bezpośredniej. Obecność tych dwóch wersji instrumentalizacji prawa oraz korespondujących z nimi wizji porządków prawnych znajduje odpowiednie rozwinięcie w teorii polityki. Mam tu na uwadze klasyczne, pochodzące od Maxa Webera pojmowanie polityki²⁴⁵ oraz kontrpunkt, jaki stwarza koncept polityczności proponowany przez belgijską filozofkę demokracji Chantal Mouffe.

Zasadniczym elementem propozycji Mouffe jest uzupełnienie pojęcia polityki kategorią polityczności. Przez polityczność autorka

243 J. Dewey, *Logic: Theory of Inquire*, s. 493.

244 Zwracał na to uwagę L. Morawski. Zob. L. Morawski, „Autopoiiese” i prawo refleksyjne w ujęciu G. Teubnera, s. 171–184; L. Morawski, *Instrumentalizacja prawa (zarys problemu)*, s. 16–28; L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa*, s. 88–91.

245 Według Webera, przypomnijmy, polityka to „dążenie do udziału we władzy lub wpływu na podział władzy, czy to między państwami, czy w ramach państwa między obejmowanymi przez nie grupami ludzi”, a „nowoczesne państwo można zdefiniować socjologicznie [...] jedynie przez odwołanie się do swoistego środka, który jest mu właściwy, podobnie jak każdemu związkowi politycznemu: do fizycznej przemocy” (M. Weber, *Gospodarka i społeczeństwo. Zarys socjologii rozumiejącej*, Warszawa 2002, s. 1023).

rozumie „wymiar antagonizmu leżący u podstaw każdego ludzkiego społeczeństwa”, a przez politykę „zestaw praktyk i instytucji, które w obliczu wprowadzonego przez polityczność konfliktu tworzą porządek umożliwiający ludzkie współistnienie”²⁴⁶. Rozróżnienie to Mouffe traktuje jako punkt oparcia dla budowania politycznej teorii demokracji, którą nazywa — tu z kolei znajdujemy koincydencję z Taekemą — „agonistycznym pluralizmem”. Nawiązując do Carla Schmitta, autorka dodaje, że polityczność nieuchronnie wpisana jest w konflikt dający się opisać opozycją „my” i „oni”, a zadaniem demokratycznej polityki nie jest przewyciężanie konfliktów, ale taki sposób „wytyczenia podziału my — oni”, który będzie „zgodny z uznaniem roli pluralizmu, będącym istotą nowoczesnej demokracji”²⁴⁷.

Mouffe nie kieruje wprost swojej uwagi na pojęcie prawa, choć jego obecność uwidacznia się w jej narracji — w przywołanym wyżej cytacie jako składnik „praktyk i instytucji, które w obliczu [...] konfliktu tworzą porządek umożliwiający ludzkie współistnienie” — a więc w samym pojęciu polityki. Jeśli takie odczytanie jest trafne, to prawo i ukształtowane w jego ramach prawnicze praktyki zawodowe mają *sui generis* polityczny charakter i są istotną, jeśli nie zasadniczą, częścią proponowanego rozumienia polityki. W nieco metaforycznej formule, jednak bardziej komunikatywnej w świetle naszych wcześniejszych rozważań, obecność prawa zidentyfikować można w pojęciu „przestrzeni symbolicznej”, która wedle autorki pozwala przejść od antagonizmu (relacji między wrogami) do agonizmu (relacji między przeciwnikami lub przyjaznymi wrogami). Owi „przyjaźni wrogowie” to ludzie, którzy „dzielą wspólną symboliczną przestrzeń, lecz którzy są również wrogami, gdyż chcą ją organizować inaczej”²⁴⁸, w sposób sobie właściwy, pod kątem własnych emocji, potrzeb i oczekiwań.

Jeśli tę symboliczną przestrzeń przenieść w sferę prawoznawstwa, to widziałbym ją w dwójnasób. Szeroko, na przykład jako tekst prawny z całym jego analitycznym oprzyrządowaniem, na które składają się środowiskowo akceptowane wartości kultury prawnej, pozwalające stronom sporu poprzez dostępne im techniki egzegezy sytuacyjnie adaptować tekst z jego znaczeniem stosownie do własnych oczekiwań. Kultura prawna nie byłaby wtedy barierą, a tym bardziej granicą dla polityczności prawa, ale środowiskiem polityczności, w pewnych

²⁴⁶ Ch. Mouffe, *Polityczność. Przewodnik Krytyki Politycznej*, przeł. J. Erbel, Warszawa 2008, s. 24.

²⁴⁷ *Ibidem*, s. 29.

²⁴⁸ Ch. Mouffe, *Paradoks demokracji*, przeł. W. Jach, M. Kamiński, A. Orzechowski, Wrocław 2005, s. 33.

sytuacjach sprzyjającym zasobem, w innych kłopotliwym — co nie znaczy, że niemożliwym do udźwignięcia — balastem. Owa symboliczna przestrzeń może być, jak sądzę, rozumiana przez prawnika również w sposób węższy, bardziej dosłowny — jako miejsce służące „cywilizowaniu antagonizmów”. Jej konkretyzacją będzie sala sądowa, w której prawnicze oprzyrządowanie argumentacyjne jest wykorzystywane z zachowaniem odpowiednich procedur, kompetencji i form.

Funkcję przywołanych „praktyk i instytucji”, które „w obliczu konfliktu tworzą porządek umożliwiający ludzkie współistnienie” i które cywilizują relację wróg–przyjaciół, pełniłaby wtedy kultura prawna, zarówno ta wyższa, odwołująca się do wewnętrznych wartości prawa, osadzona w tradycji *rule of law*, jak i ta nieco niższa, realizowana poprzez wykonywanie reguł procesowych, czy wreszcie prawniczy zestaw utrwalonych praktyk obyczajowych: języka komunikacji prawniczej, tradycyjnego ubioru, sposobu zwracania się do siebie itp. Działania oparte na tego typu dyspozytywnych wartościach, procedurach i środowiskowo akceptowanych praktykach stwarzają szansę na to, aby „w obliczu wprowadzonego przez polityczność konfliktu” zachować „porządek umożliwiający ludzkie współistnienie”. Dwustronny charakter relacji, które omawiał Lang w swojej nieredukcyjnej wersji instrumentalizacji prawa, oraz pluralizm i interakcjonizm, których spełnienie widziała w swojej koncepcji instrumentalizacji Taekema, uzupełnione pojęciem polityczności Mouffe wydają się dawać w miarę spójny obraz „prawa w działaniu”. Bez wątplenia spór prawny oparty na kontradykcyjnym modelu procesu najlepiej spełnia takie oczekiwania. Przypomnijmy także Deweya pragmatyczny instrumentalizm, który miał być adresowany — podobnie jak prawo do sądu i uczciwego procesu — „do każdego”. Uzupełnienie, którego dostarcza koncept polityczności Mouffe, wzbogaca nas prawników jeszcze o taką myśl: postępowanie przed sądem to nie tylko spór zorientowany na ewentualny sukces prawny, lecz także medium realizacji demokracji politycznej, forma — jedna z możliwych form — umożliwiająca uczestnikom postępowania eksponowanie swoich przekonań politycznych, a zarazem wypełnianie treścią idei pluralizmu i demokracji. Sala rozpraw, procedury prawne, pragmatyka prawnicza z jej idiomem wewnętrznej komunikacji składają się na autonomiczną kulturę prawną oferującą niepolityczny kontekst instytucjonalny dla politycznych sporów — co prawda bez szans na kompromis, jednak z koniecznością poddania się odpowiednim rygorom prawnym.

Chantal Mouffe, zbliżając się do interesującej nas problematyki prawa, pisze, że „konfrontacja i kwestionowanie stosunków władzy są stale możliwe a żadne zwycięstwo nie jest ostateczne”. Rozwijając tę

myśl, dodaje, że „zakończenie deliberacji jest zawsze wynikiem *rozstrzygnięcia*, które wyklucza inne możliwości i za które nigdy nie powinno się odmawiać odpowiedzialności, przywołując nakazy ogólnych reguł lub zasad”. Demokratyczna polityka „każe podtrzymywać demokratyczną kontestację”. Chodzi zatem o „stworzenie przestrzeni dla różnicy zdań i rozwijanie instytucji, w których może się ona [demokratyczna polityka — A.B.] ujawniać”²⁴⁹. W argumentacji tej spór prawny przestaje być już sporem między stronami, rozpatrywanym i rozstrzyganym przez niezależnego arbitra, a staje się formą ekspresji służącą wyrażaniu przyjętej przez jego uczestników wizji społecznej emancypacji. Czy spór prawny może „nie chcieć być rozstrzygnięty”, a „demokratyczny sędzia” może zadowolić się rolą mediatora (a właściwie moderatora) udostępniającego proces i salę sądową jako forum politycznej ekspresji, nawet jeśli służyć by to miało społecznej emancypacji? Pytania te pozostaje nam obecnie pozostawić bez odpowiedzi, choć dla prawoznawstwa są one niewątpliwie istotne²⁵⁰.

W ostatnich zdaniach monografii *Autonomia i instrumentalnych charakter prawa* Gromski zgłasza obawy dotyczące destrukcji normatywności i utraty przez prawo tożsamości formalnej i aksjologicznej: „Prawo traci swoją tożsamość formalną, gdy łamiąc utrwalone w kulturze prawnej kanony stanowienia i stosowania prawa, przestaje być instrumentem działania właściwego prawu”. Traci swoją tożsamość aksjologiczną, gdy „zaprzeczając wartościom z którymi się je na mocy tradycji kulturowej czy ideologicznej identyfikuje, przestaje być społecznie afirmowane”. Prawo „pozbawione swej tożsamości a wykorzystywane jedynie instrumentalnie, negatywnie wpływa na postawy wobec prawa, [co] osłabia jego prestiż, może rodzić frustracje i stresy w wymiarze jednostkowym i społecznym”, a dzieć się tak będzie, „gdy prawo traktuje się jako instrument polityki, pozostający w gestii aparatu władzy. »W ujęciu tym nie mamy do czynienia z prawem jako elementem kultury, ale z prawem jako narzędziem wymuszania pożądanых przez władzę zachowań«”²⁵¹.

Integrując koncepcję pluralistycznej instrumentalizacji prawa Taekeymy — wraz z jej osadzeniem w pragmatycznej teorii działania Deweya — z projektem polityczności Mouffe, zdejmujemy z prawa (Prawa) ryzyko destrukcji jego normatywności. Warunkiem jest jednak porzucenie idei

²⁴⁹ *Ibidem*, s. 122.

²⁵⁰ Kwestie te podejmuję w artykule: *Law and jurisprudence in the face of conflict: Between neutrality and the political*, „Krytyka Prawa. Niezależne Studia nad Prawem” 12, 2020, nr 3.

²⁵¹ W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, s. 173–174.

prawa „jako instrumentu polityki pozostającego w gestii [państwowego] aparatu władzy”. Sytuując prawo w perspektywie horyzontalnej jako medium działania jednostek i grup społecznych, jako formę neutralizowania antagonizmów politycznych, możemy jednostkowej identyfikacji z prawem nadać nowy impet, a tym samym wzmocnić społeczny prestiż prawa, otworzyć drogę do przekształcania formowanych poza prawem postaw politycznych w postawy wyrażane w instytucjonalnych ramach prawa. Jest to możliwe, przynajmniej gdy chodzi o aktywne jednostki i środowiska społeczne. W warunkach pluralistycznej demokracji obawa o destrukcję prawa i kultury prawnej zostaje zastąpiona pytaniem, na ile prawo i kulturowe kanony rozwijane przez stanowienie i stosowanie prawa będą stwarzać możliwości dla działań poszczególnych jednostek i grup. Kultura nie jest przecież abstrakcyjnym, autotelicznym bytem, który trzeba chronić przed ludźmi, choć niekiedy i tak bywa. Jest po to, aby być częścią — być może nawet najważniejszą — ludzkiego życia. Postawiona wobec wyzwań społecznych sama się zmienia. Nie trzeba jej uspołeczniać. Trzeba ją oddać, a właściwie pozostawić w gestii tych, którzy zechcą z niej skorzystać.

W warunkach demokratycznego pluralizmu prawa i kultury prawnej znacznie łatwiej aniżeli w warunkach normodawczej omnipotencji państwowego prawodawcy będzie również adaptować się do współczesnych wyzwań. A takich mamy przecież sporo. Interakcjonizm prawny miał być przecież drugim, obok pragmatycznego instrumentalizmu, filarem koncepcji Taekemy. Jak pisała, „z dwóch możliwych podejść do interakcjonizmu prawnego [prawa stanowionego i spontanicznej praktyki pluralistycznej — A.B.], to wersja pluralistyczna wydaje się być lepiej przygotowana do wyjaśniania współczesnych wyzwań z obszaru prawa, zwłaszcza w świetle konfliktów i napięć między różnymi zbiorami norm”²⁵². Zawsze łatwiej jest rozpoznawać wyzwania i znajdować rozwiązania w mikroskali podmiotu bezpośrednio zaangażowanego w określony problem aniżeli czekać na diagnozy społeczne i budować na poziomie ustawodawstwa i decyzji rządowych ubrane w formę prawną programy naprawcze czy adaptacyjne.

252 S. Taekema, *The Many uses of law*, s. 122.

5. Formalizm vs instrumentalizm prawny w perspektywie realizmu zrównoważonego

5.1. Od prawodawcy do sędziego

Instrumentalizacja prawa wywoływała spory nie tylko w polskiej literaturze prawniczej. Problemowo podobna debata miała miejsce w jurysprudencji amerykańskiej. Tamtejsze spory objęły znacznie szersze gremium uczestników, a także dyscyplin. Oprócz wiodących prym filozofów i teoretyków prawa uczestniczyli w nich także praktycy, przede wszystkim sędziowie. Nieporównywalny jest również jej historyczny zasięg, obejmujący, ze zmiennym oczywiście natężeniem, nieomal całą dziewiętnasto- i dwudziestowieczną myśl prawną i społeczną, także liczba prac poświęconych tej problematyce jest trudna do ogarnięcia. Debatę tę można uznać za jedną z najważniejszych w historii amerykańskiej jurysprudencji. Do dzisiaj zresztą problem instrumentalizacji prawa wraca i wywołuje ożywione dyskusje. Zasięg tej debaty nie jest łatwy do zidentyfikowania również dlatego, że w wielu opracowaniach stanowiska wobec instrumentalizacji prawa wpisują się w jeszcze bardziej podstawową dyskusję, a mianowicie w spór między zwolennikami realizmu prawnego — którego istotny segment problemowy stanowiło eksponowanie potrzeby, a nawet nieuchronności instrumentalizacji prawa — i tak zwanymi prawniczymi formalistami, którzy z kolei deklarowali niechęć do instrumentalizacji prawa lub którym taką niechęć powszechnie przypisywano. O tej ostatniej płaszczyźnie sporu można już bez wątpienia stwierdzić, że, jakkolwiek z różnym nasileniem w różnych okresach, jednak ze wzrastającą tendencją w ostatnich kilkudziesięciu latach, objęła całą amerykańską kulturę prawną²⁵³.

²⁵³ Zob. B. Tamanaha, *Beyond the Formalist–Realist Divide: The Role of Politics in Judging*, Princeton (New Jersey) 2010. W rozdziale pierwszym autor z krytycznym dystansem

Z tej obszernej debaty pozwolę sobie wydobyć tylko wybrane wątki, istotne dla argumentacji prowadzonej w niniejszej rozprawie. Czuję się zobligowany do jej przywołania już chociażby z tego powodu, że jednym z jej wpływowych uczestników był John Dewey, lokowany powszechnie po stronie instrumentalistów-realistów; jego istotniejsze tezy tak zwanego pragmatycznego instrumentalizmu wykorzystałem w rozdziale poprzednim. Poniższe uwagi pozwolą, jak sądzę, z jednej strony dookreślić istotne dla teorii prawa fragmenty rozległego dorobku tego uznawanego za klasyka (obok W. Jamesa i Ch. Peirce'a) przedstawiciela filozofii pragmatycznej, a z drugiej — otworzyć drogę dla próby adaptacji jego tez, mocno przecież osadzonych w tradycji amerykańskiego pragmatyzmu i realizmu, do perspektywy *civil law* oraz siatki pojęciowej analitycznej teorii prawa, a więc drogę do zbliżenia tamtejszej kulturowo odrębnej tradycji prawniczej do sposobu myślenia i argumentowania o prawie zakorzenionego w polskim prawoznawstwie. Ten drugi cel uważam za szczególnie istotny. On też ma uzasadniać zawężenie pola eksploracji amerykańskich debat o instrumentalizacji do tych tylko kwestii, które w mojej ocenie bez większego ryzyka uchybienia odmiennościom kulturowym dają się przenieść do krajowej dyskusji. Ryzyko, które sygnalizuję, wiąże się z podnoszonym przez samych pragmatystów — a następnie powtarzonym również przez postmodernistów — poglądem o „lokalnym” wymiarze prawa i osadzonej w nim jurysprudenckiej²⁵⁴. Jednocześnie ci sami pragmatyści, pomimo świadomości komplikacji w dokonywaniu międzykulturowych transplantacji, nie uznawali trudności tej za metodologiczny problem, jako że ich „metodologia” daleka była od roszczeń do uniwersalizmu formułowanych twierdzeń, a jej funkcja pojmowana była w podobnych sposób jak rozwiązywanie innych wyzwań i problemów praktycznych, w tym prawnych, a więc jako dostępny zestaw narzędzi: doktrynalnych pojęć, twierdzeń i argumentów. Eklektyzm nie deprecjonował tez formułowanej teorii (o ile słowo „teoria” miało tu zachowywać jeszcze swój tradycyjny sens), a raczej zaświadczał o bogactwie zasobów możliwych do wykorzystania w argumentacji²⁵⁵.

pisze o „indoktrynowaniu całej [amerykańskiej] kultury prawnej przez podział na formalistów i realistów” (*ibidem*, s. 4).

254 Na przykład R. Posner postulował, aby ujmować podejmowane problemy „bez złudzeń, z pełną świadomością ograniczeń ludzkiego rozumu, z poczuciem *lokalności* ludzkiej wiedzy oraz trudności w dokonywaniu międzykulturowych przekładów, a tym samym nieosiągalności *prawdy*” (R. Posner, *A pragmatist manifesto*, [w:] R. Posner, *Problems of Jurisprudence*, Cambridge (Massachusetts) 1990, s. 465).

255 Susan Haack swój tekst *The pluralistic universe of law: Towards a neo-classical legal pragmatism* („Ratio Juris” 21, 2008, nr 4), wcześniej wygłoszony na Światowym Kongresie

Jako zachętę do międzykulturowej transplantacji odczytać można również przywoływane wcześniej podejście badawcze Deweya z jego niechęcią do dystynkcji pojęciowych i kategoryalnych opozycji; podejście pojawiające się również u współczesnych przedstawicieli amerykańskiej debaty o instrumentalizacji prawa, nawet tych, którzy niekoniecznie zaliczani są do zadeklarowanych pragmatystów. Mam tu na uwadze przede wszystkim Briana Tamanahę i stanowisko zasygnalizowane już w tytule jego monografii: *Beyond the Formalist–Realist Divide*. Dostrzegając poważne ryzyka związane z instrumentalizacją prawa, autor ten próbuje jednak wyjść poza zideologizowany, szkodliwy, a przede wszystkim, jak twierdzi, poznawczo zafałszowany — bo urabiany głównie przez przeciwników sporu — podział na prawniczy realizm i formalizm²⁵⁶. Pomimo zauważalnej sympatii do tego drugiego nurtu próbuje zachować badawczy dystans i proponuje analizować interesujący go problem (ogniskujący się wokół polityki sędziowskiego orzekania) z perspektywy, jak to nazywa, „zrównoważonego realizmu” (*balanced realism*)²⁵⁷. Do rozwinięcia tej propozycji teoretycznej jeszcze wróć.

Dodajmy od razu, że perspektywa podejmowania decyzji sędziowskich jest w amerykańskich debatach wokół realizmu (instrumentalizmu) i formalizmu wiodącym kontekstem, co zasadniczo różni współczesne amerykańskie teorie instrumentalizacji prawa od polskiego spojrzenia na ten problem. Różni, ale nie separuje, jako że — podobnie jak w polskich teoriach — w stanowisku formalistycznym prawo ujmowane jest jako zjawisko autonomiczne wobec działającego podmiotu, choć akcent kładziony jest nie tyle — albo nie tylko — na wewnętrzne wartości prawa (*rule of law*), co na niedyspozytywny charakter reguły/normy ogólnej. W regułach prawa dostrzegano przede wszystkim ich funkcję stabilizującą, otwierającą przestrzeń nie tyle do aktywnego działania podmiotu i celowego przekształcania (adaptowania) reguły (bądź też bariery dla takiej aktywności), ile do przesłanki pozwalającej

IVR w Krakowie w 2007 roku, zaopatrzyła w dwa znaczące motta: autorstwa O.W. Holmesa (1896): „We have too little theory in the law rather than too much”, oraz W. Jamesa (1907): „Pragmatism is a mediator and reconciler [...] she ‘unstiffens’ our theories [...]. Her manners are various and flexible, her resources [...] rich and endless”.

²⁵⁶ Jak pisze, „celem niniejszej książki jest uwolnienie nas od formalistyczno-realistycznego uścisku [...], wykorzenie formalistyczno-realistycznej historii prawa, co pozwoli na dobre rozumienie orzekania [...]. Wiek formalizmu prawnego nigdy nie istniał, udowadnianie tego to tak jakby wykrywanie, że duchy nie istnieją” (B. Tamanaha, *Beyond the Formalist–Realist Divide*, s. 3). I dodaje jeszcze: „w dyskusjach tych formalisci nigdy nie mówią za siebie [...]. Rzekoma wiara w *mechaniczną jurysprudencję* została wymyślona przez krytyków formalizmu, takich jak R. Pound czy J. Frank, oraz przez współczesnych teoretyków powołujących się na relację krytyków”. Za T. Sebokiem stwierdza też: „formalizm tak naprawdę nie ma własnej tożsamości” (*ibidem*, s. 4).

²⁵⁷ *Ibidem*, s. 6.

na przewidywanie zachowań i stanów rzeczy. Takie postrzeżenie funkcji reguł prawnych wiązało się zarówno z charakterystycznym dla prawniczych formalistów balastem scjentystycznym (opis — prognoza jako funkcje nauki), dzięki czemu środowisko to wpisywało się w model wczesnego pozytywizmu prawniczego, jak i z typowym dla jurysprudencji anglosaskiej, a w szczególności amerykańskiej, mocnym jej skupieniem na praktyce sędziowskiej, co polskim teoriom instrumentalizacji prawa było (i jest) obce.

W naszej rodzimej tradycji, o czym obszernie pisałem wcześniej, teoretyczna wrażliwość w badaniach nad instrumentalizacją prawa kierowana jest przede wszystkim na prawodawcę. Dlatego też argument sięgający do stabilizującej funkcji ogólnej reguły, relewantny w amerykańskich teoriach i służący obronie przed sędziowską instrumentalizacją prawa, nie mógł być użyty wobec prawodawcy, gdyż do konstytucyjnych kompetencji prawodawcy należy właśnie tworzenie reguł ogólnych. Problem instrumentalizacji prawa stał się w kulturze prawa stanowionego problemem stwarzanym przez samego prawodawcę, a budowanie barier przeciwko instrumentalizacji prawa zostało przeniesione na poziom metaprawny, zasady praworządności (*rule of law*), natomiast sędziowie i sądy stawali się beneficjentami tych metaregulacji w imię własnej autonomii (niezawisłości i niezależności). Dochowywanie wymogu ogólności reguły wyrastało zatem nie z potrzeby pewności orzekania, a ze stabilności i przewidywalności prawotwórstwa, o czym z perspektywy *civil law* nauczał Lon L. Fuller w *The Morality of Law*.

W amerykańskiej tradycji prawnej nie zawsze jednak było tak, jak współcześnie przedstawiają to prawni formalisci. Ujęcie historyczne, to jest sięgające do początków amerykańskiej, a właściwie anglosaskiej (bo z istotnym udziałem Benthama) dyskusji, pokazuje, że perspektywa prawodawcy z jego predyspozycją do instrumentalizowania prawa była wówczas bardzo silnie widoczna. Dlatego warto, jak sądzę, dla poszukiwania *iunctim* między polskimi i zachodnimi poglądami na instrumentalizację prawa nawiązać do tego wcześniejszego okresu. Anglosaskie debaty u swojego zarania wykazują bowiem symptomatyczne podobieństwa do ich polskich odpowiedników. Z polskiej perspektywy ciekawa jest pierwsza faza tej dyskusji zainicjowana przez Benthama, prekursora programu nowoczesnego prawodawstwa i jednocześnie jednego z najbardziej wpływowych krytyków prawa zwyczajowego — w czym dostrzec można kontekstualną zbieżność stanowiska Benthama z poglądami Deweya.

Odpowiedzią Benthama na oświeceniową, polityczno-ustrojową krytykę zastanego prawa — przypomnijmy dla jasności tego wywodu

artykułowane już wcześniej wątki — miał być program demokratycznej rewolucji, której prawnym wyrazem, a zarazem narzędziem realizacji była idea nowoczesnego prawodawstwa idąca w parze z instrumentalizmem²⁵⁸. Prawo zwyczajowe (szerzej: prawo naturalne) ujmowane było jako niedyspozytywne, wyłącznie poznawalne, „odkrywane”, nie tylko dla podejmującej działanie jednostki, lecz także dla prawodawcy, który miał nadawać ukształtowanym praktykom wyłącznie formę tekstową. Wspierać prawodawcę w tej roli miała doktryna prawnicza wraz z powiązaną i ugruntowaną na niej praktyką sędziowską. Prawo zwyczajowe mogło być zatem pozycjonowane jako prawo autonomiczne, łatwo poddające się konfrontacji z ideą instrumentalizacji leżącą u podstaw „nowego” prawa. To w tak rozumianym prawie autonomicznym Benthamowska wizja nowoczesnego prawodawstwa znajdowała opór, który usiłowała przełamywać. Mamy tu zatem do czynienia z „logiką sporu” podobną do tej przyjmowanej w latach dziewięćdziesiątych w polskich dyskusjach o instrumentalizacji prawa, jednak z argumentacyjnie odwróconym wektorem: w debatach prowadzonych u zarania nowoczesnej wizji pozytywizmu prawniczego to prawo autonomiczne miało być zaszczytą wypieraną przez nowe, zinstrumentalizowane prawodawstwo, a prawo zinstrumentalizowane miało znajdować się na postępowej ścieżce budowania oświeceniowych programów społecznych realizowanych poprzez prawodawstwo. W ówczesnej perspektywie autonomia prawa również miała stawiać opór instrumentalizacji prawa. Był to jednak okres, w którym — parafrazując maksymę Taekemy — instrumentalizacja prawa cieszyła się „dobrą sławą”, była znakiem oświeconego postępu społecznego i demokratycznego, w tym politycznego upodmiotowienia. „Dobra sława” stała się zatem również udziałem polityki, której zinstrumentalizowanym segmentem było prawo.

Te czasowo i kulturowo odległe od siebie konteksty społeczne łączy obecność pozytywizmu prawniczego w teoretycznym tle, którego oceny i towarzyszące im emocje dzielą jednak wspólne historyczne losy z ocenami kierowanymi pod adresem instrumentalizacji prawa²⁵⁹. Oczywiście nie był to już „ten sam” pozytywizm, co wyjaśniać powinno zmianę

258 B. Tamanaha, *Law as a Means to an Ends: Threat to a Rule of Law*, Cambridge 2006, s. 42.

259 „Bentham’s work nevertheless offers an important conceptual insight for this exploration through its linkage of legislation, legal instrumentalism, and legal positivism. Legal positivism is a theory which holds that ‘law’ is whatever the recognized authority sets out as ‘law,’ known as the ‘will’ or ‘command’ theory of law; legal instrumentalism is the idea that law is an instrument or tool to achieve ends; and legislation is the most adaptable and efficient form that law takes. They combine in a mutually reinforcing fashion. If the law is to serve ends efficiently, it must be open with respect to content, which must vary according to

rozumienia konceptu autonomii prawa, która dokonała się przez dwa wieki zainicjowanej przez Benthama dyskusji wokół roli prawotwórstwa: od doktryny nieregulowanej wewnętrznie dominacji państwowego prawodawstwa do doktryny prawotwórstwa otwartego na wewnętrzne wartości prawa i przez te wartości kształtowanego. Argument z autonomii prawa pozostał, choć już nie prawo zwyczajowe/naturalne składało się na jego merytoryczną zawartość, a wypracowane w zewnętrznej i wewnętrznej krytyce pozytywizmu prawniczego wartości i reguły tworzące doktrynę państwa prawa.

Przez dwa wieki historia prawa z udziałem pozytywizmu prawniczego wykonała swoistą hermeneutyczną spiralę: myśl prawnicza we „wznoszącym się” rozwoju została wzbogacona o swoją doktrynalną aksjologię, nabierając cech koncepcji wyrafinowanej. Tylko funkcjonalny związek prawodawczego aktywizmu państwowego i instrumentalizacji prawa jako medium jego realizacji pozostał. Ewolucja pozytywizmu prawniczego i wykształcenie się w jego ramach wartości autonomicznych sprawiły, że w tradycji *civil law* prawnik pozytywista pozyskał własne zasoby argumentacyjne w konfrontacji z praktyką instrumentalizacji prawa. Dzięki temu spór wokół instrumentalizacji prawa mógł stać się sporem „wewnątrz kulturowym”. Można sądzić, że przemiana ta miała istotny wpływ na to, że problem „granicy” stał się pierwszym problemem w teoriach instrumentalizacji opartych na założeniach pozytywizmu prawniczego. Teoretyczne wyzwanie poszukiwania granic instrumentalizacji miało bowiem z jednej strony służyć obronie pozytywizmu prawniczego w pewnej jego wersji (współczesnej, na przykład Hartowskiej), z drugiej — godziło się jednocześnie na rezygnację z obrony wersji innej (pierwotnej, Benthamowskiej). Dzięki tak zarysowanym granicom praktyka prawnicza pozyskiwała użyteczne argumenty do krytyki arbitralnego aktywizmu prawodawcy. Współczesna myśl prawnicza z kulturowego kręgu *civil law* wykształciła sobie dzięki temu język przydatny do krytyki wielu poczynań prawodawczych — na przykład partyjnej ekspansywności polskiego prawotwórstwa po roku 2015 — jako praktyki instrumentalizacji prawa możliwej do zaakceptowania na gruncie historycznej wersji pozytywizmu prawniczego, jednak naruszającej podstawowe wartości eksponowane przez jego współczesną wersję. Obrona prawnych praktyk polskiej „dobrej zmiany” jest zatem możliwa, choć wydaje się dla współczesnego prawnika przedsięwzięciem kulturowo anachronicznym.

the end identified and the anticipated circumstances of its achievement; legislation is the best ready mechanism for willfully shaping law instrumentally—for determining ends and filling in content” (*ibidem*, s. 43).

5.2. Formalistyczna autonomia prawa i prawoznawstwa

O ile pierwsza faza anglosaskiej debaty wokół instrumentalizacji prawa skupiała się wokół pytania o miejsce państwowego prawodawstwa i jego funkcji w kształtującym się wówczas nowym porządku społecznym — wraz z kwestią, czy proces stanowienia ma walor „tworzenia” prawa, jak uważali instrumentalisci, czy „odkrywania”, jak chcieli to widzieć „autonomiści” — a więc w dużej mierze miała charakter debaty politycznej (filozoficzno-politycznej), o tyle druga faza, rozpoczynająca się w latach pięćdziesiątych XIX wieku i zasadniczo kontynuowana do dzisiaj, przybrała postać sporu wokół koncepcji nauki i jej związków z prawem. Wtedy też swoje teoretyczne fundamenty kształtować zaczęło środowisko prawnych formalistów, a jednocześnie pojawiła się nowa (a właściwie unowocześniana) opozycja wobec doktryny i praktyki instrumentalizacji prawa. Już nie zwyczajowa, incydentalna praktyka sądowa legitymizowana wartościami i praktyką prawa naturalnego miała być wyrazem autonomii prawa, ale praktyka orzecznicza uporządkowana przez doktrynę prawniczą z jej naukowymi kanonami klasyfikacji, prowadzącymi do konstruowania ogólnych reguł prawa. Przy czym tak wpływała w dwudziestowiecznej analitycznej teorii prawa pojęciowa dystynkja między prawem i nauką prawa — w tym opisywanie/wyjaśnianie oraz decydowanie/uzasadnianie — w tradycji amerykańskiej już wtedy nie wydawała się sprawą szczególnie istotną. Ważne dla tradycji europejskiej pojęciowe dychotomie zainicjowane przez Kartezjusza, a następnie adaptowane jako założenia badawcze pozytywizmu naukowego, niespecjalnie obchodziły ówczesnych formalistów.

Stanowisko to dobrze oddaje cytat datowany na 1851 rok, pochodzący z periodyku o bardziej publicystycznych niż naukowych aspiracjach, a więc dobrze oddający ówczesny prawno-doktrynalny *vox populi*:

podobnie jak inne nauki, [prawo] ma być przeniknięte ogólnymi regułami, kształtującymi jego strukturę, rozwiązującymi jego zawilgości, wyjaśniającymi jego pozorne sprzeczności. Podobnie jak inne nauki, [prawo] ma mieć [...] fundamentalne zasady, nigdy niemodyfikowane oraz nieruchomą podstawę, na której opiera się cała struktura, a także szereg zależnych zasad i reguł, zmodyfikowanych i podporządkowanych rozumowi i okolicznościom, które rozciągają się na zewnątrz w nieprzerwanym połączeniu do najodleglejszych zastosowań prawa²⁶⁰.

²⁶⁰ *Nature and method of legal studies*, „U.S. Monthly Law Mag” 3, 1851, s. 381–382; cyt. za: B. Tamanaha, *Law as a Means to an Ends*, s. 15.

Znacząca — a dla kontynentalnego pozytywisty nieco zaskakująca — może być łatwość, z jaką prawo zostaje utożsamione z nauką na fundamencie zasad i ogólnych reguł kształtujących stabilną podstawę (strukturę) służącą rozwiązywaniu i wyjaśnianiu „zawiłości” i „pozornych sprzeczności”. Łatwość ta staje się bardziej zrozumiała, jeśli przyjmiemy diachroniczną perspektywę pozwalającą dostrzec, w jaki sposób dochodzi do wykształcenia się owej „nieruchomej podstawy”. Jak pisał Christopher C. Langdell:

prawo uważane za naukę składa się z zasad lub doktryn, które bardzo powoli osiągały swój obecny stan [...]. Proces ten można prześledzić poprzez szeregi przypadków [...] poddawanych klasyfikacji i porządkowaniu, które to zabiegi w istotnym stopniu przyczyniły się do ukształtowania zasadniczych doktryn²⁶¹.

Rozstrzygnięte sprawy były zatem empirycznym komponentem prawa. Jak dodaje komentator myśli Langdella, podjęte decyzje:

układały się we wzorce, którymi rządzą reguły, koncepcje i zasady możliwe do wyprowadzenia w drodze indukcji [...], a następnie już dedukcyjnie stosowane w celu określenia odpowiednich reguł i wyników w przyszłych przypadkach [...]. Prawo w tym ujęciu jest nauką o cechach indukcyjnych, analitycznych i dedukcyjnych²⁶².

Formalizm prawniczy w wersji amerykańskiej nie jest zatem zjawiskiem zawisłym w społecznej próżni i daleko mu do Kelsenowskiej tradycji uprawiania prawniczej analityki z jej apriorycznymi założeniami. Argument z autonomii prawa przeciwko instrumentalizacji (wówczas głównie jeszcze w wersji Benthamowskiego rozumnego prawodawstwa) pozostał w zasadzie ten sam. Zmienił tylko swój wyraz, oprawiony w ramy pojęciowe strukturalistycznej metodologii naukowej.

Taki obraz amerykańskiej jurysprudencji utrzymywał się do przełomu wieków, kiedy to za sprawą złożonych czynników społecznych (wzrost zaufania do rządu, osłabienie idei porządku naturalnego na rzecz relatywizmu i aktywizmu) i ekspansywności nowych doktryn filozoficznych i prawnych („wykazującej uderzające podobieństwa filozoficzne” ekspansji pragmatyzmu, instrumentalizmu, instytucjonalizmu, ekonomicznego determinizmu) nastąpił wyraźny kryzys idei myślenia i argumentowania formalistycznego, określane nawet antyformalistycznym buntem²⁶³. A że myśl i praktyka prawnicza nie tkwią

²⁶¹ C.C. Langdell, *Preface: Selection of cases on the law of contracts*, [w:] *Law and Jurisprudence in American Legal History*, s. 746–748.

²⁶² T.C. Grey, *Langdell's orthodoxy*, „University of Pittsburgh Law Review” 45, 1983, nr 1.

²⁶³ Zob. B. Tamanaha, *Law as a Means to an Ends*, s. 60–61.

w próżni — choć zazwyczaj w tym obszarze nic nie dzieje się nagle — to również dotychczasowy „styl formalny zaczął w latach 20-tych rozpadać się [...] i ustępować miejsca bardziej realistycznemu podejściu [również] sędziów i prawników”²⁶⁴. Przed prawnym instrumentalizmem otworzyła się nowa perspektywa, bardziej obiecująca niż ta, która powstała wcześniej za sprawą doktryny Benthama. Nie tylko stała się bardziej umocowana filozoficznie i społecznie, lecz także uzyskała szersze oddziaływanie na prawne i prawnicze konsekwencje. Już nie prawodawstwo — albo nie tylko prawodawstwa — było dziedziną prawnego odniesienia, ale przede wszystkim sądownictwo. Argumentacja formalistyczna, choć wyhamowała w obliczu realistycznej ekspansji XX wieku, wraca w ostatnich dziesięcioleciach, jednak już nie jako siła dominująca prawnicze imaginarium, ale jako orientacja względnie zrównoważona z realizmem pod względem siły wpływania na środowisko prawnicze. Obie te doktryny uznawane są obecnie za stanowiska fundujące główne, oparte na odmiennych perspektywach badawczych przedmiot sporów we współczesnej jurejurisprudencji amerykańskiej²⁶⁵, a negatywny społeczny odbiór instrumentalizmu i formalizmu prawnego kształtowany jest przez ich wzajemne krytyczne opinie²⁶⁶. To dzięki takim rodowodom w naukowym i społecznym odbiorze negatywne oceny dotyczą nie tylko instrumentalizacji prawa, ale również formalizmu prawniczego²⁶⁷.

Bardziej zrównoważone postawy, przynajmniej gdy chodzi o proporcje, w doktrynie amerykańskiej — w konfrontacji z polskimi teoriami permanentnie poszukującymi w autonomii prawa „granic” instrumentalizacji — biorą się zapewne, poza sprzyjającym klimatem filozoficznego i społecznego pragmatyzmu, z braku doświadczeń autorytarnego sprawowania władzy z udziałem prawodawstwa. Nie bez znaczenia jest również ogniskowanie uwagi na sądach i sędziowskim orzekaniu będącym polem amerykańskiej konfrontacji instrumentalistów/realistów z formalistami i niemal całkowite usunięcie sądownictwa z pola zainteresowania w debatach polskich. Sędziowie polscy nie uczestniczą w sporze podobnym do amerykańskiego, również

²⁶⁴ B. Tamanaha, *Beyond the Formalism–Realism Divide*, s. 18.

²⁶⁵ „Spojrzenia na sądownie [orzekanie] w Stanach Zjednoczonych są zdominowane przez narrację formalistów i realistów”. Jest to zdanie otwierające wstęp do monografii *Beyond the Formalism–Realism Divide*. Dwie strony dalej autor dodaje, że „cała kultura prawna została zindoktrynowana w formalistyczno-realistycznej opozycji” (*ibidem*, s. 3).

²⁶⁶ „W dyskusjach tych formalisci nigdy nie mówili za siebie [...]. Rzekoma wiara w »mechaniczną jurejurisprudencję« została napisana przez krytyków takich jak R. Pound i J. Frank oraz przez współczesnych teoretyków powołujących się na relacje krytyków” (*ibidem*, s. 4). Sebok zauważył, że „formalizm tak naprawdę nie ma własnej tożsamości” (A.J. Sebok, *Legal Positivism in American Jurisprudence*, Cambridge 1998, s. 57).

²⁶⁷ Zob. F. Schauer, *Formalism*, „The Yale Law Journal” 97, 1988, nr 4, s. 510.

sam proces podejmowania przez nich decyzji — z interesującej nas perspektywy — nie jest przedmiotem zainteresowania teorii prawa. W dyskursie prawno-politycznym przyjęło się, że środowisko to jest, a raczej powinno być — bo nikt tu nie przeprowadzał empirycznych badań — ostoją i orężem autonomii prawa wobec instrumentalizacji i polityczności prawa stanowionego przez państwo, gwarantowanej przez konstytucyjną niezależność i niezawisłość. Taki stan rzeczy uznaliśmy po prostu za okoliczność bezdyskusyjną.

Nie zmienia to jednak faktu, że postawa instrumentalizowania prawa w orzekaniu sądowym warta jest rozważania, a doświadczenia debat w jurysprudencji amerykańskiej mogą, właśnie poprzez szerokie spektrum formułowanych tam poglądów, dla polskich teorii instrumentalizacji prawa okazać się pomocne. Inspirujące dla naszych lokalnych rozważań o instrumentalizacji wydaje się obserwowane w ostatnich latach zbliżanie się poglądów amerykańskich formalistów i instrumentalistów, a więc wyjście poza przywołaną wyżej opozycję i odmienne „opowieści” o prawie. Jako punkt wyjścia dla budowania takiego podejścia posłużyć może deklaracja Tamanahy złożona w monografii, której już sam tytuł ma walor programowy: *Beyond the Formalist–Realist Divide: The Role of Politics in Judging*. Autor we wprowadzeniu do tej publikacji pisze tak oto: „usuwając formalistyczno-realistyczny podział i zastępując go zrównoważonym realizmem, książka niniejsza jest próbą oparcia się tej nieszczęśliwej perspektywie”²⁶⁸. Jego „zrównoważony realizm” jest tym bardziej atrakcyjny dla zwolenników wychodzenia ponad przywoływany spór — a w szczególności dla prawników obserwujących ten spór z perspektywy kultury *civil law* — że Tamanaha przy swoim badawczym umiarkowaniu sympatyzował jednak bardziej z formalizmem aniżeli z realizmem i instrumentalizmem²⁶⁹. Można zatem, jak sądzę, przyjąć, że punktem wyjścia poszukiwanej przez tego autora równowagi był właśnie formalizm, że to on uległ realistyczno-instrumentalnej adaptacji, co wydaje się zachęcać do ewentualnych odniesień do naszych rodzimych kulturowo-prawnych uwarunkowań w badaniach nad instrumentalizacją prawa.

²⁶⁸ *Ibidem*, s. 9.

²⁶⁹ Za symptomatyczne uznać można już same tytuły publikacji Tamanahy podejmujących problemy instrumentalizacji prawa: *The Perils of Pervasive Legal Instrumentalism*, Nijmegen 2006, s. 67; *How an instrumental view of law corrodes the rule of law*, „DePaul Law Review” 56, 2007, nr 12. Jednak ogłoszona nieco później tzw. społeczna teoria prawa Tamanahy może wskazywać na ewolucję jego poglądów w kierunku prawniczego realizmu, zob. *A Realistic Theory of Law*, Cambridge 2017.

5.3. Reguła ogólna jako podstawa aktów instrumentalizacji

Brian Tamanaha twierdzi, że rozprawianie o instrumentalizacji prawa może mieć sens, o tyle jednak, o ile „instrumentalne ujęcie prawa zakładać będzie formalnie wiążący charakter reguł prawnych, a prawo stanie się skutecznym narzędziem realizacji celów społecznych wtedy, gdy reguły prawne będą konsekwentnie przestrzegane przez adresatów (urzędników publicznych i społeczeństwo)”. Dodaje jeszcze (przywołując J.W. Holmesa i R. Pounda), że to dzięki przestrzeganiu przepisów prawnych uzyskujemy pewność i przewidywalność prawa, a więc walory użyteczne również w osiąganiu celów społecznych, w tym w działaniach instrumentalizujących prawo²⁷⁰. Stanowisko takie bliskie było również Deweyowi — badaczowi o proweniencji filozoficznej, jakkolwiek podejmującemu wyprawy w bardzo zróżnicowane dziedziny, w tym również prawoznawcze — który stwierdzał, że oczywiste są dla niego powody, dla których, „jak to tylko jest możliwe, reguły prawa powinny być powtarzalne (*regular*) i określone (*definite*)”²⁷¹, bo tylko wtedy prawny instrumentalista może przyjąć formalistyczne stanowisko w sprawie przestrzegania reguł. Stabilność obowiązywania i jasność rozumienia ogólnych reguł stwarzać ma, zdaniem Deweya, warunki determinujące prawną przestrzeń, ale też otwierające ją dla podejmowania aktów instrumentalizacji prawa. Instrumentalizacja *per lege* dzięki temu zastępowana albo przynajmniej uzupełniana jest przez instrumentalizację *sub lege*.

W przywołanej wyżej argumentacji można zauważyć zarówno próby poszukiwania prawnych „granic” instrumentalizacji, jak i racje uzasadniające podejmowanie aktów „instrumentalizujących prawo”. Uwaga ta nie dotyczy zresztą tylko samych przepisów (reguł, zasad), ale także pojęciowych konceptualizacji uznawanych za istotny składnik dorobku myśli formalistyczno-prawnej. Jak zauważa Tamanaha, reasumując spór między realistami/instrumentalistami i formalistami, zawsze dzieliło oba te środowiska stanowisko wobec determinującej działanie jednostki roli tekstu prawnego (tekst prawny jest lub powinien być traktowany jako znaczeniowo zamknięty bądź jako znaczeniowo otwarty, dyspozytywny, podatny na uzupełnienia i modyfikacje, stosownie do zamierzonych celów społecznych i okoliczności ich realizacji), jednak w jednej kwestii pojęciowy formalizm przetrwał realistyczną krytykę. Pozostało mianowicie zdroworoządkowe przekonanie, że dla procesu

270 B. Tamanaha, *Law as a Means to an Ends*, s. 71.

271 J. Dewey, *Logical method and law*, „The Philosophical Review” 33, 1924, nr 6, s. 25.

wypełniania treścią ogólnych reguł „generalnie lepiej jest, aby reguły i zasady były ze sobą logicznie spójne”²⁷². Formalizm prawniczy może zatem odgrywać rolę swoistej ramy, której treść należeć już może do domeny prawniczych instrumentalistów.

Dla konstatacji tej istotne jest następujące uzupełnienie ze strony Deweya, również zaangażowanego w tę dyskusję:

systematyzacja logiczna dokonywana ze względu na optymalną ogólność i spójność twierdzeń jest nieodzowna, ale nie kończy sprawy. [Systematyzacja] to wyłącznie instrumentarium, a nie cel. Jest to sposób na usprawienie, wyjaśnienie i dochodzenie, które ma doprowadzić do konkretnych decyzji [...]. [Dlatego] tak ważne jest, aby reguły prawa tworzyły najbardziej, jak to możliwe, spójne, uogólnione systemy logiczne²⁷³.

Powyższe stwierdzenie Deweya, w filozofii amerykańskiej największego bodaj propagatora idei działania instrumentalnego, jest zaskakująco zbieżne z wcześniej przywołanym poglądem Tamanahy, profesjonalnego przecież znawcy problemów jurysprudencji, programowo zdystansowanego w swoich pracach wobec problematyki instrumentalizacji prawa — z tą tylko może różnicą, że profesor jurysprudencji zabiega o logiczną spójność, dopuszczając na jej warunkach ewentualne działania instrumentalizujące prawo, gdy profesor filozofii domaga się tego samego jako stabilnej, rozpoznawalnej przesłanki dającej się optymalizować w procesie prowadzącym do podejmowania decyzji. Pierwszy broni struktury, dostrzegając ryzyko jej osłabienia²⁷⁴, drugi chce się nią posłużyć z pełną świadomością, że — również w dobrze pojętym interesie sprawczości swojej teorii — nie powinien jej naruszać. Obaj przyjmują odmienne postawy i cele swoich teorii, godząc się jednak na uwarunkowania, w jakich wskazania oparte na tych teoriach mają być realizowane. Jak widzimy, autonomiczne i instrumentalne wymiary prawa nie muszą być sytuowane w permanentnym konflikcie. Są — przynajmniej u obu przywoływanych autorów — wyłącznie kwestią przyjmowanej perspektywy i stawianych sobie celów badawczych. Używając języka Antoniny Kłoskowskiej, możemy stwierdzić, że są to odmienne „aspekty”, różne pojęciowe charakterystyki, które mogą znaleźć wyraz w tych samych działaniach i ich wytworach (symboliczno-instrumentalnych).

To na takim właśnie wyważonym podejściu opiera się propozycja „zrównoważonego realizmu”, który skupia uwagę na wzajemnym

²⁷² B. Tamanaha, *Law as a Means to an Ends*, s. 70.

²⁷³ J. Dewey, *Logical method and law*, s. 19.

²⁷⁴ Zob. B. Tamanaha, *How an instrumental view of law corrodes the rule of law*; B. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge 2004, *passim*.

zintegrowaniu dwóch perspektyw postrzegania reguł (norm, zasad) prawnych: badawczego sceptycyzmu oraz wyjątego poza spór twierdzenia o wiążącym charakterze reguły ogólnej. Zrównoważenie, o którym mowa:

odnosi się do świadomości wad, ograniczeń i otwartości prawa, świadomości, że sędziowie niekiedy dokonują wyborów, że potrafią manipulować przepisami prawa [*legal rules*] i precedensami, a niekiedy są pod wpływem swoich politycznych i moralnych poglądów oraz uprzedzeń (aspekt sceptyczny). Jednak tę sceptyczną świadomość warunkuje zrozumienie, że przepisy prawa jednak działają, że sędziowie przestrzegają i stosują prawo, że istnieją czynniki związane z praktyką społeczną i instytucjonalną, które ograniczają sędziów, i że sędziowie generalnie podejmują przewidywalne decyzje w zgodzie z prawem (aspekt związania regułami)²⁷⁵.

Zrównoważony realizm uznaje nieuchronność wpływów politycznych na sądenie, a więc również argumentacji celowo-racjonalnej, podkreślając jednak szczególną rolę orzekania i związanych z nim uwarunkowań. Tamanaha łączy prezentowane przez siebie stanowisko z tezami przedstawicieli tak zwanego nowego formalizmu, które jego zdaniem są zbieżne ze spostrzeżeniami zrównoważonego realizmu, i dodaje, że:

nic w ich stanowisku nie opiera się na czymkolwiek, co określane jest jako „formalizm” [...], formalizm nie sprowadza się do niczego więcej niż do wymogu sądenia opartego na regułach. Pojęcie formalizmu można [zatem] bez strat wyeliminować z teoretycznych dyskusji, oszczędzając sobie wiele zamieszania²⁷⁶.

W ten sposób formalistyczno-realistyczny podział zdaniem Tamanahy powinien być usunięty i zastąpiony zrównoważonym realizmem²⁷⁷. Konkluzja ta — jeśli przypomnimy prowadzące do podobnych wniosków stanowisko Deweya — konsekwentnie powinna obejmować również istotny segment tego podziału „po stronie realistycznej”, a więc pragmatyczny instrumentalizm z jego aplikacjami na gruncie prawoznawstwa. Idąc tym śladem, możemy wywnioskować, że również spór formalizm–instrumentalizm powinien zostać odrzucony, a prawnicza koncepcja instrumentalizacji prawa powinna legitymować się „instrumentalnym zrównoważeniem” z komponentem formalnym, którego punktem centralnym jest pojęcie reguły (normy).

Zasadniczym dla dalszych moich rozważań walorem przywołanych wyżej fragmentów z anglosaskich debat prawniczych byłoby stanowisko,

275 B. Tamanaha, *Beyond the Formalism–Realism Divide*, s. 6.

276 *Ibidem*, s. 8.

277 *Ibidem*, s. 9.

że formalizm prawniczy w tym fragmencie swojej argumentacji, w której artykułuje wymóg ogólności i logicznej (zakresowej, treściowej) spójności reguły prawnej, nie koliduje z aktami instrumentalizacji prawa, o ile oczywiście akty takie zakwalifikujemy jako poprawne wykonane, to jest mieszczące się w zakresowych granicach wyznaczanych przez odpowiednie reguły. Implikacją komentarza Deweya byłoby zatem twierdzenie, że instrumentalista prawny może, kierując się względami racjonalności instrumentalnej, adaptować stanowisko formalistyczne zarówno w kwestii przestrzegania reguł/norm (przepisów) prawnych, dyktowane przez oczywisty dla prawnika wymóg legalności działania, jak i w kwestii ogólności reguły, za którą z kolei zidentyfikować możemy prawne umocowanie (podstawę prawną, kompetencję prawną) do podejmowanego działania. Tak ujęte funkcje reguły prawnej możemy nazwać zarówno „granica” instrumentalizacji prawa, jak i uzasadnieniem (racją) dla podejmowanych aktów jego instrumentalizacji. Różnica ta jest tylko kwestią przyjmowanej perspektywy.

5.4. Sądowa instrumentalizacji: sędzia arbiter vs sędzia „przedsiębiorca”

Ostatni wątek (centralny dla anglosaskiej debaty wokół instrumentalizacji prawa), który chcę podjąć w niniejszej oraz następnej sekcji (punkt 5.5), to problem podmiotu normatywnych wskazań teorii instrumentalizacji prawa albo też, inaczej rzecz ujmując, pytanie o kontekst instytucjonalny w którym (w odniesieniu do którego) budowane są twierdzenia teorii instrumentalizacji. Jak próbowałem tego dowodzić wcześniej, w polskim przypadku, pomimo znacznie szerszych deklaracji, był to w rzeczywistości kontekst państwowego prawodawcy. Jak wiemy, podobnie kwestię tę ujmowała literatura anglosaska w swojej wyjściowej fazie (Bentham i jego krytycy odwołujący się do autonomii prawa wspartej na prawno-naturalnej i zwyczajowej podstawie). Począwszy od połowy XIX wieku, zmieniła się dziedzina ugruntowania autonomii prawa. Miejsce przeszłych praktyk zwyczajowych i dokumentujących je precedensów zastępują poszukiwania reguły ogólnej z istotnym udziałem myśli prawniczej, co prowadzi do wykształcenia się formalizmu prawniczego jako opozycji wobec instrumentalizacji prawa. Argument z autonomii prawa pozyskuje nową, formalistyczną podstawę opartą na rozumowaniach indukcyjno-dedukcyjnych (budowanie reguły–stosowanie reguły), a symbolicznym miejscem, w którym procesy te są lokowane, staje się sala sądowa. Formalistyczna argumentacja — początkowo

skierowana jeszcze w stronę prawodawcy i dyktowana potrzebami praktyki sądowej, rozwijania i korygowania wytworów prawotwórstwa — na początku XX wieku w sposób otwarty przenosi się na salę sądową. Wtedy to bowiem w amerykańskiej doktrynie prawnej następuje ekspansja realizmu prawniczego, którego wpływowi przedstawiciele, nierzadko również sędziowie (na przykład O.W. Holmes, J. Frank, a później R. Posner czy A. Scalia), dołączają do debaty nad problematyką dochodzenia do rozstrzygnięcia i uzasadnienia decyzji sądowej, a z czasem zaczynają odgrywać dominującą rolę w tej debacie. W tak zarysowanych ramach przebiega też dyskusja o apolityczności/polityczności sędziów i orzecznictwa sądowego. Wzmacniana „realistycznym przełomem”, a później jego wpływową obecnością przez cały wiek XX, kulturowa specyfika sądownictwa amerykańskiego, z akceptacją dla społecznego, odpowiedzialnego zaangażowania i polityczności sędziów (głównie w sądach wyższych, a szczególnie federalnych), sprawiła, że podejmowane w jurysprudencji amerykańskiej koncepcje instrumentalizacji prawa stały się nieatrakcyjne dla polskiej teorii prawa, w której nie znajdziemy choćby śladu ich obecności. Próby walki ze zdominowaną przez formalizm rzeczywistością polskich sądów były zjawiskiem rzadkim i ograniczały się do postulatów rozszerzania skali prawnych standardów budowania walidacyjnej i interpretacyjnej podstawy decyzji, ponadto z przyczyn zasadniczych (niezależność, niezawisłość) nie podejmowano pytania o instrumentalizację sądowego stosowania prawa i polityczności sędziów.

Te odmienne kulturowe uwarunkowania praktyki decyzyjnej amerykańskich i polskich sędziów należy przyjąć jako zewnętrzną okoliczność przy konstruowaniu teorii instrumentalizacji prawa. Nie musi oznaczać to jednak, że amerykańskie spory między formalistami i instrumentalistami powinniśmy uznać za nieużyteczne przy budowaniu naszej lokalnej teorii instrumentalizacji. Doktryna prawna, której dorobek obudowuje amerykańskie sądownictwo, podobnie jak sama praktyka orzecznicza, jest bowiem dużo bardziej zróżnicowana aniżeli polska. Tak jak w nauce prawa obserwować możemy spór między formalistami i realistami (pragmatystami/instrumentalistami), tak, odpowiednio, w praktyce sądowej daje się dostrzec podobna gama postaw i praktyk bliższych jednej bądź drugiej stronie tego podziału. Zresztą wielu wpływowych uczestników tej debaty skutecznie łączyło role sędziowskie z akademickimi, co nadawało autentyczności i wiarygodności wygłaszanym poglądom. W przeciwieństwie do polskich dyskusji, mocno teoretyzujących i unikających choćby aplikacji w praktyce prawniczej wygłaszanych teorii, spory amerykańskie miały w naturalny sposób wymiar „pragmatyczny” — w tym sensie, że obejmowały środowisko

problemowo zintegrowane wokół sędziowskiej praktyki zawodowej. Pomimo tych różnic orientacyjne kierunki w polskich i amerykańskich dyskusjach były podobne. W argumentacji akademików i sędziów o orientacji formalistycznej (tekstualistycznej) jako bazowy argument pojawiała się autonomia prawa i apolityczność sędziów powiązana z zasadą państwa prawa (*rule of law*), z kolei podejście pragmatyczne (kontekstualistyczne) dostarczać miało argumentów na rzecz instrumentalizowania prawa w wersji republikańsko-wspólnotowej (orientacja na „dobro wspólne”, cele wyznaczone przez poszczególne polityki społeczne) lub liberalnej (budowanie instytucji służących celowo-racjonalnym działaniom jednostkowym). Jednak również w tym drugim, pragmatycznym nurcie pojawiał się argument z autonomii prawa i praworządności, tym razem jako kontrapunkt dla aktów instrumentalizacji prawa — z tą tylko różnicą, że w amerykańskiej debacie autonomia prawa i praworządność zasadniczo nie były sytuowane jako granica instrumentalizacji prawa. Natomiast podobnie jak w polskiej literaturze²⁷⁸, ujmując problem z dłuższej perspektywy czasowej, formułowano zbliżone obawy co do zagrożenia dobrostanu autonomii prawa i praworządności jako możliwego następstwa instrumentalizacji prawa. U Tamanahy obawy takie oddaje już tytuł jednej z jego wpływowych prac: *How an instrumental view of law corrodes the law*²⁷⁹. Siła oddziaływania środowiska pragmatystów-instrumentalistów prawnych na edukację, a następnie na praktykę prawniczą była bowiem w USA od przełomu lat sześćdziesiątych i siedemtych na tyle duża, że szańce obrony budowane przez zwolenników prawnego formalizmu uznawano jeszcze pół wieku później za poważnie zagrożone.

Co jednak istotne, w konfrontacji tej zawsze poszukiwano kompromisu, wskazując, że zorientowani na cele realności — jeśli odrzucić radykałów — zawsze akceptowali (lub co najmniej tolerowali) wymogi narzucane przez ogólne reguły i przepisy (teksty) prawa, w szczególności oczywiście było to dla realistów zaangażowanych w praktykę sędziowską (takich jak Wendel Holmes i, co może być większym zaskoczeniem, Richard Posner — jedna z centralnych postaci nurtu *Law & Economics*). Z kolei formalisci tylko przez swoich zindoktrynowanych przeciwników identyfikowani byli z sylogistyczną mechaniką podejmowania decyzji. W szczególności tak zwany nowy formalizm (kształtowany w kontekście

²⁷⁸ Zob. W. Gromski, *Autonomia i instrumentalnych charakter prawa*, s. 172; W. Lamentowicz, *Destrukcja normatywności*, [w:] *Kultura prawna i dysfunkcjonalności prawa*, t. 1 red. A. Turska, E. Łojko, A. Kojder, Warszawa 1988, s. 274.

²⁷⁹ Warto odnotować, że w wystąpieniu konferencyjnym tytuł tego artykułu miał równie symptomatyczną wersję: *Is the rule of law waning in America?*

prawa umów i procedur prawnych) zabiegał o świadome połączenie ogólnego charakteru reguł z orientacją działającego podmiotu na zamierzony cel/skutek. Niemożliwe, ale też z punktu widzenia mojego przedsięwzięcia badawczego niepotrzebne, byłoby referowanie argumentacji pojawiającej się w debacie między formalistami i instrumentalistami. Tamanaha, po zreferowaniu stanowisk i wyartykułowaniu dowodów na konwergencję między opozycyjnymi stanowiskami, proponuje w końcowych fragmentach przywołanej wyżej rozprawy pewien mentalny eksperyment, który dobrze podsumowuje ten spór z różnym nasileniem toczony od prawie stu lat.

Autor namawia czytelnika, aby:

wyobraził sobie dwóch sędziów, z których każdy ma konserwatywne poglądy polityczne, a którzy mają rozstrzygnąć podobny spór prawny: jeden kierować się będzie pełną świadomością konieczności dochowywania wiążących go nakazów i zakazów opartych na przepisach prawnych, zmierzając do tego, aby wypracować najbardziej poprawną ich interpretację w każdym przypadku (*the Consciously Bound judge* lub *CB*). Drugi sędzia zmierzać będzie do rozstrzygnięcia sprawy ze świadomością dążenia do osiągnięcia ideologicznie preferowanych celów w każdej sprawie i manipulować będzie swoją interpretacją przepisów prawnych w taki sposób, aby osiągnąć pożądane cele (*the Consciously Ends-Oriented judge* lub *CEO*)²⁸⁰.

Ten prosty scenariusz autor dla potrzeb poglądowych komplikuje, dodając realistyczne warunki wyrastające z obserwacji praktyki orzeczniczej: po pierwsze, sędzia *CB* podświadomie postrzega prawo przez pryzmat swoich osobistych poglądów, nie jest więc w pełni wolny od wpływów politycznych, po drugie, również sędzia *CEO* nie jest w stanie osiągnąć swoich celów bez poszanowania konwencjonalnych pojęć prawnych, ponieważ jego decyzje muszą być wiarygodne z prawnego punktu widzenia i zachować zewnętrzny kształt obowiązujących reguł. Interpretacje *CEO* nie są zatem pozbawione typowo prawnych ograniczeń. Po trzecie, w licznej grupie przypadków przepisy prawne dopuszczają więcej niż jeden prawdopodobny wynik, choć zwykle tylko jeden będzie uznany za prawnie akceptowalny lub bardziej możliwy do obrony niż konkurencyjne. I po czwarte, w niewielkiej grupie spraw przepisy prawne są znaczeniowo otwarte i wymagają uwzględnienia czynników zewnętrznych w taki sposób, że sędzia nie jest w stanie uniknąć wydania wyroku na podstawie czynników pozaprawnych. Jak dodaje Tamanaha, ujawniając swoją prawniczą perspektywę zbliżoną do umiarkowanej wersji formalizmu, „należy zauważyć, że warunki te akceptują wszystkie

280 B. Tamanaha, *How an instrumental view of law corrodes the rule of law*, s. 501.

zasadnicze oczekiwania zgłaszane przez prawnych realistów oraz postmodernistycznych krytyków [formalizmu prawnego]²⁸¹.

Autor nie kończy jednak na tym i dalej eksploatuje wyobraźnię czytelnika:

A teraz wyobraźmy sobie, że w określonym przypadku obaj sędziowie osiągają dokładnie ten sam wynik, poparty takimi samymi pisemnymi decyzjami. Gdyby siedzieli razem na jednym panelu, mogliby połączyć swoje opinie. Doszli do tego samego wyniku i zastosowali to samo rozumowanie, ponieważ przyjmują te same teorie interpretacji konstytucji. Różnica polega na tym, że *CB* przyjmuje teorię [...] po autentycznym i wyczerpującym zapoznaniu się z prawem konstytucyjnym, podczas gdy *CEO* opiera się na teorii, ponieważ ma skłonność do wspierania wyników, które osobiście preferuje, i jest gotów odstąpić od przyjętej teorii lub „dostosować” ją, jeśli okaże się to konieczne dla osiągnięcia pożądanego celu w konkretnych przypadkach²⁸².

Obu modelowych aktorów różni zatem przyjmowana perspektywa: reguły ogólnej (*CB*) i preferowanego celu (*CEO*). Za każdym razem jest to punkt widzenia, którego uczestnik jest w pełni świadomy i którym kieruje się w swoim postępowaniu. Pytanie, które możemy sobie zadać — zmierzające do szukania różnic między *CB* i *CEO* — to pytanie o to, jak każdy z nich traktuje perspektywę konkurenta i jakie ma ona dla niego znaczenie z punktu widzenia uzasadniania podjętego rozstrzygnięcia, gdy rozstrzygnięcia ostatecznie okażą się zbieżne, oraz w jakiej sytuacji rozstrzygnięcia te będą musiały być jednak rozbieżne. Zacznijmy od próby zinterpretowania perspektywy przyjmowanej przez sędziego *CEO*.

Za Deweyem pozwoliłem sobie wcześniej określić instrumentalizację prawa jako przyjmowaną przez działający podmiot (w tym przypadku sędziego) postawę wobec prawa. Sięgając do dość elementarnych ustaleń socjologii, przyjąć możemy, że postawa to utrwalone nastawienie, „predyspozycja człowieka wobec jakiegoś przedmiotu” obejmująca (budująca) „otoczenie tego przedmiotu” i odpowiednio „reagowanie nań”²⁸³. W postawie — predyspozycji instrumentalizującej — prawo usytuowane jest jako taki właśnie zewnętrzny „przedmiot”, wokół którego działający podmiot buduje właściwe tej postawie „otoczenie”, sprzyjające

²⁸¹ *Ibidem*.

²⁸² *Ibidem*.

²⁸³ Jedną z najbardziej znanych definicji postawy społecznej należy do Stefan Nowaka: „Postawą pewnego człowieka wobec pewnego przedmiotu jest ogół względnie trwałych dyspozycji do otoczenia tego przedmiotu i emocjonalnego nań reagowania oraz ewentualnie towarzyszących tym emocjonalno-oceniającym dyspozycjom względnie trwałych przekonań o naturze i właściwościach tego przedmiotu” (S. Nowak, *Teoria postaw*, Warszawa 1973, s. 23).

reagowaniu na ów przedmiot (prawo, regułę ogólną). Postawom społecznym obce jest pojęcie „granicy” czy „związania” (*bound*). Potencjalnie bowiem każdy przedmiot — o czym pisałem już we wcześniejszych fragmentach pracy — od łopaty zaczynając, na prawie kończąc, może być instrumentalizowany, podobnie jak każdy (może lepiej: prawie każdy) może mieć wartość autoteliczną (autonomia prawa, religijny kult rozlicznych przedmiotów materialnych). Dla postawy przyjmowanej przez sędziego *CEO* nie istnieje rozstrzygająca racja reguły ogólnej, istnieją tylko zewnętrzne, przedmiotowe uwarunkowania, które stwarza dla niego reguła, a które będzie on skłonny — o ile sama reguła nie jest na tyle zakresowo lub znaczeniowo otwarta, aby stosować ją wprost — „otoczyć” taką interpretacją, na przykład dobrać taką teorię konstytucji, która zaprowadzi go do przyjętego celu. To w takim właśnie kontekście problemowym, referując poglądy Deweya, pisałem wcześniej (punkt 3.4), że poznawać znaczy tyle, co umieć manipulować przedmiotami naszego otoczenia, przekształcać rzeczywistość tam, gdzie stwarza ona opór, w sytuację kontrolowaną przez człowieka: „sytuację niezdeterminowaną w sytuację tak określoną w konstytuujących ją rozróżnieniach i relacjach, że przekształca sytuację wyjściową w uporządkowaną całość”²⁸⁴.

Spojrzenie sędziego *CB* jest odmienne. Związanie regułą i granicą, którą reguła wyznacza, nie jest kwestią postawy — bo postawy zasadniczo odwołują się do jednostek, a na pewno jest tak w przypadku pragmatycznego instrumentalizmu — ale idiomu, habitusu czy nawet paradygmatu, w którym przyszło mu poznawać rozliczne „przedmioty” (fakty społeczne) i działać (podejmować decyzje). Konwencje te są na tyle silnie społecznie i kulturowo ugruntowane, że jednostce (sędziemu *CB*) nie pozostawiają wyboru, oczywiście poza wyborem, który umożliwia sama reguła. Są one znacznie silniejsze niż teorie i poglądy, także w kwestii instrumentalizacji prawa, których dostarcza nam nauka prawa. Może to wyjaśniać pewien biograficzny fenomen reorientacji wpływowych filozofów i teoretyków osadzonych w tradycji realistyczno-pragmatycznej w sytuacjach, gdy przychodzi im pełnić funkcje sędziowskie. W tych zmienionych uwarunkowaniach zewnętrznych zazwyczaj zauważalnemu osłabieniu ulega ich wierność wobec wcześniej głoszonych, „profesorskich” poglądów²⁸⁵. Nie zaobserwowano

²⁸⁴ J. Dewey, *Logic: The Theory of Inquiry*, s. 108.

²⁸⁵ Za reprezentanta radykalnego nurtu podejścia sceptycznego wobec reguł uznawany jest powszechnie Jerome Frank, który twierdził, że „sędziowie podejmują decyzje oparte na subiektywnych preferencjach, a następnie wstecznie manipulują przepisami prawnymi w poszukiwaniu wsparcia dla podjętych rozstrzygnięć”. Jak komentuje to B. Tamanaha, Frank czynił to „w swoich najbardziej ekstremalnych momentach (zanim został sędzią)” (B. Tamanaha,

natomiast podobnych, a przynajmniej tak spektakularnych przeobrażeń w kierunku przeciwnym. Dla sędziów formalistów prawniczy światopogląd nie jest bowiem ich jednostkową postawą wobec prawa. Takiej charakterystyki dopatrzeć się można ewentualnie w tym tylko, na ile sędziowie ci zechcą tolerować — oczywiście w granicach swobody, którą daje reguła oraz systemowa spójność i zupełność prawa — działania instrumentalizujące prawo, które będą podlegać ich ocenom jako sędziom.

Zatem różnica między sędzią *CB* i *CEO* jest taka, że ten pierwszy ma pełną świadomość związania regułą oraz świadomość granicy (*bound*), którą mu wyznacza reguła. Tak usytuowany sędzia będzie skłonny bronić przekonania o „granicach instrumentalizacji prawa”, które znajdzie bądź to w samej regule przedmiotowej, bądź to — jeśli będzie miał na jej gruncie wątpliwości — wyżej, w regułach konstytucyjnych czy standardach doktrynalnych, takich jak *rule of law*, a wszystko to znajdzie legitymizację w argumentcie autonomii prawa. W przypadku *CEO* nie ma mowy o związaniu sędziego preferowanym celem, ale o kierunkowej orientacji sędziego (*end oriented judge*), a więc o w pełni świadomej, aktywnej, zamierzonej postawie. Różnica jest jednak taka, że świadomość *CEO* obejmować będzie również działania i czynności składające się na wiedzę sędziego o środkach prowadzących do realizacji preferowanego celu, a więc o prawnie obowiązujących regułach kształtujących zewnętrzne warunki skutecznej jego realizacji. Szeroko na ten temat rozpisywali się przedstawiciele nurtu *Law & Economics* sytuujący wiedzę o prawie na równi z wiedzą o faktach gospodarczych (na przykład rynkowej cenie towarów) jako przesłankach sukcesu (Pareto- optymalizacji) w warunkach rynkowych, a więc badacze identyfikowani z modelem zbliżonych do sędziego *CEO*. Jest to również pewien wariant rozumienia związania sędziego regułami (*the Consciously Bound judge*), jednak nie taki sam, jak w przypadku sędziego *CB*. Dla tego pierwszego (*CEO*) jest to tylko zewnętrzna wiedza warunkująca instrumentalną racjonalność i skuteczność podjętej decyzji, natomiast dla drugiego (*CB*) — świadome, zamierzone dążenie do realizacji reguły. Dla *CEO* reguła jest wyzwaniem, z którym musi on sobie jakoś poradzić na drodze do realizacji przyjętego celu pozaprawnego (jest „kosztem”, jak ująłby to zwolennik ekonomicznej analizy prawa), dla *CB* cel działania *CEO* będzie wiązał się z ryzykiem naruszenia reguły i jej wiążącego charakteru²⁸⁶.

How an instrumental view of law corrodes the rule of law, s. 496). Podobne przeobrażenie amerykańscy obserwatorzy sceny akademickiej przypisują również wpływowemu realista/pragmatykowi, a następnie sędziemu Richardowi Posnerowi, zob. przypis 304.

²⁸⁶ W tym też tkwi główne, tytułowe przesłanie przywoływanego tekstu Tamahy, zob. część H. Autor pisze o zasadzie praworządności (*rule of law*) jako o „świadomym

Natomiast świadomość orientacji na cel — jak ujmuje to Tamanaha — nie towarzyszy sędziom czuwającym na straży reguł (*the Consciously Bound judge*). Może się to oczywiście wydarzyć w jednostkowych przypadkach takich szczególnych sędziów, jak Frank czy Posner, ale już nie w przypadku sędziów edukacyjnie i środowiskowo sformatowanych przez idiom formalistyczny. Dla takich przypadków autor dostrzega bardziej złożoną procedurę identyfikacji sędziów z potencjalnymi celami. Wskazuje bowiem na postmodernistyczną dekonstrukcję służącą wydobyciu znaczeń z tekstów prawnych, znaczeń nieświadomie przyjmowanych przez sędziów w ich rutynowych praktykach interpretacyjnych ukrywanych za instytucjonalną, „przemocową” zasłoną reguł ogólnych oraz stechnicyzowanymi, sylogistycznymi schematami ich stosowania²⁸⁷. Przy czym do takiej nieuświadomianej celowości dociera się w takich przypadkach nieco bardziej zawiłą drogą, a mianowicie poprzez wydobycie postaw politycznych sędziów oraz ideologicznego charakteru realizowanego przez nich modelu stosowania prawa. Cel nie jest wtedy określonym stanem rzeczy, do którego dążymy, ale niekontrolowanym rezultatem powstałym na gruncie przyjętego idiomu lub paradygmatu, na przykład formalizmu, który kieruje działaniem sędziego. Jak w każdym lewicowo zaangażowanym ruchu krytycznym ponowoczesna dekonstrukcja prowadzi do identyfikacji celów (wartości) wskazujących na liberalną filozofię polityczną kryjącą się za prawniczym formalizmem i deklarowaną autonomią prawa i sędziowską niezawisłością. Wypierana przez *CB* orientacja na określony cel zewnętrzny dzięki dekonstrukcji wraca w rozszerzonej postaci przy wsparciu krytycznych teorii prawa (do kwestii tej wróć jeszcze w szerszym komentarzu w punkcie 5.5).

Przywołany wyżej sposób ujawniania postawy prowadzącej do instrumentalizacji prawa u sędziów formalistów nie będzie wymagał już tak zawiłych zabiegów, gdy spełniony zostanie trzeci i/lub czwarty warunek określający kształt reguły („przepisy prawne dopuszczają więcej niż jeden prawdopodobny wynik, choć zwykle tylko jeden będzie uznany za prawnie akceptowany” oraz „przepisy prawne są znaczeniowo otwarte i wymagają uwzględnienia czynników zewnętrznych”). Pierwszy z nich w warunkach ustroju demokratycznego i przy zachowaniu jego prawnych lub prawniczych standardów, na przykład zasady *in dubio pro libertate*, prowadzić powinien do uwzględnienia przez sędziego czynności instrumentalizacji prawa dokonanej przez osobę, która się

związaniu regułami przy podejmowaniu decyzji i dążeniach, aby ich przestrzegać, odkładając na bok subiektywne preferencje” (B. Tamanaha, *How an instrumental view of law corrodes the rule of law*, s. 504).

²⁸⁷ Zob. *Ibidem*, s. 498 n. (punkt E. *Postmodernism and judicial objectivity*).

na tę zasadę powołuje. Sędzia *BC* nie instrumentalizuje w takiej sytuacji prawa. Zachowując w pełni wierność regule ogólnej, której ostateczny kształt i treść zmuszony jest ustalić, w dokonywanym wyborze powinien w myśl przywołanej zasady tolerować fakt, że jego formalizm prowadzić może do uznawania aktów instrumentalizacji za zachowania zgodne z prawem. Ostatni z warunków jest już w pełni jawnym dopuszczeniem instrumentalizacji prawa, niewymagającym zapośredniczenia stosownych mechanizmów egzekucji tekstu. Formalistyczna wierność regule wyrażonej w tekście („przepisy prawne są znaczeniowo otwarte”, a zatem „wymagają uwzględnienia czynników zewnętrznych”) powinna oznaczać, że to z woli samego prawodawcy, stworzonego przezeń luzu decyzyjnego, sędzia *BC* powinien kierować się postawą instrumentalizacji prawa. Otwartą kwestią pozostanie tylko to, czy będą to cele, które sędzia przypisze prawodawcy czy aktorom, których zachowanie poddawane jest prawnej ocenie w procesie stosowania prawa.

Gdy chodzi o sędziego jawnie deklarującego postawę instrumentalizacji prawa (*CEO*), autor *How an instrumental view of law corrodes the rule of law* stawia tylko jeden konieczny warunek możliwości „połączenia opinii” i wspólnego uczestniczenia w „jednym panelu” z formalistycznym kolegą tego sędziego: „poszanowanie konwencjonalnych pojęć prawnych, ponieważ jego [*CEO*] decyzje muszą być wiarygodne z prawnego punktu widzenia i zachować zewnętrzny kształt obojętnych reguł”. Warunek ten wydaje się oczywisty dla każdego sędziego i wykracza poza spór między formalistami i instrumentalistami. Jest jednak drugi warunek dojścia do tego samego wyniku: obaj „zastosowali to samo rozumowanie, ponieważ przyjmują te same teorie interpretacji konstytucji”. Jednak dla formalisty będzie to zawsze ta sama teoria interpretacji (oparta na wcześniejszym „autentycznym i wyczerpującym zapoznaniu się z prawem konstytucyjnym”), natomiast dla instrumentalisty — teoria stosowana *ex post* i tylko o tyle, o ile będzie „wspierać wyniki, które osobiście preferuje”; instrumentalista jest nawet „gotów odstąpić od przyjętej teorii”, jeśli mu z nią w konkretnej sprawie nie będzie po drodze. Innymi słowy, szansa na uczestniczenie w tym samym panelu sędziego formalisty i instrumentalisty istnieje, z tą tylko jednak dość zasadniczą odmiennością, że sędzia formalista w panelu tym będzie miał stałe miejsce, a sędzia instrumentalista będzie mógł tam zasiadać tylko w incydentalnych przypadkach — jeśli przywołana przez niego *ad hoc* reguła i odpowiednia teoria jej interpretacji okażą się tą samą regułą i tą samą teorią, którą (po „autentycznych i wyczerpujących” badaniach) przyjął i kieruje się w rozpatrywanych sprawach sędzia formalista. On zatem jest strażnikiem prawa (reguł)

i prawoznawstwa (teorii). Sędziemu instrumentalistcie pozostają zatem starania o to, aby bez uszczerbku dla preferowanych przez siebie celów przejść przez kontrolę „prawnej poprawności” sprawowaną przez sędziego formalistę.

W pełni zgodzić się należy z Tamanahą, że sędziowie instrumentalistci mogą stanowić zagrożenie dla demokratycznego państwa kierującego się zasadą praworządności, nawet w kontekście amerykańskiej kultury prawnej, do której odnosi swoje twierdzenia autor, a w której upolitycznienie sądownictwa w ostatnich kilkudziesięciu latach — i to nie tylko na poziomie federalnym sądów wyższej instancji — coraz powszechniej jest dostrzegane²⁸⁸. Tym bardziej zinstrumentalizowane postawy sędziów wobec stosowanego prawa rodzić będą doktrynalny i społeczny opór w tradycji kontynentalnej, a w polskiej — co już wyraźnie dostrzegamy — w szczególności. Tak zorientowanych „sędziów biznesmenów” nie da się obronić poprzez powołanie się na filozoficzne twierdzenia pragmatycznego instrumentalizmu. Twierdzenia te, w mojej ocenie, dają się jednak zastosować do pozostałych uczestników obrotu prawnego z pozostawieniem sędziom ich podstawowej roli, jaką jest piecza nad prawem i praworządnością określonymi odpowiednimi regułami.

5.5. Orzecznictwo sądowe w cieniu polityki: sędzia „Prometeusz”

Wyżej przywołałem uwagę Tamanahy, że sędziom czuwającym na straży reguł nie towarzyszy orientacja na cel. Może się to jednak wydarzyć w jednostkowych przypadkach sędziów przychodzących do sądownictwa z bagażem „zewnątrznych” przekonań i doświadczeń wyniesionych chociażby z akademii. Identyfikacja przekonań/celów takich osób, jak dopowiada Tamanaha, wymagać będzie bardziej złożonych procedur identyfikacji z potencjalnymi celami czy wartościami. Autor jako przydatną dla takich przypadków wskazuje postmodernistyczną dekonstrukcję służącą wydobywaniu znaczeń z tekstów prawnych, znaczeń nawet nieświadomie przyjmowanych przez sędziów w ich rutynowych praktykach interpretacyjnych, ukrywanych za instytucjonalną — „przemocową”, jak ująłby to postmodernista — zasłoną ogólnych reguł. Dotarcie do takiej nieświadomianej celowości ma prowadzić badacza w takich sytuacjach bardziej skomplikowaną ścieżką:

²⁸⁸ B. Tamanaha, *Law as a Means to an Ends*, s. 172 n.; B. Tamanaha, *How an instrumental view of law corrodes the rule of law*, s. 498 n.

poprzez ujawnianie w procesie stosowania prawa politycznych postaw powiązanych z preferowaną przez sędziego ideologią. Wypierana przez sędziego formalistę celowość dzięki wsparciu krytycznych teorii (Derridowska dekonstrukcja) ma otwierać drogę do ujawnienia prawdziwych intencji kierujących sędzią w stosowaniu prawa.

Nie podejmuję się przeprowadzania procedury dekonstrukcji. Nie jest to potrzebne, gdyż w przypadku sędziów formalistów jej wynik i tak jest łatwy do przewidzenia (światopogląd liberalny). Ciekawszy wydaje się natomiast pozytywny program będący próbą konstruktywnej odpowiedzi na dokonaną identyfikację. Wyłania się z niego postawa sędziowska zbliżona (choć niepozbawiona cech szczególnych) do tej, którą Tamanaha powiązał z wariantem *Consciously Ends-Oriented judge*. W potwierdzeniu takiej tezy pomocna może być koncepcja Rafała Mańki zaprezentowana w rozprawie *W stronę krytycznej filozofii orzekania*²⁸⁹. Autor sędziowską postawę, która miałaby spełniać oczekiwania krytycznej (ponowoczesnej) filozofii prawa, ujmuje w proponowanym przez siebie „modelu politycznej etyki orzekania”.

Znajdujemy tam postulat uwrażliwienia sędziego na sytuację „Innego” jako osoby, która „staje przed obliczem prawa”. Preferowana postawa ma być wyrazem „postaksjologiczności”. Polega ona na tym, że zamiast budowanych do tej pory *in abstracto* tradycyjnych aksjologii prawa czy teorii sprawiedliwości należy kształtować etykę sędziowską zorientowaną na konkretny przypadek orzecznicy. Podkreślić trzeba jednak, że postulat ten nie zmierza do eliminacji reguły ogólnej jako takiej. „Relacja ma tu charakter dialektyczny”²⁹⁰. Za C. Douzinsem i A. Gearey’em Mańko rozwija tę myśl tak oto:

działanie sprawiedliwości wymaga nieustannego ruchu pomiędzy regułą ogólną a szczególnym wypadkiem, tak iż nie znajduje ona miejsca spoczynku ani punktu równowagi [...]. Prawo jest z konieczności poświęcone formie uniwersalności i abstrakcyjnej równości, jednakże musi ono szanować wymogi przygodności, ucieleśnienia i konkretnego innego [...]. Jest to zatem postulat głębokiej humanizacji orzekania²⁹¹.

Choć oba te postulaty w narracji autora blisko się ze sobą wiążą, to jednak dla potrzeb mojej argumentacji, a przede wszystkim ze względu na głębię ich konsekwencji dla zastanej praktyki orzecznicy, zmuszony jestem je oddzielić. Z tych samych powodów odwrócę kolejność ich omawiania, zaczynając od drugiego (humanizacji orzekania), jakkolwiek

²⁸⁹ R. Mańko, *W stronę krytycznej filozofii orzekania. Polityczność, etyka, legitymizacja*, Łódź 2018.

²⁹⁰ *Ibidem*, s. 195.

²⁹¹ *Ibidem*.

dla prezentowanej tu krytycznej filozofii orzekania znaczenie postulatów pierwszego wydaje się pierwszorzędne.

Postulat humanizacji orzekania sprowadza się nie tyle do zastępowania dotychczasowych sposobów argumentacji prawniczej, ile do ich dopełniania. Mańko przyznaje bowiem, że „jurydyzacja sporu — poddanie go jurysdykcji osoby trzeciej, tj. sędziego”, ma „doniosłe konsekwencje dla samego sporu i reguł rządzących jego rozwiązaniem. Prawo bowiem, w odróżnieniu od etyki, zmuszone jest operować generalizacjami i abstrakcjami. Wskutek tego nie może ono niemal z definicji i konieczności uwzględniać szczególnego charakteru danego przypadku”²⁹². Ma to prowadzić do strukturalnej niesprawiedliwości prawa. Czynnikiem, który w takiej sytuacji „musi zainterweniować, by przywrócić prawu wymiar etyczny, jest polityka. Bez niej prawo skazane jest na formalistyczny uwiąd, który zapoznaje realność stanów faktycznych i uwikłanych w nie rzeczywistych ludzi z ich cierpieniami, obawami”²⁹³. Autor stawia zatem tezę, że humanizacja orzekania, przywrócenie mu etycznego wymiaru, który w procesie orzekania pozwoli „szanować konkretnego innego”, możliwe są tylko z udziałem polityki. Alternatywą ma być „formalistyczny uwiąd”. Wydaje się, że możliwe są również inne, prostsze ścieżki dojścia do realizacji zgłaszanego postulatów.

Humanizacja orzekania może być ujęta przecież także jako autonomiczna wartość prawa, dająca się realizować bez interwencji polityki. Innymi słowy: uważam, że humanizacja decyzji sędziowskich możliwa jest w ramach zastanego paradygmatu uprawiania dogmatyki prawa i praktyki orzeczniczej. Nie sadzę, aby — oczywiście z wyjątkiem skrajnych orędowników sylogistycznego modelu decyzji sądowej — na przykład doktryna prawa karnego czy cywilnego miała poważniejszy kłopot ze znalezieniem stosownych podstaw dla wdrażania tego postulatów w praktyce sądowej. Sędzia dysponuje całym arsenałem potencjalnych źródeł otwierających drogę dla takiego kierunku argumentacji: odpowiednimi fragmentami tekstów konstytucji i ustaw zwykłych, w szczególności mających postać zasad prawa ukształtowanych w warunkach demokratycznych, dorobkiem doktryny prawniczej, orzecznictwem krajowym i europejskim, wskazaniem teorii i filozofii prawa, w tym jej nurtu krytycznego. Trudności z jego realizacją to raczej kwestia oporu ze strony tego, co Pierre Bourdieu nazywa *habitusami*. Jak podpowiada koncepcja *habitusów*, „pewne opcje działania nie istnieją” nie dlatego, że ich nie ma, ale dlatego, że „podmiot nawet nie zdaje sobie z nich

292 *Ibidem*, s. 190.

293 *Ibidem*, s. 191.

sprawy”. Trudne przypadki wpisane w konflikty polityczne wymuszają poszukiwanie niestandardowych rozwiązań, powinny zatem skłaniać do odwagi w przełamywaniu takich habitusów (*vide*: na przykład rozszerzająca się na naszych oczach w polskiej doktrynie koncepcja tak zwanego rozproszonego stosowania konstytucji). Równie dobrze zatem, a nawet, moim zdaniem, łatwiej pod względem argumentacyjnym, dawałaby się uzasadnić teza, że to nie „polityka” musi interweniować na rzecz humanizacji orzekania i że to stosowane przez sądy standardy, w szczególności ukształtowane na poziomie kultury prawnej, ujarzmić i humanizować powinny współczesną politykę.

Pisząc te słowa, mam jednak świadomość, że nie taki jest zasadniczy cel autora, bo nie humanizacja orzekania jest tu kwestią pierwszorzędną. Chcę tylko zauważyć, że — a utwierdza mnie w tym argumentacja samego Mańki, o czym niżej — humanizacja procesu prawnego możliwa jest przy wykorzystaniu dostępnych nam środków argumentacyjnych. Postulowana przez etykę ponowoczesną idea antyformalizmu i humanizacji orzekania — niekwestionująca bytu reguły ogólnej jako takiej — dobrze rozpoznana jest przez filozofię prawa i wpisuje się w jeden z jej najstarszych dylematów: w napięcie powstające między uniwersalizmem każdej reguły i potrzebą jednostkowej, sytuacyjnej wrażliwości. Już Arystoteles w *Retoryce* pisał o tym, jak drogą *epieikeia* dojść do słusznego prawa²⁹⁴. Problem ten znajdował oddźwięk również w rzymskiej praktyce prawnej (zasada *aequitas*)²⁹⁵. Podejmowany był następnie w średniowieczu przez kanonistykę w postaci pytań o „relację sędziego do prawa pisanego oraz o relację prawa pisanego do wyprzedzającego je nadrzędnego prawa”²⁹⁶. Roszczenie humanizacji procesu podejmowania decyzji sędziowskiej można zatem uznać za postulat zmian proporcji między regułą ogólną i sytuacyjno-osobowym kontekstem jako czynnikami biorącymi udział w kształtowaniu decyzji sądowej.

W mojej ocenie oczekiwania ze strony krytycznych filozofów — jeśli zgodzimy się z ich zaproponowaną interpretacją — mogą podważać „model stosowania prawa” przyjmowany jedynie przez radykalne skrzydło formalistów, jednak już nie ten przyjmowany przez

294 Zob. R. Sobański, *Słuszność w prawie*, „Państwo i Prawo” 2001, z. 8. „Stosowanie *epieikeia* uzasadnia się przekonaniem, że w danym konkretnym przypadku należy — na własny użytek — skorygować ustawę w imię nadrzędnej słuszności. Kwestionuje się nie samą ustawę, lecz jej przyporządkowanie do konkretnego przypadku” (*ibidem*, s. 4–5).

295 „Właśnie słuszność stała się w Rzymie kryterium krytyki prawa i narzędziem udzielania każdemu, co mu się wedle sprawiedliwości należy. [...] Zmierzały do tego edykty pretorów, którymi modyfikowali oni prawo, ustalając procedurę, określając wyjątki, korygując prawo cywilne ze względu na bieżący użytek publiczny” (*ibidem*, s. 5).

296 *Ibidem*, s. 5–6.

pragmatyczny instrumentalizm Deweya czy zrównoważony realizm Tamanahy. Więcej, można według mnie wykazać, że przedstawiona w rozdziale poprzednim Deweyowska koncepcja poznawania-działania zaadaptowana w odniesieniu do osoby sędziego wychodzi naprzeciw ponowoczesnym roszczeniom, w tym naprzeciw oczekiwaniu wrażliwości wobec „innego” (sędziego wobec oskarżonego, stron i innych uczestników postępowania) w powiązaniu z jego sytuacją — kontekstem osobowym i społecznym. A przywołana wyżej ponowoczesna dialektyka „działania sprawiedliwości” z jej „nieustannym ruchem pomiędzy regułą ogólną a szczególnym wypadkiem” przypomina referowane wcześniej stanowisko twórcy pragmatycznego instrumentalizmu dotyczące zwrotnego charakteru poznawania: przekształcania zewnętrznej sytuacji problemowej w sytuację wewnętrzną, „sytuacji niezdeterminowanych w sytuację tak określoną w konstytuujących ją rozróżnieniach i relacjach, że przekształcają sytuację wyjściową w uporządkowaną całość”²⁹⁷. Lewicowy postulat społecznej dezalienacji, kryjący się za oczekiwaniem sprawiedliwości, kierunkowo zbiega się z Deweyowskimi sytuacjami niezdeterminowanymi i przekształcanymi przez poznający/działający podmiot w całość celowo porządkowaną. Byłoby to przeformułowanie znaczenia zewnętrznego wyrażanego przez regułę w jej znaczenie wewnętrzne, odpowiadające celowym potrzebom czy etycznym przekonaniom podmiotu (strony sporu, ale również sędziego). Dzięki tej procedurze rzeczywistość prawna (reguła ogólna), która stawia opór jednostce, może być oswojona i zastosowana do realizacji indywidualnych postaw wykorzystujących — używając terminologii Maxa Webera — racjonalizację zorientowaną zarówno na *Zweckrationalität* (instrumentalizację reguły), jak i *Wertrationalität* (humanizację decyzji opartej na regule).

Obok humanizacji orzekania autor monografii *W stronę krytycznej filozofii orzekania* formułuje jeszcze drugi postulat, który określa jako problem zasadniczy²⁹⁸. Chodzi o uznanie — wbrew liberalnym skłonnościom do doszukiwania się autonomii u podstaw sądowego stosowania prawa — politycznego charakteru decyzji orzeczniczej. Postulat ten będzie spełniony „wtedy i tylko wtedy, gdy łącznie spełnione będą dwie przesłanki: po pierwsze, decyzja będzie zawierała w sobie element dyskrecjonalności (tj. będzie decyzją *sensu stricto*) oraz, po drugie, gdy będzie rozstrzygała, choćby w wymiarze jednostkowym, konflikt o charakterze politycznym, tj. należący do sfery określonego

297 J. Dewey, *Logic: The Theory of Inquiry*, s. 108.

298 R. Mańko, *W stronę krytycznej filozofii orzekania*, s. 154.

antagonizmu społecznego²⁹⁹. Pierwsza przesłanka to „decydowanie w polu politycznej nierozstrzygalności”. Po przełożeniu tej zapożyczonej od Carla Schmitta i Chantal Mouffe politologicznej frazy na język decyzji prawnych dowiadujemy się, że z sytuacją taką mieć będziemy do czynienia, gdy „tekst prawa nie da się bezpośrednio zastosować do rozstrzygnięć podmiotów prawo realizujących”, wobec czego „pojawia się [...] konieczność wyboru, a w konsekwencji i konieczność podjęcia decyzji przez organ rozstrzygający w procesie stosowania prawa”³⁰⁰. Innymi słowy, ze względu na binarną naturę kodu decyzji prawnej również w warunkach istnienia tak zwanego luzu decyzyjnego rozstrzygnięcie zapaść musi.

Obowiązek rozstrzygnięcia w warunkach sędziowskiej dyskrecjonalności otwiera drogę do poszukiwania odpowiedzi na dylematy skądinąd dobrze znane praktyce prawniczej i szeroko omawiane w teorii prawa. Sam autor wskazuje na dorobek pozytywistycznej myśli prawniczej (Harta „cień semantyczny” i „tekstowa otwartość”, Kelsena „ramę interpretacyjną” czy doktrynalne mechanizmy usuwania luk w prawie bądź rozstrzygnięcia w sytuacji kolizji norm)³⁰¹. Dla sędziego pozytywisty obciążonego tradycją formalizmu prawniczego jest to zapewne wyzwanie (brak konkluzywnych podstaw orzekania), dla pozytywisty bardziej wyrafinowanego, za sprawą luzu decyzyjnego i dopuszczenia dyspozytywnych kryteriów orzekania, będzie to już problem znacznie łatwiejszy i sprzyjający uwzględnianiu elementów kontekstualnych w procesie dochodzenia do decyzji (strategia *button down*), a więc również ewentualnych czynników składających się na sytuację „innego”, gdyby sędzia zechciał czynniki te uznać za zasługujące na uwzględnienie. Natomiast nie wydaje się to już mieć istotnego znaczenia dla teoretyków i sędziów realizujących swoje zawodowe role w warunkach tradycji realizmu prawniczego. Ci bowiem w swoich argumentacjach sięgają do strategii *button up*, a jak mawiał sędzia Holmes, „każdemu rozstrzygnięciu [*ex post* — A.B.] można nadać formę logiczną”³⁰². Innymi słowy, w swoich rozstrzygnięciach i adresowanych do stron uzasadnieniach sędziowie powinni kierować się swoją najlepszą wiedzą społeczną i prawniczą, zawodowym doświadczeniem, sytuacyjną wrażliwością, poczuciem słuszności wobec rozpatrywanego

²⁹⁹ *Ibidem*.

³⁰⁰ R. Mańko cytat ten przywołuje (*ibidem*, s. 155) za: T. Bekrycht, *Transcendentalna filozofia prawa. O zewnętrznym obowiązywaniu i uzasadnianiu istnienia prawa*, Łódź 2015, s. 190.

³⁰¹ R. Mańko, *W stronę krytycznej filozofii orzekania* (punkt 2.3, rozdział trzeci).

³⁰² O.W. Holmes, *The path of the law*, „Harvard Law Review” 10, 1897, s. 466.

przypadku oraz pragmatyczną jasnością komunikatów przeznaczonych dla stron, a dopiero wtórnie — mając na uwadze środowisko prawnicze, na przykład zawodowe składy sądów odwoławczych — powinni czuć się zobligowani do ujęcia swojej argumentacji w zgodzie z idiomem prawniczym, w tym przede wszystkim ujęcia podjętej decyzji jako zgodnej ze schematem reguły ogólnej. Dewey wyrażał to jeszcze mocniej: „Logiczna systematyzacja mająca na celu jak największą ogólność i spójność twierdzeń jest niezbędna, ale nie ostateczna [...]. To [tylko] narzędzie, a nie cel. Jest środkiem do poprawy, ułatwienia i wyjaśniania procesu prowadzącego do konkretnych decyzji”. Dlatego tak „ważne jest, aby prawo tworzyło możliwie spójny, uogólniony system logiczny”³⁰³. Realistom nie są, jak widzimy, potrzebne luzy decyzyjne, luki w prawie czy bezwarunkowa możliwość stosowania wykładni funkcjonalnej, aby pochylić się nad losem jednostki i wykażać się humanizmem w orzekaniu.

I jeszcze kilka uwag o drugim, „społecznym” postulatcie dotyczącym sędziowskiego orzekania, sformułowanym przez filozofów krytycznych. Chodzi o wymóg, aby decyzja sądowa rozstrzygała w wymiarze jednostkowym konflikt o charakterze politycznym, a więc konflikt wyrastający z określonego antagonizmu społecznego, którego jednostka i jej konkretna sprawa są tylko objawem. Jest to warunek, który wprost prowadzi do odebrania prawu, kulturze prawnej, a przede wszystkim praktyce sędziowskiej autonomii, którą to ideę teorii krytyczne próbowały jeszcze utrzymać, podkreślając wagę, a nawet nieuchronność zachowania reguły ogólnej i prawniczego idiomu orzekania. Postrzegane przez pryzmat rozczeń politycznych sędziowskie orzekanie, które miałyoby w wymiarze jednostkowym prowadzić do rozwiązywania politycznych konfliktów, powoduje, że spór prawny wyniesiony zostaje „na zewnątrz” wobec prawa i kultury prawnej, staje się funkcją demokracji w jej agonistycznej, niekonsensualnej wersji.

W koncepcji tak zwanej demokracji niekonsensualnej proces prawny zatracą swoją elementarną funkcję rozstrzygania na podstawie prawa pojmowanego jako zestaw odpowiednich reguł ogólnych. Proces prawny staje się, jak ujmują to promotorzy projektu niekonsensualnej demokracji, forum ekspresji pluralistycznych wartości, „medium umożliwiają[ym] poprawę rozumienia, a nie sposób dochodzenia do konsensu. Dialog nie służy [...] rozstrzygnięciu sporów ani [tym bardziej] znajdowaniu jednego rozwiązania”³⁰⁴. Wiąże się to z nieusuwalnym charakterem

303 J. Dewey, cyt. za: B. Tamanaha, *The Law as a Means to an Ends*, s. 71.

304 L. Koczanowicz, *Polityka dialogu*, Warszawa 2015, s. 197.

antagonizmów społecznych obecnych we współczesnych porządkach demokratycznych. Spór prawny jest jednym z dostępnych mediów artykułowania tych antagonizmów. Sala sądowa i toczący się proces tworzą „wspólną przestrzeń symboliczną”, która pozwala cywilizować antagonizmy społeczne, prowadzi do przekształcenia antagonistycznej relacji pomiędzy „wrogami” w relację agonistyczną między „przeciwnikami”³⁰⁵. W ponowoczesnej argumentacji spór prawny przestaje być sporem między stronami, jest formą ekspresji, służącą wyrażaniu przyjętej przez uczestników postępowania wizji społecznej emancypacji.

Zmienia się również pozycja sędziego. Również on — jest przecież obywatelem i na sali sądowej nie przestaje nim być — partycypować ma w politycznej demokracji oraz misji krzewienia projektu społecznej emancypacji. Działania podejmowane przez sędziego, w tym rozstrzygnięcie sporu, powinny być medium ekspresji również jego przekonań. Sędzia decydować ma — zgodnie ze stanowiskiem Duncana Kennedy’ego — „w świetle ideologii, którą w swoim sumieniu uważa za słuszną”. Jest to więc krytyczny sędzia — aktywista, Prometeusz, „który w swojej pracy stara się działać na rzecz interesu ludzkości, a w szczególności tych, którzy cierpią z powodu wykluczenia i zdominowania przez innych”³⁰⁶. Jak widzimy, ponowoczesną filozofię orzekania interesuje coś więcej aniżeli tylko usytuowanie sporu sądowego w relacji do społecznych antagonizmów. Chodzi o to, aby samo rozstrzygnięcie sędziego wsparte było na określonej, propagowanej przez teorie krytyczne, aksjologii. Polityczność sporu i tkwiące u jej źródeł społeczne antagonizmy, w wielu sytuacjach przecież nieuchronne, przekształcają się w ideologiczność samego orzekania. Aby perspektywa taka mogła się zrealizować, niezbędne są emancypacja sędziów, uświadomienie sobie przez nich swojej społecznej misji, a następnie odwaga w jej realizacji (nawet za cenę tak zwanego ketmanu)³⁰⁷. Wymagać to będzie odpowiedniej „pracy ideologicznej”. Takie usytuowanie funkcji sędziego to już radykalna zmiana, dla której konieczna jest odpowiednia edukacja. „Nakazem etycznym jest praca ideologiczna polegająca na radykalnej zmianie znaczącego-mistrza i odczytaniu pustych znaczących prawa w świetle ideologii, której hegemonię sędziowie pragną zapewnić — a zatem, przykładowo, odejście od linii orzeczniczej opartej na odczytaniach neoliberalnych na rzecz odczytań pro-pracowniczych

305 Zob. Ch. Mouffe, *Paradoks demokracji*, s. 33.

306 R. Mańko, *Słuszność w prawie*, s. 197.

307 Zob. C. Miłosz, *Zniewolony umysł*, Kraków 1999 (rozdział trzeci).

i pro-konsumenckich, stawiających na pierwszym miejscu interes człowieka pracy przed roszczeniami kapitału”³⁰⁸.

I jeszcze taki *passus* — ponowoczesne *memento* dla idei autonomii prawa i praktyki sędziowskiej:

zamiast więc sędziego-pseudo-Herkulesa z bajki Dworkina, który udaje, że znalazł *właściwe rozwiązanie*, a w istocie stara się zadowolić swoimi rozstrzygnięciami establishment [...], należy — za Kennedym — propagować postawę sędziego-aktywisty, który jest zarazem moralnie uczciwy i realistycznie podchodzi do granic swojej władzy. Zdaje sobie sprawę, że dysponuje taką władzą, nie chowa się [...] za parawanem instytucji, która swoimi imperatywami załatwi problem za niego, lecz decyduje sam w świetle ideologii, którą w swoim sumieniu uważa za słuszną. Jest to więc krytyczny sędzia-Prometeusz, który w swojej pracy sędziowskiej stara się działać na rzecz interesu ludzkości, a w szczególności tych, którzy cierpią z powodu wykluczenia i zdominowania przez innych³⁰⁹.

Rozpoczynając niniejszą sekcję moich rozważań, przywołałem uwagę Tamanahy, że sędziom czuwającym na straży reguła „nie towarzyszy orientacja na cel”, z zastrzeżeniem jednak, że może się tak stać w przypadku sędziów przychodzących do sądownictwa z bagażem „zewnątrznych” przekonań, na przykład koncepcji i sympatii ukształtowanych na uniwersytecie czy w życiu społecznym. Interesującym przypadkiem takiej konfrontacji między poglądami głoszonymi na sali sądowej i bagażem zewnętrznych przekonań kształtowanych w uniwersyteckich gabinetach i salach wykładowych jest przypadek Richarda Posnera, profesora Uniwersytetu Chicagowskiego, jednego z najbardziej wpływowych przedstawicieli nurtu *Law & Economics*, a zarazem sędziego federalnego sądu apelacyjnego USA w latach 1981–2017. Niech jego opinia o wyzwaniach, przed którymi stanął jako sędzia, posłuży nam za komentarz do przywołanej wyżej krytycznej teorii orzekania, a także za konkluzję dla prowadzonych w tym rozdziale rozważań:

Mam nadzieję, że czytelnik nie pomyśli, że opisując tę dyscyplinę w ciągu ostatnich dwudziestu pięciu lat jako dyscyplinę autonomiczną, przewiduję lub z zadowoleniem przyjmuję zniknięcie tradycyjnej myśli i nauki prawniczej. Jako sędzia apelacyjny jestem zarówno konsumentem, jak i producentem analiz doktrynalnych. Sądzę, uważałem tak dwadzieścia pięć lat temu, że prawo było zbyt zaściankowe i że pomimo wszystkich nieudanych prób i fanaberii, które zepsuły jego dotarcie do innych dziedzin, rozwój interdyscyplinarnej analizy prawnej był dobrym pomysłem, który powinien być (i będzie) kontynuowany. Bezinteresowna doktryna prawnicza tradycyjnego rodzaju pozostaje [jednak] nieodzownym rdzeniem myśli prawnej,

308 R. Mańko, *W stronę krytycznej filozofii orzekania*, s. 213.

309 *Ibidem*, s. 197–198.

a takich analiz nie ma dziś w nadmiarze. Śmiem twierdzić, że wielu prawników, którzy dzisiaj upajają się dekonstrukcją, strukturalizmem, filozofią moralną i innymi wtórnej jakości teoriami, zrobiłoby lepiej, gdyby zaangażowało się w badania źródeł doktryny Enelow-Ettelzona lub do syntezy prawa ubezpieczeniowego. Niemniej jednak wydaje się mało prawdopodobne, abyśmy wkrótce (jeśli w ogóle) powrócili do spokojnej wiary w autonomię prawa³¹⁰.

310 R.A. Posner, *The decline of law as an autonomous discipline: 1962-1987*, „Harvard Law Review” 100, 1987, nr 4, s. 777-778. Doktryna Enelow-Ettelzona, którą przywołuje Posner, ukształtowana została na podstawie sprawy Enelow przeciwko New York Life Ins. Co. Jest to historyczna zasada procesowa (1935 rok) umożliwiająca podważenie natychmiastowego wstrzymania lub odmowy wstrzymania postępowania z powołaniem się na zasadę słuszności (*equity*). W myśl tej doktryny federalny sędzia okręgowy miał być zarówno „sędzią prawa”, jak i „kanclerzem słuszności”. Późniejsza debata i idąca w ślad za nią ewolucja doktryny prowadziły do integrowania się tych rozbieżnych źródeł prawa, a tym samym do zintegrowanego postrzegania pozycji procesowej sędziego.

6. Działania instrumentalne i reguły ich wykonywania

6.1. Formalistyczny punkt wyjścia

Używany w poprzednim rozdziale w kontekście amerykańskiego sporu między formalistami i instrumentalistami termin „reguła” (*rule*) nie miał klarownego znaczenia. W argumentacji obu stron tamtej debaty termin ten służyć miał określeniu prawa, stanowionych aktów ogólnych, praktyki opartej na precedensach jako czynnikach determinujących wyjściową sytuację decyzyjną podmiotu podejmującego zachowania (czynności, akty) i realizującego przyjmowaną przez siebie postawę instrumentalną. Termin „reguła” mógł zatem oznaczać imperatywną „normę” prawną, ale też „przepis prawny”, „zasadę prawa”, regułę zbudowaną na podstawie precedensu sądowego czy po prostu tekst prawny — tekst orzeczenia i/lub uzasadnienia sądowego formułującego ogólny standard postępowania. Niedookreślone znaczenie tego terminu jako pojęciowego składnika debaty między prawnymi formalistami i instrumentalistami — a w istocie rzeczy realistami w tym drugim przypadku — nie było istotną przeszkodą dla prowadzonego sporu. Chodziło przecież o konfrontację między tym, co ogólne, abstrakcyjne, fundujące przesłankę dla decyzyjnych rozumowań prawniczych („regułą”), oraz tym, co konkretne, kontekstowe i intencjonalne (zamierzonym celem, skutkiem, „stanem rzeczy”).

Niejasność ta miała dobrą stronę, gdy chodziło o perspektywę adaptacji argumentów podnoszonych w tamtym sporze do kontynentalnej — w tym polskiej — praktyki prawnej. Semantyczna otwartość i niedookreśloność używanych pojęć daje większe możliwości adaptacyjne poza kulturowym obszarem, w którym toczył się i nadal się toczy się przywołany w poprzednim rozdziale spór. Drugorzędną kwestią stało się bowiem pytanie o źródła prawa (źródła pochodzenia „reguły”,

w tym także czynniki rzutujące na pozytywną treść owej „reguły”), o ile oczywiście zachowany został wymóg, że ową „regułą” będzie reguła ogólna. Analityczne podejście w badaniach nad prawem — w szczególności uprawiane w paradygmacie rekonstrukcjonistycznym — ma bowiem nad badaniami empirycznymi czy analizą deskryptywną języka prawnego taką przewagę, że poprzez kierującą tym podejściem zasadę prostoty (ogólności, idealizacji) i uniwersalizacji sformułowanych twierdzeń (braku powiązania z określonym przedmiotem odniesienia) pozwala *tout court* obchodzić kulturowe i społeczne uwarunkowania budowanej teorii. Oczywiście uwarunkowania takie nie mogą ginąć z pola widzenia, a jedynie powinny być relokowane do aplikacyjnej fazy postępowania badawczego. Dookreślenie, czym jest na użytek niniejszej pracy owa „ogólna reguła”, chcę uczynić punktem wyjścia dalszych rozważań w niniejszym rozdziale.

Opowiadając się za takim właśnie punktem oparcia, dokonujemy jednak wyboru istotnego dla proponowanej w pracy koncepcji instrumentalizacji. Jako punkt wyjścia przyjmujemy bowiem stanowisko formalistyczne, takie tylko bowiem, jak się wydaje, z perspektywy tradycji *civil law*, w tym polskiej, może być uznane za stanowisko prawnicze, a proponowana teoria instrumentalizacji może zostać uznana za składnik teorii prawa. Oczywiście otwiera to pytanie o miejsce w tym ujęciu eksponowanego wcześniej pragmatycznego instrumentalizmu zainicjowanego przez Johna Deweya³¹¹. Podstawą odpowiedzi na to pytanie może być następujące stanowisko: o ile w amerykańskim sporze można było mówić o poszukiwaniu „wspólnych miejsc” między poglądami formalistów i realistów (instrumentalistów) ze względu na porównywalne siły oddziaływania obu tych środowisk na tamtejszą praktykę prawną, przede wszystkim sądową (choć oczywiście w różnych okresach siła oddziaływania każdego z tych środowisk była różna), o tyle z perspektywy

311 Jerzy Wróblewski realizm prawniczy określał jako „antyprawniczy model prawoznawstwa”. Pisał, że „grupuje [on] bardzo liczne kierunki, których wspólnym mianownikiem jest krytyka formalizmu prawniczego”, a „dla paradygmatycznego przedstawienia [tego] modelu najdogodniejszym przykładem są radykalne wersje amerykańskiego realizmu prawniczego lat 30-tych. Są silnie antypozytywistyczne i dążą do uwolnienia decydenta prawnego od iluzorycznego skrzepowania normami na gruncie mieszanego systemu prawa ustawowego i *common law*” (J. Wróblewski, *Modele prawoznawstwa a typy kształcenia prawniczego*, „Państwo i Prawo” 1981, z. 4, s. 21–22). Do krytykowanego nurtu Wróblewski zaliczył również pragmatyczny instrumentalizm (*ibidem*, s. 23). Nie wskazał jednak na poglądy Deweya, ale powołał się na Summersa, reprezentującego poglądy formalistów. Dewey był uczestnikiem dyskusji z lat trzydziestych, jednak — jak przekonywałem w punkcie 4.4 — twórca pragmatycznego instrumentalizmu doceniał decyzyjno-poznawczą funkcję norm, a zatem miałby szansę na ulokowanie swego dorobku poza modelem „antyprawniczym”. Istnieje pewne prawdopodobieństwo, że poglądy Deweya na zwrotny charakter relacji między faktami i normami pozwoliłyby nawet zaliczyć jego koncepcję do „modelu integracyjnego prawoznawstwa”.

europiejskiej, a przede wszystkim polskiej, o takiej względnej — nawet rozpatrywanej w perspektywie historycznej — równowadze nie może być mowy. W naszej „lokalnej” tradycji prawnej nie ma miejsca na „wynegocjowaną” przez strony sporu równowagę między doktrynalnymi skrajnościami, taką jak chociażby „zrównoważony realizm” proponowany przez Briana Tamanahę. Prymat prawa stanowionego obudowanego pojęciowymi konstrukcjami nauki prawa, opartymi głównie na dorobku analitycznej teorii prawa, sprawia, że to formalistyczna (tekstualna) perspektywa, chcąc nie chcąc, musi stanowić przynajmniej punkt wyjścia do budowania prawniczych teorii. Pragmatyczno-instrumentalne inspiracje mogą mieć walor heurystyczny, mogą służyć jako racje uzasadniające kierunki adaptacji prawniczego formalizmu czy też — idące w ślad za takimi adaptacjami — reformy zastanej praktyki prawniczej.

Kierując się takimi przesłankami, w rozdziale niniejszym odwoływać się będę do tych fragmentów dorobku analitycznej teorii prawa (teorii norm), które w mojej ocenie, nawet pomimo tego, że bywają obudowywane strukturalistyczną (naukoznawczą) fasadą, zawierają twierdzenia użyteczne dla pragmatycznych interpretacji interesującej nas problematyki. Pozwalają mianowicie na wyartykułowanie podnoszonego wcześniej aktywizmu jako koniecznego składnika wyrażającego instrumentalną postawę podmiotu wobec prawa. Wiodącą tezę, którą przy tej okazji chcę wyeksponować, będzie stanowisko, że wyrastające z formalizmu standardy prawne skrywające się za enigmatycznym conceptem „reguły ogólnej” pełnią — lub mogą pełnić — podwójną funkcję: otwierają prawną przestrzeń wolności działania jednostki i zarazem wolność tę limitują. Oczywiście nie wszystkie w jednakowym stopniu, jednak żadne z nich nie są z obu tych ról wyłączone. O ich rzeczywistej funkcji decydować będzie postawa określonego podmiotu, a więc to, czy jest ona zorientowana na aktywizm prowadzący do instrumentalizacji prawa czy na równowagę afirmującą przekonania (wartości) zasadnicze i autonomię prawa.

Już z wcześniejszych rozważań wiemy (Lang, Taekema), że eksponowaniu różnicowanych postaw wobec prawa nie sprzyja redukcjonistyczny program w badaniach nad prawną instrumentalizacją. W tym rozdziale chciałbym wykazać, że dotyczy to również standardów językowych, które służą wyrażaniu normatywności prawa. I podobnie jak w przypadku pojęciowej redukcji instrumentalizacji prawa (sprowadzania jej do aktywności prawodawcy) również zredukowanie prawoznawczych pojęć artykułujących normatywność do imperatywnych norm — norm nakazu/zakazu działania — stwarza podobną barierę. Redukcja instrumentalna i redukcja normatywna zmierzają tą samą

ścieżką, to jest sytuują państwowego prawodawcę w roli głównego aktora tworzącego imperatywne normy, a jednocześnie lokują go jako czynnik sprawczy aktów instrumentalizacji prawa. Oczywiście procedura redukcji pojęciowej nie prowadzi do wyeliminowania badanego problemu, a raczej do jego zasłonięcia, przesunięcia na dalszy plan, a więc utrudnia dostęp do badanego zagadnienia, wymuszając na badaczu odpowiednie zabiegi re(de)konstrukcyjne służące wydobywaniu problemu — używając języka strukturalistów — ze „struktury głębokiej” na poziom „powierzchniowy”. Komplikuje to proces badawczy.

W artykule poświęconym projektowi tak zwanej postanalitycznej teorii prawa znaleźć można taki oto passus: „postanalityczny opór bierze się z niechęci wobec [...] wizji nauki [...] jako jednolitego porządku porządku badawczych integrowanych rządami uniwersalnej struktury językowej wypełnionej poprawnie [z logicznego punktu widzenia — A.B.] zdefiniowanym zasobem pojęć”³¹². Uwaga ta sformułowana została między innymi w kontekście polskiej teorii norm z jej opartym na metodologicznym strukturalizmie programem unifikacji sposobów wyrażania normatywności w tekstach prawnych w jeden dominujący schemat ujmowania normy jako nakazu/zakazu postępowania³¹³. Podejściem konkurencyjnym miała być postawa oparta na założeniu, że rzeczywistość ma wiele możliwych wymiarów, które dają się ujmować na wiele sposobów, a zatem idea „jednego ustalonego słownictwa pojęciowego, w którym raz na zawsze można opisać strukturę rzeczywistości [...], jest nie do utrzymania”³¹⁴. Warto mieć świadomość, że nawet te same słowa mogą brać udział w „różnych grach”, mogą być organizowane na różne sposoby i przez różne „gramatyki” w sensie, jaki temu pojęciu nadawał Wittgenstein. Nie wszystkie też „gry” są grami, które realizują ten sam cel (na przykład dochodzenie do prawdy). Nie wszystkie zamierzenia muszą — a w społeczeństwie demokratycznym nawet nie powinny — być zorientowane na te same cele społeczne. Pluralizmowi celów i wartości lepiej zatem służą podejścia badawcze dopuszczające odpowiedni, adekwatny do podejmowanej problematyki, pluralizm pojęć, który owe cele i wartości pozwala brać pod uwagę.

312 A. Bator, *Postanalityczna teoria i filozofia prawa. Nowe szanse, nowe zagrożenia?*, [w:] *Postanalityczna teoria i filozofia prawa*, red. M. Jabłoński, M. Paździora, Wrocław 2015.

313 Zob. Z. Ziemiński, *Kompetencja i norma kompetencyjna*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1969, z. 4, s. 36; Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, s. 169; krytycznie na ten temat zob. S. Czepita, *Reguły konstytucyjne a zagadnienia prawoznawstwa*, Szczecin 1996, s. 131.

314 H. Putnam, *The uniqueness of pragmatism*, „Think. Philosophy for Everyone” 2004, nr 8, s. 101.

Formalistyczny punkt wyjścia powinien w tej sytuacji być „formalizmem umiarkowanym”, z jednej strony czyniącym zadość idei ugruntowania rozważań o instrumentalizacji w regule ogólnej, zgodnie z roszczeniami tradycji *civil law*, a z drugiej — spełniającym wymóg adekwatności owej reguły ogólnej, a więc powinien opierać się na wyważonej, oszczędnej multiplikacji standardów składających się na tę regułę, ażeby móc również czynić zadość pluralistycznym roszczeniom właściwym dla liberalnego rozumienia społeczeństwa demokratycznego. Takie podejście badawcze wobec reguł prawnych określić możemy jako podejście umiarkowanie (nie)redukcjonistyczne³¹⁵.

6.2. Reguły, normy, dyrektywy a akty instrumentalizacji prawa

Spośród dostępnych w literaturze teoretycznoprawnej propozycji ujmowania zróżnicowanego charakteru standardów wyrażania powinności prawnych sformułowane wyżej oczekiwania najlepiej spełnia, w mojej ocenie, propozycja Georga H. von Wrighta zawarta w jego monografii *Norm and Action*³¹⁶. Zaletą propozycji fińskiego filozofa analitycznego jest zdystansowane podejście do „prawa” z jego lokalnym czy doktrynalnym uwikłaniem. Można nieco przekornie stwierdzić, że zaletą jego analiz dla teorii prawa jest to, że nie jest on prawnikiem. Prawo pochodzące od państwa czy prawo naturalne poddawane są charakterystyce bazującej na tych samych podstawach co prawa logiki. Stąd też jego rozumienie na przykład *laws of the state* nie ma dla prowadzonych analiz szczególnej wartości. Można je nawet uznać z prawniczego punktu widzenia za schematyczne i nieadekwatne wobec dorobku współczesnego pozytywizmu prawniczego³¹⁷. Odwołania do prawa stanowionego i prawa naturalnego służą autorowi wyłącznie jako egzemplifikacja, która potwierdzać ma walory poznawcze proponowanego podziału (a właściwie typologii) „norm”, co z kolei ma

³¹⁵ Prefiks „nie” w nawiasie służyć ma relatywizacji, wskazującej na dowolność wyboru: między perspektywą formalistyczną (nieredukcjonistyczną) lub realistyczną (redukcjonistyczną).

³¹⁶ G.H. von Wright, *Norm and Action: A Logical Inquiry*, London-New York 1963.

³¹⁷ Prawo stanowione sytuowane jest jako nakazowe (*prescriptive*), niepoddające się wartościowaniu logicznemu (*no truth-value*), a jego celem jest wpływanie na zachowania (*influence behaviour*) przez stojącą za prawem władzę, która próbuje przywrócić zgodne z prawem postępowanie człowieka (*ibidem*, s. 2–3). Można zatem przyjąć, że autor sprowadza swoje rozumienie *civil law* do prawa identyfikowanego wyłącznie imperatywnym działaniem państwa, a więc do ujęcia właściwego dla tak zwanej pierwotnej wersji pozytywizmu prawniczego zbliżonego do poglądów J. Austina.

budować punkt wyjścia do zasadniczego zamierzenia badawczego, jakim jest koncepcja logiki deontycznej. I właśnie te wprowadzające do monografii *Norm and Action* dystynkcje pojęciowe z dziedziny teorii norm, zawarte w sekcji *On norms in general*, chcę uczynić punktem oparcia dla rozważań o regułach prawnych jako podstawie aktów instrumentalizacji prawa.

Georg von Wright rozpoczyna swoją monografię od uwagi o braku ugruntowania terminu „norma” w języku angielskim, także w słownikach prawniczych i filozoficznych. Zwraca uwagę na niedookreśloną (częściową) synonimiczność tego terminu z wieloma innymi nazwami („wzór”, „standard”, „typ”, „regulacja”, „reguła”, „prawo” itp.) oraz na heteronomiczność jego pola znaczeniowego i niejasność jego znaczeniowych granic. Podobnie ma to wyglądać w innych językach. Wszystko to czyni, w jego mniemaniu, daremnymi próby budowania ogólnej teorii norm. Jakakolwiek teoria norm musi być zatem teorią ograniczoną swoim zasięgiem (*restricted in its scope*)³¹⁸. Podzielając w pełni tę wyjściową tezę, chciałbym zwrócić uwagę na pewne komplikacje, które rodzić może przywołana „heteronomiczność” pól znaczeniowych (na przykład perspektywy logiki i prawoznawstwa czy kulturowo-prawna odmienność w postrzeganiu „norm” widoczna na gruncie pozytywizmu prawniczego i j pragmatycznego instrumentalizmu). Szczególnie w opracowaniach zakorzenionych w tradycji filozofii pragmatycznej i prawnego realizmu podejście do językowej ścisłości było — i pozostaje — dość, oględnie mówiąc, niezobowiązujące.

Autor *Norm and Action* wyróżnia trzy zasadnicze typy norm. Pierwszym są reguły postępowania w pewnym „umowny zbiorze zdań” (*rules of games*). Zalicza do nich reguły gier sportowych, reguły gramatyki czy reguły logiki³¹⁹. W literaturze ogólnosemiotycznej standardy te określane są regułami konstytutywnymi, w polskiej teorii prawa przyjęło się nazywać je regułami (dokonywania) czynności konwencjonalnych. Prawniczym odpowiednikiem tego rodzaju norm byłyby te spośród nich, które zagrożone są sankcją nieważności³²⁰. Reguły te zdaniem von Wrighta nie mają ani cechy preskryptywności, ani cechy deskryptywności, lecz służą ustalaniu (*determine*) czegoś. Posługiwanie się „regułami gry” jest wedle fińskiego logika cechą aktywności typowo ludzkiej. Określają one podejmowane działania lub ich wzorce, a przez to samą grę lub działanie w niej podejmowane.

318 *Ibidem*, s. 1.

319 *Ibidem*, s. 6–7.

320 Por. Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, s. 167–168.

Dalej von Wright wyodrębnia normy ustanowione czymś aktem z pozycji władzy lub autorytetu (*prescriptions or regulations*)³²¹. W przeciwieństwie do *rules of games*, a także (o czym niżej) *directives* lub *technical norms* — których deskryptywność vs preskryptywność można z różnych punktów widzenia rozważać — akty prawa stanowionego z „pozycji władzy lub autorytetu” (*law of the state*) mają, odmiennie aniżeli prawa naturalne, bezspornie i wyłącznie preskryptywny charakter. Normy prawne pochodzące od władzy państwowej mogą zatem uchodzić za typową egzemplifikację (podrodzaj) tej grupy norm. Auror uzupełnia ten rodzaj o takie jeszcze przykłady, jak rozkaz wojskowy, polecenia i zgody dawane dzieciom przez rodziców czy regulacje ruchu drogowego. Zaznacza, że również o decyzjach sądów można powiedzieć, że zawsze mają jakiś preskryptywny aspekt lub przynajmniej taki komponent³²². W rodzimym prawoznawstwie *prescriptions* przyjęło się określać za Znamierowskim i Ziemińskim jako normy tetyczne³²³.

Wreszcie autor wyróżnia normy techniczne (*directives or technical norms*)³²⁴, ujmowane jako zdania warunkowe, w których poprzednik wskazywać ma określony, pożądany stan rzeczy, a jego następnik — określone działanie, które ze względu na ów stan rzeczy musi lub powinno być podjęte lub którego ze względu na ów stan podejmować nie należy. Prawdziwość, która uzasadniać ma powyższe stwierdzenie, jest — jak określa to autor — „czymś w rodzaju prymitywnego *law of nature*”, a stwierdzenie, że coś jest lub nie jest warunkiem koniecznym czegoś innego, określa von Wright jako twierdzenie anankastyczne (*anankastic statement*). Zdaniem fińskiego badacza nie należy jednak utożsamiać norm technicznych ze stwierdzeniami anankastycznymi. Tym niemniej istnieje istotny logiczny związek między nimi. Stanowienie dyrektyw (*technical norms*) z logicznego punktu widzenia zakłada (*presuppose*) prawdziwość odpowiednich twierdzeń anankastycznych³²⁵. Jak ujął to Ziemiński w komentarzu do koncepcji von Wrighta, „zdanie anankastyczne jest prawdziwe lub fałszywe, a oparta na nim dyrektywa celowościowa jest merytorycznie trafna albo chybiona ze względu na tę jej podstawę intelektualną”³²⁶.

321 G.H. von Wright, *Norm and Action*, s. 7.

322 *Ibidem*, s. 7–8.

323 Zob. na przykład C. Znamierowski, *Oceny i normy*, Warszawa 1957. Tak termin *prescriptions* tłumaczył Z. Ziemiński (Z. Ziemiński, *Założenia logiki deontycznej a zagadnienia prawoznawstwa*, „Państwo i Prawo” 1964, z. 8–9, s. 60).

324 G. H. von Wright, *Norm and Action*, s. 8.

325 „In giving the directive ‘If you want to make the hut habitable, you ought to heat it,’ it is (logically) presupposed that if the hut is not being heated it will not become habitable” (*ibidem*, s. 10).

326 Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, s. 127.

Inne nieporozumienie, które stara się prostować fiński logik, dotyczy relacji między dyrektywami celowościowymi (*technical norms*) i normami hipotetycznymi. Te ostatnie to również normy preskryptywne, a więc określające, „co powinno się lub czego nie wolno czynić”, jednak warunkujące powstanie obowiązku zaistnieniem określonej sytuacji³²⁷. Normy hipotetyczne, podobnie jak techniczne, formułowane są lub dają się formułować w postaci zdań warunkowych (*conditional sentences*), a więc jedne i drugie powiązane są ze zdaniami anankastycznymi leżącymi u ich podstaw. Jednak normy hipotetyczne nie uzależniają powinności działania od zamierzonego przez działającego podmiot celu lub oczekiwanego skutku, lecz znajdują swoje źródło w autorytecie normodawczym stanowiącym określoną normę hipotetyczną. Są imperatywne, gdyż z zewnątrz wskazują swojemu adresatowi określony sposób postępowania w przypadku wystąpienia ujętej w normie sytuacji lub zdarzenia. U podstaw norm hipotetycznych, podobnie jak u podstaw dyrektyw celowościowych, również możemy identyfikować odpowiednie twierdzenia anankastyczne. W przypadku norm hipotetycznych związek ten ma jednak akcydentalny charakter: ani norma techniczna, ani odpowiadająca jej relacja anankastyczna nie są (logicznie) zakładane (*presupposed*) przy ustanawianiu norm hipotetycznych. Normy te, jak wszelkie normy preskryptywne (a więc również kategoryczne), mogą być ustanawiane i kierowane do swoich adresatów nawet wtedy, gdy u ich podstaw nie była obecna żadna norma techniczna czy żadne twierdzenie anankastyczne. Normy typu *prescriptions* są bowiem wyrazem władzy oficjalnego autorytetu normodawczego, którego działania (akty) mogą, ale nie muszą, być wsparte obiektywizującą wiedzą o związkach leżących u podstaw *technical norms* czy twierdzeniami o tych związkach wyrażanych przez zdania anankastyczne. Władza normodawcza dysponuje szeroką skalą uzasadniania swojego prawnego działania: od pełnego woluntaryzmu (tetyczność) do racjonalizacji odwołującej się do weryfikowalnej wiedzy między celami i podejmowanymi w ślad za nimi działaniami oraz skutkami podjętego działania.

Tego rodzaju wolicjonalno-poznawczy, niearbitralny charakter mają natomiast argumentacje wyprowadzane z norm technicznych (odpowiednio: zdań anankastycznych) przez osoby poszukujące właściwych uzasadnień dla działań podejmowanych dla własnych potrzeb, wspierających ich własne cele, i zainteresowane ustaleniem działań

³²⁷ „For example: ‘If the dog barks, don’t run’ [...]. If I run, the dog may attack me. Therefore, if I want to escape being attacked by the barking dog I must not run” (G.H. von Wright, *Norm and Action*, s. 11).

lub zaniechań prowadzących do ich realizacji. W przeciwieństwie do uzasadniania norm hipotetycznych (wszelkich typu *prescriptions*) ten ostatni rodzaj uzasadniania zakłada (pragmatyczną) konieczność korzystania z odpowiednich dyrektyw celowościowych (*technical norms*) i wiedzy opartej na odpowiednich, zweryfikowanych (prawdziwych) zdaniach anankastycznych ukazujących spodziewane skutki podejmowanych działań i zaniechań. Argumentację taką von Wright nazywa „wnioskowaniem praktycznym”³²⁸, a zawarte w konkluzji wnioskowania ukierunkowanie dotyczące własnego postępowania określa jako wskazania „autonomiczne” (*autonomous prescriptions*). Jak jednak dodaje, „takie autonomiczne wskazania przez człowieka samemu sobie są jednak bardzo odmienne od heteronomicznych wskazań kategorycznych lub hipotetycznych wydawanych przez autorytet normodawczy określone adresatowi normy”. Jak pisze dalej, „wątpliwe jest, czy w ogóle należy nazywać je normami preskryptywnymi w wcześniej przywołanym znaczeniu”³²⁹. Podzielając wątpliwość autora w tej sprawie, należałoby, jak sądzę, w duchu pragmatycznego instrumentalizmu przywoływanego wcześniej za Deweyem zamiast o „normach preskryptywnych” czy w ogóle o „normach” mówić w takich przypadkach raczej o normatywnych (normy techniczne) i intelektualnych (związki ujęte w zdaniach anankastycznych) czynnikach wpływających na kształtowanie się postaw podmiotów działających/poznających — albo o relatywizacji osobowej (kontekstowej) generalno-abstrakcyjnych i kierowanych z zewnątrz norm i twierdzeń (zdań)³³⁰.

Scharakteryzowaną wyżej triadę pojęciową autor ujmuje jako podstawowe znaczenia (*chief meanings*) wyrażenia „norma”. Nazywa je też „rodzajami”, „typami”, „głównymi grupami”, a nawet „kategoriami” norm³³¹. Zdaniem von Wrighta inne spotykane w praktyce społecznej grupy norm mieć będą cechy któregoś z typów podstawowych, na przykład zwyczajnie mogą być zbliżone do standardów typu *rules* bądź *prescriptions* — jednak tylko „zbliżone”, jako że nie będą pochodzić od normodawczego autorytetu, jak to ma miejsce w przypadku norm

328 *Ibidem*. Autor wnioskowanie to obrazuje w taki oto sposób: „I want to make the hut habitable. Unless it is heated, it will not become habitable. Therefore I ought to heat it. I shall call this type of argument a practical inference”.

329 *Ibidem*.

330 Oczywiście pamiętać należy o zasadniczo odmiennym celu zamierzeń badawczych von Wrighta, którym poświęcona jest praca *Norm and Action* (rozwiązywanie problemów logiki norm poprzez proponowany projekt budowy logiki deontycznej), kierunkowo różnym z problematyką niniejszej pracy. Uwaga powyższa nie ma zatem walorów krytycznych, a jedynie służy adaptacji poglądów przywoływanego autora dla potrzeb niniejszej pracy.

331 *Ibidem*, s. 13.

preskryptywnych. Mogą być natomiast interpretowane deskryptywnie. Podobnych kompilacji wariantów podstawowych i relatywizujących zastrzeżeń można doszukiwać się w obszarze norm moralnych (między innymi „preskrypcje” w szczególnym znaczeniu, na przykład naturalnego lub supernaturalnego autorytetu, który może być źródłem normy).

Wyznacznikiem poszukiwanej dziedziny terminu „norma” będzie to, że normy mają dotyczyć działania, stąd też — jak pisze von Wright — praw naturalnych i innych wypowiedzi anankastycznych, „dlatego że, ogólnie rzecz biorąc, nie dotyczą działania, postanowiliśmy nie nazywać *n o r m a m i*”³³². Aktywizm dostrzegany w czynnościach opartych na *rules of games* — ponownie w sposób zbliżony do Deweya — jest szczególnie akcentowany i ujmowany jako działanie właściwe człowiekowi, podobnie jak myślenie i obliczenia matematyczne³³³. Z kolei w przypadku *prescriptions* autor podkreśla, że normy te są stanowione i publikowane przez „kogoś”, „wypływają” (*flow from*), mają swoje źródło w woli prawodawcy lub pochodzą od władzy normodawczej. „Możemy więc powiedzieć — jak rozwija tę myśl autor — że stanowienie norm jest wyrazem woli władzy (*manifest the authority's will*) mającej skłonić podmiot do określonego działania”³³⁴. Jak widzimy, aktywizm po stronie norm preskryptywnych autor dostrzega nie tyle w subordynującym adresata normy skutku jej obowiązywania, ile w specyfice normodawczego zachowania samego prawodawcy.

I jeszcze kilka uwag istotnych z punktu widzenia prawniczej problematyki instrumentalizacji prawa. Zapewne za sprawą swojej ogólnej, analityczno-filozoficznej orientacji autor *Norm and Action* nie wyodrębnia wprost zasad prawa, które, jak wiemy, są istotnym składnikiem debat o instrumentalizacji prawa. Nie czyni tego na gruncie podstawowych znaczeń terminu „norma” ani też nie odwołuje się do nich w egzemplifikacjach znaczeń (wariantach norm) kompilowanych bądź adaptowanych na podstawie znaczeń podstawowych. Sięga jednak do, jak można sądzić, bliższych mu pojęć z dziedziny filozofii moralności, czyniąc uwagi, które dają się aplikować do interesującej prawnika problematyki zasad prawa. Jak pisze, „istnieje jednak grupa norm, które odnoszą się bezpośrednio nie do działania, ale do rzeczy, które powinny, mogą lub nie powinny mieć miejsca [...]. Dotyczą one raczej bycia niż działania”³³⁵. Nazywa je

332 *Ibidem.*

333 *Ibidem*, s. 5–6.

334 *Ibidem*, s. 7.

335 *Ibidem*, s. 13–14. Autor wskazuje tu na inspirację filozofami niemieckimi przywołującymi dystynkcję między *Tunsollen* i *Seinsollen* oraz na prace z filozofii moralności G.E. Moore'a.

wzorcami idealnymi (*ideal rules*). Wzorce te mogą być odnoszone zarówno do cech człowieka (hojność, sprawiedliwość, prawdomówność), jak i do rzeczy (samochodów, zegarków), które powinny posiadać określone właściwości, a innych posiadać nie powinny, jeśli służyć mają określonym celom. W obu przypadkach właściwości te są stopniowalne, łącznie ze znanym z teorii typologii wyróżnieniem typów wzorcowych³³⁶. Mimo że uznaje za przydatne rozróżnienie między zasadami moralnymi (*moral principles*), które są normami moralnego postępowania (działania), i ideałami moralnymi (*moral ideals*), von Wright twierdzi, że wzorce idealne, zarówno w przypadku ludzi, jak i rzeczy, dają się sprowadzić (*are reducible*) do „norm działania”, na przykład wychowanie zorientowane na ideały będzie musiało (instrumentalnie) opierać się na przepisach (*prescriptions*) i innych normach postępowania³³⁷. Autor dostrzega zatem kierunkowe podobieństwo między idealnymi wzorcami i normami technicznymi. Dążenie do ideału podobne jest zatem do zabiegów zmierzających do osiągnięcia celu³³⁸.

Przywołane koincydencje nie powinny jednak zacierać różnic między wzorcami idealnymi i normami technicznymi. Jedne i drugie mogą wyznaczać stany rzeczy (cele-wartości), posiłkując się przepisami (*prescriptions*) lub innymi normami (na przykład formalizującymi zasadami narzucającymi również określone działania lub zaniechania) spełniającymi funkcję środków osiągnięcia zamierzonych rezultatów. Jedne i drugie, o czym wcześniej była mowa, są lub mogą być użyte w argumentacji opartej na inferencji praktycznej. Jednak, jak egzemplifikuje autor, „aby być dobrym nauczycielem, człowiek powinien posiadać określone cechy. Aby podnieść książkę z górnej półki swojego regału, powinien skorzystać z drabiny. Cechy człowieka, które określają jego bycie dobrym [...], nie są przyczynowo związane z ideałem — tak jak użycie drabiny może być przyczynowym warunkiem wzięcia książki z półki”. Pierwsza relacja jest relacją pojęciową (logiczną). Idealne reguły

³³⁶ „The person who has properties of a good so-and-so in supreme degree, we often call an ideal so-and-so” (*ibidem*, s. 14).

³³⁷ „The man who does brave acts is ‘by definition’ a brave man, and so forth” (*ibidem*, s. 15).

³³⁸ W stanowisku tym zauważyć można koincydencję między „zasadami moralnymi” i „moralnymi ideałami” oraz prawniczym rozróżnieniem na „formalne” i „materialne” ujęcie zasad prawa, zob. punkt 2.4, przypis 101. Tezy von Wrighta idą również w parze ze stanowiskiem, wedle którego zasady prawa zdolne są pełnić „funkcję środków niezbędnych do osiągnięcia określonych celów [i] kwalifikowane są jako formalne, gdyż można przypisać im cechę instrumentalności. Zasady chroniące dobra nieinstrumentalne, samoistne, a więc takie, jakie stanowią jedynie uzasadnienie dla formułowania instrumentalnych, tworzą zbiór materialny” (M. Kordela, *Formalna interpretacja klauzuli demokratycznego państwa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, s. 142).

określają pojęcia, na przykład pojęcie (dobrego) nauczyciela. Pod tym względem są one podobne do *reguł gry*. Udział w grze jest czynnością, podobnie jak myślenie i obliczanie. Jak zaznacza von Wright, to właśnie z powodu tego podobieństwa nadaliśmy im nazwę „reguły”³³⁹. Obliczanie, podobnie jak mówienie językiem, jest grą symboli. *Rule of game* są tworzone przez człowieka i mogą być zmieniane przez konwencje lub pozostawione wyborowi³⁴⁰. Różnice te nie uchylają oczywiście wyjściowej zbieżności. Jedne i drugie mogą być wykorzystywane przez działający/myślący podmiot celowo, jako argument wsparty na inferencji praktycznej (*technical norms*).

Z przywołanej wyżej charakterystyki von Wrighta, zawartej w sekcji *On norm in general*, można wyprowadzić istotną dla moich rozważań konsekwencję. Normatywna triada (*rules, prescriptions, directives* lub *technical norms*), pomimo uznania jej elementów za podstawowe znaczenia terminu „norma”, w perspektywie poszukiwanych przez autora tytułowych związków między normą i działaniem zdominowana jest przez standardy typu *directives-technical norms*. Rozważania o normach określanych jako preskryptywne (zarówno w wariacie warunkowym, jak i bezwarunkowym) powiązane są (choć nie jest to przesłanka logicznie konieczna) ze zdaniem anankastycznymi leżącymi u podstaw dyrektyw celowościowych. Innymi słowy, racjonalizacja odwołująca się do wiedzy o związkach przyczynowych jest alternatywą — lub przynajmniej można ją traktować jako epistemiczne wzmocnienie argumentacji konkurencyjnej wobec tetyczności (autorytetu władzy) eksponowanej przez normy typu *prescriptions*. Z kolei silnie artykułowany aktywizm, któremu sprzyjać mają standardy typu *rules*, obejmujące także *ideal rules* (a więc między innymi ujmowane materialnie zasady prawa), również może być poddany schematowi, który oferują *directives-technical norms*. O ile zatem normy preskryptywne i reguły są wobec siebie w pewien sposób „konkurencyjne” (nie wykazują pojęciowych podobieństw, brakuje istotnych egzemplifikacji wariantów łączących każdy z tych dwóch typów wiodących), o tyle tym, co integruje każdy z tych odrębnych typów norm, są dyrektywy/normy techniczne. To o tych ostatnich można zatem twierdzić, że dostarczają argumentacji do budowania postawy (postawy instrumentalnej działającego podmiotu) wobec pozostałych standardów, to jest wobec *prescriptions* i *rules*³⁴¹. Nie ma tu mowy o pojęciowej

339 G.H. von Wright, *Norm and Action*, s. 15.

340 *Ibidem*, s. 7, 11.

341 Zdaje się to potwierdzać stanowisko Kazimierza Opalka, który problem pierwszeństwa określa sprawozdawczo jako „w zasadzie kwestię konwencji”. Dodaje jednak od siebie: „nam odpowiada przyjęcie w tym charakterze terminu pierwszego z wymienionych [czyli terminu „dyrektywa” — A.B.]” (K. Opalek, *Z teorii dyrektywy i norm*, Warszawa 1974, s. 133).

redukcji, a jedynie o funkcjonalnej determinacji przez dyrektywy celowościowe (*directives* i *technical norms*) dwóch pozostałych standardów pojęciowej triady proponowanej przez von Wrighta.

Upraszczając nieco istotne dla dalszych rozważań wnioski wpływające z monografii *Norm and Action*, zwrot „instrumentalizacja prawa” możemy scharakteryzować w taki oto sposób: frazę „instrumentalizacja” daje się eksplikować poprzez przyjęte znaczenie terminu *directive* (*technical norm*), natomiast zwrot „prawo” odpowiadał będzie przyjętemu przez von Wrighta rozumieniu *rule* i *prescription*. W tym ostatnim przypadku oznaczać to będzie, że w dalszych rozważaniach zawartych w tym rozdziale przyjmę szersze, „prawnicze rozumienie prawa”, aniżeli miało to miejsce u przywoływanego autora. Von Wright, nieintencjonalnie zapewne, podążając za pierwotną wersją pozytywizmu prawniczego, łączy bowiem dostępną mu kulturę prawną z normami powstającymi z „pozycji władzy lub autorytetu” (*law of the state*), a więc ze standardami typu *prescription*. Współcześnie to ujęcie wydaje się już daleko nieadekwatne wobec tego, co zwykle się uważa za „prawo” w prawniczym rozumieniu, nawet jeśli zawężymy poszukiwane znaczenie terminu „prawo” tylko do kultury pozytywizmu prawniczego³⁴².

Z triady von Wrighta chcę uczynić punkt wyjścia do dalszych rozważań w tym rozdziale. Pozwolę sobie jednak przywołane twierdzenia tego autora nieco terminologicznie zmodyfikować ze względu na ukształtowaną w rodzimej jurysprudencji praktykę posługiwania się pojęciami odpowiadającymi propozycji fińskiego filozofa. I tak termin „norma” (lub „norma imperatywna”) rezerwowany będzie dla wypowiedzi wyrażających nakaz lub zakaz zachowania się. „Regułę” ujmował będę jako nieimperatywną determinantę aktów działania w pewnym układzie konwencjonalnym, co pozwala otworzyć się na jedno z ważniejszych osiągnięć polskiej teorii prawa: teorię czynności konwencjonalnych i jej późniejsze rozwinięcia w postaci koncepcji formalizacji i konwencjonalizacji prawa. Nieobecny u von Wrighta element empirycznego (przykłady) i pojęciowego „integrowania się” norm i reguł może posłużyć za podstawę do krytyki niektórych osiągnięć polskiej teorii prawa, na przykład koncepcji normy kompetencyjnej jako próby pozbawienia reguł — poprzez procedurę redukcji reguł i aktów ich wykonania do pozycji składników struktury norm imperatywnych — ich autonomicznego bytu pojęciowego kosztem norm. Oczywiście poza dyskusją pozostaje funkcjonalny związek między regułami i stosownymi aktami

342 Zob. przypis 317.

ich wykonania oraz skutkami tychże aktów w postaci norm prawnie obowiązujących³⁴³. Podkreślić chcę jednak, że pojęciowa redukcja reguł i aktów ich wykonania do norm nakazu i zakazu nie sprzyja analizie problematyki instrumentalizacji prawa, gdyż w pewien sposób zapoznaje (a przynajmniej przesuwając na dalszy plan) aktywną rolę aktów instrumentalizacji prawa opartych na wypowiedziach mających kształt reguł. W perspektywie interesującej nas problematyki rolę pojęciowego zwornika, zamiast norm nakazu i zakazu, znacznie lepiej mogą odgrywać — jak podpowiada von Wright — *directives* i *technical norms*. Jest to z punktu widzenia niniejszej publikacji ważna podpowiedź. Koresponduje ona bowiem z istotną dla prowadzonych rozważań tezą, a mianowicie, że eksponowany przez dyrektywy element celowości leży u podstaw postawy przyjmowanej przez działający podmiot, schematyzuje taką postawę, a jej zewnętrznym wyrazem są akty (czynności) instrumentalizacji prawa.

6.3. Akty instrumentalizacji: między normą imperatywną a regułą

Na podstawie zaprezentowanego w poprzedniej sekcji pojęciowego rozróżnienia i relacji pomiędzy *prescriptions*, *rules of games* i *directives* (*technical norms*) należy za von Wrightem przyjąć, że normy typu *prescription* („normy imperatywne” lub „normy”) oraz *rules of games* („reguły”) są wobec siebie pojęciowo konkurencyjne. Czynnikiem, który może funkcjonalnie integrować każdy z tych wariantów kształtowania działania, są *directives* — *technical norms* („dyrektywy celowościowe”). Dyrektywy te pozwalają nadawać sens instrumentalny normom i regułom. Wyrażają kierunkowe strategie działania podmiotów normodawczych, zarówno tworzących prawo w tradycyjnym rozumieniu (państwowy prawodawca), jak i aktualizujących prawne obowiązki w procesie stosowania prawa, w tym aktualizujących adaptacyjnie poprzez proces interpretacji dostępnych tekstów aktów prawotwórczych (sądowe i kierownicze stosowanie prawa, czynności podejmowane przez podmioty prywatne

³⁴³ Jak słusznie pisze Z. Ziemiński, „nie można mówić o kompetencji do dokonywania takiego czy innego rodzaju czynności konwencjonalnej doniosłej prawnie bez odwołania się do normy, która [...] wyznaczałaby skutki prawne danej czynności w postaci zaktualizowania, wyznaczenia lub zmodyfikowania obowiązków prawnych jakichś podmiotów” (Z. Ziemiński, *O zawiłościach związanych z pojmowaniem kompetencji*, „Państwo i Prawo” 1991, z. 4, s. 17; zob. też Z. Ziemiński, M. Zieliński, *Dyrektywy i sposób ich wypowiedzania*, Warszawa 1992, s. 47).

i publiczne). Określone dyrektywami strategii normodawcze wyrażają (schematyzują) instrumentalne postawy uczestników obrotu prawnego wobec prawa. Dyrektywy celowościowe, przynajmniej w tradycji *civil law*, nie mają postaci norm prawnych. Mogą natomiast służyć racjonalizacji prawa przez to, że eksponują praktyczny (społeczny) wymiar prawa oraz uzasadniają rozstrzygnięcia podejmowane w procesie stanowienia norm (i reguł) prawnych³⁴⁴, a następnie również ich stosowania, wykładni i wykonywania. W przypadku stanowionych przez państwo norm imperatywnych dyrektywy celowościowe znajdować będziemy w uzasadnieniach do projektów aktów normatywnych, w oficjalnych państwowych i partyjnych programach społecznych i gospodarczych (tak zwanych programach celowych), w których określone są kierunki proponowanych regulacji, często rozszerzane również na odpowiednie dla nich strategie regulacyjne (proponowane prawne środki ich realizacji)³⁴⁵. To właśnie programy celowe uznawane są, jak pisał Lech Morawski, za jedną z najbardziej charakterystycznych cech technologicznej wizji prawa³⁴⁶.

Łatwość eksplikowania prawa stanowionego przez państwowego prawodawcę z powołaniem się na dyrektywy celowościowe (i leżące u ich podstaw programy celowe) pozwala zrozumieć, skąd biorą się opinie uznające za trywialny pogląd, że „każde prawo jest prawem instrumentalnym”³⁴⁷. Jawne deklaracje programowe pochodzące z uzasadnień projektów aktów normatywnych oraz (zazwyczaj) niejawne, ale politycznie nietrudne do zidentyfikowania interesy grupowe albo po prostu partyjne realizowane poprzez prawotwórstwo sprawiają, że pogląd o „każdym prawie” jako „prawie instrumentalnym” istotnie uznać można za trywialny. Można go określić w ten sposób, jeśli przez „prawo” rozumieć będziemy porządek zdominowany przez standardy mające postać norm (norm imperatywnych). Takie zawężające założenie — dopełnione jeszcze bardzo popularnymi w minionych dziesięcioleciach w polskiej nauce prawa teoriami racjonalnego (racjonalnego w sensie instrumentalnym) tworzenia prawa — sprzyjało upowszechnianiu przekonania, że każde prawo jest, jak chciał to widzieć Morawski, „prawem zinstrumentalizowanym”. Przy tak doktrynalnie zbudowanym obrazie prawa za twierdzenie oczywiste uchodziło nie tylko przekonanie, że normodawca zachowuje wyłączną kompetencję do nadawania aktowi

³⁴⁴ Zob. J. Wróblewski, *Uzasadnianie aktu prawodawczego*, „Państwo i Prawo” 1987, z. 1, s. 22 n.

³⁴⁵ N. Luhmann, *Rechtssoziologie*, s. 227.

³⁴⁶ L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa*, s. 45.

³⁴⁷ *Ibidem*, s. 69.

prawnemu odpowiedniego kształtu normatywnego oraz stosownej treści językowej, lecz także przeświadczenie, że również wybór celu działania powinien być przypisywany wyłącznie prawodawcy.

Na skalę wyzwań, przed którymi staje prywatny lub publiczny podmiot podejmujący zinstrumentalizowaną aktywność w warunkach stwarzanych przez normy typu *prescription*, wpływ mieć będzie nie tylko jej imperatywny kształt, lecz także — na co zwracał uwagę sam Morawski — poziom szczegółowości zadysponowanych przez prawodawcę obowiązków. Strategia regulacyjna polegająca na udostępnianiu norm treściowo zdeterminowanych przez państwowe centrum normodawcze może praktycznie niweczyć decyzyjny wybór po stronie adresatów obowiązków, a za sprawą sylogistycznego modelu stosowania prawa — również po stronie podmiotów (organów) stosujących prawo. Stanie się tak wtedy, gdy aktywizm prawodawcy przejawiać się będzie stanowieniem norm detalicznie rozpisujących treść nakładanych obowiązków, a także wtedy, gdy obowiązki prawne adresowane będą do selektywnie dobieranych grup społecznych³⁴⁸. Taka konkretyzacja³⁴⁹ i indywidualizacja norm, mimo że sama przez się nie musi eliminować tak zwanej sytuacji wykładni, to mocno ogranicza możliwości interpretacyjne, a jej skutkiem ubocznym są oportunistyczne postawy wobec prawa przyjmowane przez adresatów obowiązków. Do jeszcze głębiej sięgającego ograniczenia prowadzić będą regulacje nakładające obowiązki ujęte w postaci wymiennie określonych stanów rzeczy, na przykład wskazywanych liczbowo³⁵⁰. Z budowaniem tego rodzaju uwarunkowań, w swej funkcji zbliżonych do Dworkinowskich *policies*, mieć będziemy do czynienia chociażby na gruncie publicznego prawa gospodarczego, prawa finansowego, w tym budżetowego i, po części, również podatkowego. Zarysowany wyżej dość jednowymiarowy obraz prawa możemy — w zgodzie z założeniami właściwymi dla tak zwanej pierwotnej wersji pozytywizmu prawniczego — rozwijać, wskazując na dalsze uwarunkowania, tym razem doktrynalnej proveniencji. Będzie

348 Pojęciem detaliczności i selektywności prawa posługiwał się Morawski. Zob. *ibidem*, s. 47–49; L. Morawski, *Podstawy filozofii prawa*, s. 92.

349 „O konkretyzacji wskazanego w normie zachowania ustalonej osoby X (a niekiedy także o konkretyzacji obowiązku) mówić będziemy wtedy, gdy na miejsce zmiennych występujących w nazwie opisującej zachowanie osoby X [...] wpisane zostaną stałe” (K. Świrydowicz, *W sprawie pojęcia obowiązku*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1981, nr 1, s. 94).

350 Zob. R. Sarkowicz, *Interpretacja liczb w tekście prawnym*, „Państwo i Prawo” 1990, nr 11. Wymiennie wskaźniki zasadniczo eliminują możliwą dowolność rozumienia tekstu, wpływając na istotne uproszczenie w ustalaniu zakresu denotacji wyrażeń języka prawnego. Korzystając ze znamion liczbowych, podważamy bowiem przesłanki leżące u podstaw interpretacji. Zdaniem R. Sarkowicza występowanie znamion liczbowych w tekście nie eliminuje natomiast tak zwanej interpretacji *sensu largo* (*ibidem*, s. 80).

to dominacja ideologii związanej decyzji stosowania prawa czy postulat wykładni odtwórczej.

Adresatom obowiązków tworzonych w takich zewnętrznych uwarunkowaniach prawnych zadysponowane zostają zasadniczo zachowania „nieinstrumentalne”, realizacyjne — w znaczeniu, o którym mowa była wcześniej³⁵¹ — zachowania odbierające, w sensie pragmatycznym, możliwość dokonywania samodzielnych wyborów zorientowanych na potrzeby podmiotu. Działania skutkujące obejściem prawa pozostają w takich okolicznościach często jedynym możliwym sposobem realizacji postawy instrumentalizacji prawa przez podmioty niemające kompetencji normotwórczych. Dotyczy to niepaństwowych, a przede wszystkim prywatnych uczestników życia prawnego. Aktywizm leżący u podstaw instrumentalizacji prawa — jak próbowałem przekonywać o tym wcześniej — jest trwałą predyspozycją obecną w społecznych postawach przyjmowanych wobec prawa. Jednak tak daleko idące zawężanie prawnej przestrzeni działania, do jakiego dochodzi w przywołanych wyżej uwarunkowaniach, prowadzić będzie do trudnego wyboru — wyboru między oportunistycznym po stronie podmiotów usiłującym zachować swoją społeczną aktywność, co skutkować może degeneracją prawa, a poniechaniem jakiegokolwiek aktywności i znalezieniem sobie źródła korzyści w miejscu, którym rządzi postawa posłusznego, konformistycznego wykonywania czynności realizujących pochodzące z zewnątrz wybory. Normatywne rezultaty aktywizmu realizowanego przez imperatywne normy budowały będą warunki sprzyjające podporządkowywaniu publicznemu, a przede wszystkim państwowemu prawodawcy — jego wolności i autonomii, realizowanej kosztem wolności i autonomii pozostałych publicznych i prywatnych uczestników życia prawnego. W takich warunkach nie ma miejsca na pluralistyczny instrumentalizm, o którym — za S. Taekemą — pisałem wcześniej (punkt 4.5). Znajdujemy natomiast uwarunkowania sprzyjające destrukcji normatywności i erozji prawa, wyrastającej jednak z odmiennych źródeł niż te, o których wspominałem wcześniej³⁵².

Bardziej złożony, mniej oficjalny, a przez to trudniejszy do wyartykułowania (nietrywialny) charakter mają dyrektywy celowościowe uzasadniające decyzje podejmowane na podstawie reguł. Jeśli nie są one częścią prawa stanowionego lub produktami doktryny prawniczej (na przykład wskazujące cele-wartości konstytucyjne zasady ustrojowe, zasady procedury prawodawczej i procedury stosowania prawa), to ich

351 Zob. punkt 3.3.

352 Zob. punkt 5.4.

zrekonstruowanie, szczególnie w obszarze prawa prywatnego (na przykład prawa umów), wymagać będzie wyjścia poza zwykłe standardy analizy prawniczej. Pomocne w takich sytuacjach okazują się ogólne teorie badające psychospołeczne postawy czy racjonalizacje ludzkich zachowań wobec prawa, w tym prezentowana wcześniej koncepcja pragmatycznego instrumentalizmu Deweya. Inną, bardziej socjologizującą perspektywą charakterystyki interesującej nas problematyki, wpisującą się z kolei w koncept instrumentalnego pluralizmu, może być odwołujący się do założeń autopojetycznej wizji prawa postulat autonomii podsystemów społecznych: takiego ich zorganizowaniu, aby mogły „sterować same sobą”. Doktrynalno-prawną konsekwencją realizacji takiego kierunku ustrojowej rekonstrukcji byłoby odchodzenie od państwowego sterowania poprzez regulacje materialnoprawne narzucające adresatom norm „określone cele w drodze określonych zakazów i nakazów” na rzecz sterowania proceduralnego (struktury organizacyjne, środki finansowe, kompetencje)³⁵³, zakładające przynajmniej względną multicentryczność prawnego porządku organizacyjnego. Takiej argumentacji nie będę jednak rozwijał ze względu na jej socjologiczne i teorioorganizacyjne uwikłania, do których niniejsza rozprawa nie aspiruje. Wróćmy zatem do przywoływanych wcześniej pragmatyzujących — odwołujących się do sytuacji działania — konstrukcji pojęciowych z dziedziny analitycznej teorii prawa.

Podmiot prawny podejmujący decyzję w warunkach kształtowanych przez standardy określane jako *rules* dysponował będzie możliwością decydowania o tym, czy podjąć określone działanie czy też go nie podejmować (przystąpić lub nie przystąpić do wykonania dostępnej mu reguły). Również w jego gestii pozostanie wybór nadający podejmowanej czynności określoną treść odpowiadającą powziętym zamiarom, co sprawać będzie, że intencjonalny sens — cel działania podmiotu — uzyska walor racjonalizacji (uzasadnienia) wykonywanej czynności. Dzięki temu dyrektywa celowościowa wyznaczająca strategiczny kierunek działania podmiotu — choć sama w sobie nie będzie miała atrybutu prawnego obowiązywania — pozwoli jednak przypisać stosowną treść (sens) działaniu podjętemu na podstawie reguły. Podmiot działający „za pomocą słów” i innych znaków semiotycznych będzie mógł dowolne zachowanie, które jest prawidłowym wykonaniem odpowiedniej reguły, oprzeć na wybranej przez siebie strategii celowego działania odpowiadającej schematowi wyrażanemu przez dyrektywy celowościowe (*technical norms*). Możliwość wyboru korzystnego dla siebie celu

353 Zob. L. Morawski, *Podstawy filozofii prawa*, s. 75 n.

działania oraz podporządkowany przez podmiot prawny temuż celowi wybór odpowiedniej reguły działania, a następnie wykonanie opartego na regule działania to zasadnicze wymiary prawnie reglamentowanej wolności działania, eksponującej zarazem instrumentalizację prawa w warunkach pluralistycznej demokracji³⁵⁴.

Wybór celu działania ograniczany jest dwiema barierami: po pierwsze zasobem środków prawnych, które pozostają w dyspozycji działającego podmiotu, a więc odpowiednim zbiorem dostępnych reguł dokonywania prawnie doniosłych aktów normodawczych (aktów tworzenia i stosowania prawa). Reguły te wyznaczają działającemu podmiotowi uwarunkowania aktów instrumentalizacji prawa, decydujące o ocenie legalności bądź nielegalności (ważności–nieważności, poprawności–wadliwości) podjętego działania. Ocena ta może mieć charakter oceny wyłącznie prawnej, jeśli konsekwentnie przyjmiemy, że reguły dokonywania doniosłych prawnie działań, którymi dysponuje działający podmiot, są rekonstruowane na bazie wypowiedzi pochodzących z tekstów aktów normatywnych. Po drugie wybór celu kształtowany będzie również przez standardy mające postać zasad prawa, wyrażające tak zwane wewnętrzne wartości prawa. Zasady te wspierać lub osłabiać będą argumentacyjną siłę uzasadnienia decyzji o wyborze przyjętego kierunku — celu działania. Wyznaczanemu przez zasady kierunkowi działania podporządkowane być powinny również stosowne akty wykonywania reguł. To od nich bowiem uzależniona jest akceptacja zamierzonych skutków prawnych podejmowanego działania.

Doniosła prawnie czynność konwencjonalna — jeśli posłużyć się językiem narracji ukształtowanym w rodzimej teorii prawa — może być uznana za skuteczną (ważną) prawnie ze względu na odpowiednią regułę jej dokonywania, a nadto może zyskać argumentacyjne oparcie w odpowiedniej zasadzie prawa — prawnym odpowiedniku von Wrighta *ideal rules* — bądź też z wzorcem takim popaść w konflikt. I choć tego typu wzorce idealne „bardziej dotyczą bycia niż działania” (cech człowieka, właściwości stanów rzeczy), to jednak — przypomnijmy myśl von Wrighta — w przypadku zarówno ludzi, jak i rzeczy cechy takie „dają się sprowadzić do *norm działania*”, które to działanie w warunkach pluralistycznego społeczeństwa można najdogodniej realizować z pomocą standardów typu *rule*, a w warunkach społeczeństwa

³⁵⁴ Porządek prawny oparty na standardach typu *rules* sprzyjał będzie kształtowaniu demokracji partycypacyjnej. Sięgając do terminologii J. Habermasa, możemy stwierdzić, że odpowiada on „światowi życia”. Z kolei porządek kształtowany przez *prescriptions* wpisuje się w prawo w wariant demokracji przedstawicielskiej i idei prawa kształtującej „świat systemów” — do kwestii tych powróć jeszcze w punkcie 7.1.

monocentrycznego — poprzez czynienie użytku z norm charakteryzowanych jako *prescription*. Dążenie bowiem do takiego czy innego ideału, z takiej lub innej perspektywy realizowanego, jest, jak pisał von Wright, „podobne [...] do zabiegów zmierzających do osiągnięcia celu”. Dla niepozytywistycznie zorientowanego sędziego określona czynność konwencjonalna wykonana w zgodzie z regułą może również spotkać się z aprobatą lub dezaprobatą ze względu na zewnętrzną ocenę aksjologiczną opartą na normach moralnego postępowania (*moral principles*), prowadząc w przypadku dezaprobaty do znanego z polskiej literatury twierdzenia o instrumentalizacji jako formie sterowania „niedopuszczalnej z moralnego punktu widzenia” (Morawski).

Standardy mające postać reguł zakładają dyspozytywny charakter procesu kształtowania przez podmioty prawne treści uprawnień i obowiązków, umocowują określone podmioty do podejmowania konwencjonalnego, w tym prawnie doniosłego działania, określają wymagany sposób (formę) działania oraz dziedzinę, w której działania takie uznawane będą za prawnie skuteczne³⁵⁵. Kierowane są do podmiotów (lub przeznaczony do ich użytku), które wedle własnego uznania czynić będą z nich relatywnie (z uwzględnieniem systemowego charakteru prawa) dowolny co do treści (językowego rezultatu) użytek, o ile oczywiście spełniony będzie wymóg personalnej, proceduralnej i zakresowej kompetencji w ich stanowieniu. Wypowiedzi o kształcie reguł otwierają będą przestrzeń dla podejmowania dyspozytywnych aktów wykonywania określonej reguły — aktów poprzedzonych wyborem zamierzonego rezultatu (celu); wyznaczać będą limitowaną tylko formalnym zakresem zastosowania określoną regułą wolność działania publicznych i prywatnych uczestników obrotu prawnego. Reguły i oparte na nich akty konwencjonalne dostarczają argumentów zarówno na rzecz autonomii podmiotu podejmującego działanie na podstawie reguły (są wyrazem wyboru realizującego jego cele i potrzeby), jak i na rzecz instrumentalizacji prawa (podjęte działanie zorientowane jest na normodawczy skutek, którego wykonanie sprzyjać ma zamierzonym celom i potrzebom). Opartą na regułach aktywność podmiotów prawnych uznać można za wyraz proceduralizacji³⁵⁶ oraz konwencjonalizacji prawa.

³⁵⁵ Zob. A. Ross, *Directives and Norms*, London 1968. Przywołane wyżej trzy elementy odpowiadają *personal competence*, *procedural competence* oraz *substantial competence* (*ibidem*, s. 131).

³⁵⁶ Proceduralizacja polega na tym, że „prawo stara się przyczynić do realizacji pożądaných stanów rzeczy przede wszystkim w ten sposób, iż tworzy właściwe struktury organizacyjne, normy kompetencyjne, procedury podejmowania decyzji i rozstrzygania konfliktów zamiast narzucać określone cele i środki działania za pomocą materialno-prawnych nakazów i zakazów” (L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa*, s. 90).

6.4. Reguła działania w teorii czynności konwencjonalnych

W obszarze analitycznej teorii prawa pomocnych podpowiedzi dla charakterystyki sytuacji normatywnych, w które uwikłane są akty instrumentalizacji prawa, dostarcza nam ujęcie reguł działania wyłaniające się z teorii czynności konwencjonalnych. Teoria ta ma dodatkowy walor: dzięki swej uniwersalności³⁵⁷ pozwala wyjść poza perspektywę państwowego prawodawcy i objąć dziedziną analizy aktywność innych uczestników życia prawnego, również podmioty prywatne. Uniwersalizm koncepcji czynności konwencjonalnych wychodzi zatem naprzeciw przywoływanej wcześniej propozycji pluralistycznej instrumentalizacji prawa, a tym samym pozwala wpisać akty instrumentalizacji w kontekst demokratycznej organizacji życia społecznego. Oczywiście perspektywa takiego multicentrycznego aktywizmu z udziałem reguł dokonywania czynności konwencjonalnych nie powinna usuwać z badawczego pola widzenia aktywności samego prawodawcy. Prawne wytwory aktywności tego ostatniego pozostają przecież zasadniczym czynnikiem regulującym zachowania społeczne. Z jednej bowiem strony akty prawodawcze same są wyrazem konwencjonalnych działań opartych na odpowiednich regułach (ustrojowych regułach kompetencji prawodawczej, regułach procedury tworzenia prawa, regułach przypisywania określonych konsekwencji), a w ich granicach stosowne działania wykonawcze prawodawcy są emanacją jego decyzyjnej swobody. Z drugiej strony normatywne wytwory działań państwowego prawodawcy determinują przestrzeń wolności pozostałych publicznych i prywatnych podmiotów podejmujących akty instrumentalizacji prawa. Jeśli wytwory te mieć będą postać reguł, o których mowa w teorii czynności konwencjonalnych, wskazujących warunki poprawności (ważności) wykonywania określonego typu aktów konwencjonalnych, to reguły takie bliskie będą regułom „gier” (gier strategicznych).

Podobnie jak to ma miejsce w prawie, wyposażają one uczestników gry w stosowne kompetencje podmiotowe, przyoblekają podejmowane działania w stosowne formy i funkcjonalnie dają się wiązać w ciągi działań zbliżonych do tych, które regulowane są przez procedury prawne. Wreszcie korespondują z istotnym dla teorii czynności konwencjonalnych ujęciem doniosłości reguły jako „terminologicznego ustanowienia”: nadania, a następnie rozumienie sensu (celu) określonej czynności konwencjonalnej. Jednak — co szczególnie istotne dla

³⁵⁷ Zob. L. Nowak *et al.*, *Czynności konwencjonalne w prawie*, „Studia Prawnicze” 1972, nr 33, s. 99.

naszych rozważań — autorzy koncepcji czynności konwencjonalnych dopuszczają również tak zwane pośrednie ujęcie reguły „w postaci słownego sformułowania swoistego rodzaju dyrektywy technicznej” lub „dyrektywy celowościowej”³⁵⁸. Stanowisko takie zdaje się w pełni potwierdzać następującą myśl, którą wcześniej przywołałem za von Wrightem: „czynnikiem, który może funkcjonalnie integrować” każdy z pozostałych standardów kształtowania działania (normy imperatywne, reguły), są *directives — technical norms*. Dyrektywy te pozwalają bowiem nadawać sens instrumentalny zarówno normom, jak i regułom.

W prawniczej teorii czynności konwencjonalnych reguły rządzące tym szczególnego rodzaju działaniem pierwotnie określano jako „reguły sensu”, a w późniejszym czasie przyjęło się nazywanie ich „regułami dokonywania” czynności konwencjonalnych³⁵⁹. Te nazewnictwo różnice nie zmieniają jednak tego, że w obu ujęciach mieliśmy do czynienia z uwikłaniem twierdzeń dotyczących tychże reguł w przyjmowaną konstrukcję (koncepcję) normy. Miało to miejsce zarówno wtedy, gdy padało stwierdzenie, że reguły sensu należy rozumieć jako „nakaz rozumienia” podejmowanych czynności konwencjonalnych — a ów wyznaczający rozumienie sens pojmowany był jako cel przypisywany działającemu podmiotowi³⁶⁰ — jak i w sytuacji, gdy reguły sytuowane były jako element współwyznaczający kompetencję prawną określonych podmiotów do dokonywania czynności konwencjonalnych³⁶¹. W tym ostatnim przypadku reguły czynności konwencjonalnych oraz akty ich wykonywania wpisane zostały w przyjmowaną konstrukcję normy — tak zwanej normy kompetencyjnej. Oba te ujęcia pokazują, że reguły mają być niesamodzielny, albo są traktowane jako składnik zakresu normowania określonej normy imperatywnej (określony regułą sens/cel staje się przedmiotem nakazu rozumienia podjętej czynności), albo też są takimi zwrotami językowymi, których funkcja jest w stanie się ujawnić poprzez powiązanie reguł ze strukturą norm imperatywnych (reguła i jej wykonanie lokowane jako

358 Zob. M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Uzasadnianie twierdzeń, ocen i norm w prawnoznawstwie*, Warszawa 1988, s. 62; Z. Ziemiński, M. Zieliński, *Dyrektywy i sposób ich wypowiedzania*, s. 52, 62.

359 Koncepcję tych reguł znajdujemy w cytowanym już wyżej artykule: L. Nowak *et al.*, *Czynności konwencjonalne w prawie*; podstawowe idee tej koncepcji wcześniej sformułowane zostały w tekście: L. Nowak, *Performatywy a język prawny i etyczny*, „Etyka” 3, 1968, s. 147 n. Do tej swojej teorii autorzy powracali w wielu późniejszych pracach. Ważnym wkładem dla jej przyszłych rozwinięć była monografia S. Czepity, *Reguły konstytutywne a zagadnienia prawnoznawstwa*, s. 116–131.

360 Sensem czynności racjonalnej jest stan rzeczy maksymalnie preferowany przez podmiot podejmujący działanie. „Sens zatem to — z grubsza — cel osoby postępującej racjonalnie, cel wiązany z dokonaniem tej czynności samej przez się” (L. Nowak *et al.*, *Czynności konwencjonalne w prawie*, s. 76).

361 Z. Ziemiński, M. Zieliński, *Dyrektywy i sposób ich wypowiedzania*, s. 46–47, 99.

składnik zakresu zastosowania normy kompetencyjnej). W każdym z tych przypadków reguła określająca czynności konwencjonalne jest czymś, co jest normą lub do norm daje się sprowadzić³⁶².

Pojęcie normy jest zatem pojęciem pierwotnym, czymś, co narzuca teoretyczną konstrukcję i prawniczą funkcję regułom. Fakt, że reguły sensu i reguły dokonywania czynności konwencjonalnych za przedmiot mają odmienny typ zachowania niż w przypadku „zwykłych” norm prawnych (funkcja komunikacyjna, zachowania symboliczne *vs* proste zachowania psychofizyczne), nie miał tu decydującego znaczenia. Zachowanie określone przez regułę sytuowane jest jako czynność zrelatywizowana ze względu na potrzebę określenia obowiązku prawnego, jakim finalnie jest jakiś nakaz/zakaz wykonania określonego zachowania psychofizycznego³⁶³. Tego rodzaju redukcja dyspozytywnych reguł do norm imperatywnych utrudnia pragmatyczną analizę reguł, przenosi na drugi plan komunikacyjną funkcję prawa kosztem funkcji instrumentalnej — prawa jako narzędzia władczego oddziaływania przez państwo na zachowania społeczne. Zachowanie pojęciowej odrębności preskryptywnych norm oraz dyspozytywnych reguł jest niezbędne, jeżeli chcemy postrzegać reguły nie tylko przez pryzmat państwowych norm określających obowiązki prawne, lecz także jako prawne (określone prawem stanowionym, wypracowane przez doktrynę, ukształtowane kulturowo) standardy określające ramy („granice”) społecznej „gry” z użyciem prawa. Tego rodzaju pojęciowa autonomia oznaczać będzie odsłonięcie symbolicznego wymiaru prawa, ujęcie reguły jako standardu budującego kompetencje komunikacyjne działającego podmiotu, a zarazem otwierającego drogę do jego aktywności celowo-racjonalnej.

W opracowaniach podejmujących problematykę prawnych czynności konwencjonalnych nie przykładą się większej wagi do różnic między sytuacjami dokonywania czynności konwencjonalnych i sytuacją ich rozpoznawania. Wyrazem tego jest brak konsekwencji, gdy chodzi o używanie terminów „reguła sensu”, „reguła dokonywania” czy wreszcie „reguła konstruująca czynności konwencjonalne”³⁶⁴. Bierze się to, jak można sądzić, stąd, że każda z tych odmiennych perspektyw podporządkowana zostaje identycznej w swym kształcie regule, a przez to — gdy

³⁶² S. Czepita, *Reguły konstytucyjne a zagadnienia prawoznawstwa*, s. 130.

³⁶³ Dokonanie „w sposób *S* czynności *C* jako czynności konwencjonalnej *Ck*” stanowi warunek powstania lub aktualizacji obowiązku zachowywania się „w sposób *Cm*” przez określony podmiot *B*, przy czym *Cm* symbolizuje tu zachowanie proste (psychofizyczne). Zob. Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, s. 169.

³⁶⁴ Tak ocenia to S. Czepita (*Reguły konstytucyjne a zagadnienia prawoznawstwa*, s. 123–124). Czepita wskazuje na współautorskie prace M. Zielińskiego i Z. Ziemińskiego: *Uzasadnianie twierdzeń, ocen i norm w prawoznawstwie*, s. 61 oraz *Dyrektywy i sposób ich wypowiedziania*, s. 46.

skupiamy uwagę na analizie samej reguły — odrębność tych perspektyw i powstających kontekstów użycia reguły staje się sprawą drugorzędną. Tymczasem z perspektywy pragmatycznej (pragmalingwistycznej) łatwo dostrzec, że niemal zawsze aktowi dokonania czynności konwencjonalnej towarzyszy inny kontekst sytuacyjny niż aktowi jej rozpoznawania, choćby ze względu na upływ czasu, odrębność podmiotów i celów, którymi się kierują. Konteksty te bywają radykalnie odmienne, gdy na przykład rozpatrujemy akt stanowienia normy jako czynność prawodawcy, a następnie, z pozycji adresata tej czynności lub innej osoby, do której norma jest skierowana, próbujemy takiemu aktowi nadać określony sens konwencjonalny. Różnice mogą mieć łagodniejszy wyraz w przypadku aktów tego samego typu, na przykład aktów aktualizujących obowiązki (kontekst towarzyszący podpisywaniu, wykonywaniu umowy oraz rozpoznawaniu przez sąd). Jednak zawsze — czy niemal zawsze — pomiędzy aktem podmiotu dokonującego czynności i aktywnością podmiotu rozpoznającego skierowaną do niego czynność pojawi się odmienność celów kierujących postawami każdego z nich. Konflikt interesów powoduje naturalną — szczególnie widoczną w stosunkach cywilnoprawnych — predyspozycję do przypisywania przez strony sporu odmiennego sensu dokonanym czynnościom konwencjonalnym. Zatem pomimo tożsamości samej reguły spełniana przez nią funkcja, postrzegana przez pryzmat kontekstu działania i rozumienia, może okazać się zasadniczo odmienna. Reguła tworzy swoistą oś symetrii, która ukazuje przekładalność perspektyw dokonywania i rozpoznawania czynności i zarazem oddziela różne konteksty towarzyszące obu tym czynnościom. Te odmienne perspektywy spaja pojęcie celu. Strategiczny schemat rozumowania jest taki sam. Rzecz w tym jednak, że cele te, gdy zostają zrelatywizowane do określonych podmiotów, zwykle okazują się celami rozbieżnymi.

Jak zauważają autorzy koncepcji czynności konwencjonalnych reguła może być przekształcana w dyrektywę celowościową „wskazującą, co należy czynić, aby (na gruncie przyjmowanych reguł sensu) dokonać określonej czynności konwencjonalnej”³⁶⁵. Z kolei konwencjonalne zachowania językowe podporządkowane są pewnym rezultatom faktycznym³⁶⁶. Każdy prawodawca czy każda strona umowy poprzez podejmowane akty zamierza osiągnąć pewne społeczne lub indywidualne rezultaty. Podmiot dokonujący czynności lub ją rozpoznający wiązać z nią będzie taki sens, który prowadzić go będzie do takiego ustanowienia bądź zaktualizowania własnego lub cudzego obowiązku, które

365 L. Nowak *et al.*, *Czynności konwencjonalne w prawie*, s. 88.

366 *Ibidem*, s. 89.

pozwole mu wywieść optymalną dla siebie korzyść bądź pomniejszyć dolegliwość. Procedura wyjaśniania aktów dokonywania czynności konwencjonalnych oraz wyjaśniania uwarunkowań mających wpływ na ich rozpoznawanie wymaga zatem odwoływania się do racjonalności instrumentalnej. Przypomnijmy, że prawnicza koncepcja tak zwanych reguł sensu czynności konwencjonalnych odwoływała się do założeń teoriopoznawczych interpretacji humanistycznej i leżącego u jej podstaw instrumentalnego wariantu pojmowania racjonalności³⁶⁷. Taki wariant racjonalności pozwala zrozumieć racje, dla których reguły w rozważaniach autorów omawianej koncepcji pojęciowo zredukowane zostały do norm. To właśnie norma prawna jest tym rezultatem, do którego prowadzić mają akty dokonywania i rozpoznawania doniosłych prawnie czynności konwencjonalnych, a wyjaśnianie, na czym polega sens prawnych czynności konwencjonalnych, jest możliwe tylko o tyle, o ile wcześniej ustalimy znaczenie terminu „norma prawna”. Stanowisko takie koresponduje z przyjęciem zewnętrznego punktu widzenia w badaniach nad problematyką czynności konwencjonalnych, z podporządkowaniem ich potrzebie wyjaśniania dokonanych czynności — zgodnie z metodologicznymi założeniami interpretacji humanistycznej. Przyjęcie perspektywy właściwej dla podejścia pragmatycznego, powiązanej z punktem widzenia działającego podmiotu, prowadzić będzie do odwrócenia tej relacji. Norma mająca walor prawnego obowiązywania powinna być sytuowana jako szczególnego rodzaju wytwór procesu stosowania reguł dokonywania — rozpoznawania czynności konwencjonalnych. Innymi słowy, powinniśmy przyjąć, że to reguły kreują w sensie pojęciowym i funkcjonalnym normy, a nie odwrotnie³⁶⁸, a w ślad za tym, że to racjonalność komunikacyjna pragmatycznie „wyprzedza” powinna racjonalność instrumentalną.

Przekonaniem, którym powinien kierować się racjonalny komunikacyjnie podmiot dokonujący czynności konwencjonalnej, jest dysponowanie wspólnie z adresatem (a przynajmniej porównywalnej) wiedzą o treści dostępnych reguł i normodawczych skutkach ich wykonania. Urealnieniu tego założenia służyć może znana doktrynie prawniczej dyrektywa interpretacyjna odwołująca się do języka naturalnego, sprzyjająca konwersacyjnemu stylowi uprawiania wykładni tekstów prawnych. Sięgając do terminologii Habermasa, można stwierdzić, że adresat czynności konwencjonalnej ma tytuł do tego, aby wysuwać

³⁶⁷ *Ibidem*, s. 76.

³⁶⁸ Teza ta znajduje rozwinięcie między innymi w pracy M. Matczaka, *Kompetencja organu administracji publiczno-prawnej. Studium z teorii prawa*, Kraków 2004.

wobec podmiotu czynności „roszczenie zrozumiałości” formułowanej wypowiedzi, a w interesie tego drugiego jako inicjującego komunikację leży nie tylko to, żeby być zrozumianym przez adresata, lecz także to, aby adresat rozpoznał kierowaną do niego czynność konwencjonalną jako ważnie dokonaną czynność określonego rodzaju i uznał ją w odniesieniu do siebie za pragmatycznie skuteczną. Tylko przy spełnieniu takiego warunku działania podmiotu czynności mogą być uznane (rozpoznane) jako prawnie doniosłe (skuteczne) również w sensie instrumentalnym — a to ze względu na konsekwencyjny charakter prawnych reguł dokonywania czynności konwencjonalnych³⁶⁹.

Podmiot usiłujący zidentyfikować czynność konwencjonalną nie rozpoznaje jej nigdy „jako takiej”, ale zawsze jako czynność określonego rodzaju, a to ze względu na skutki prawne, jakie wynikają z takiego normatywnego przyporządkowania. Nie jest on biernym odbiorcą komunikatów, a jego postawą nie steruje wyłącznie chęć poznania tego, jakie przekonania leżały u podstaw działania podmiotu dokonującego czynności oraz jakie cele nim kierowały. Podmiot rozpoznający czynność jest również podmiotem uczestniczącym w działaniu, gdyż identyfikacja skierowanego do niego aktu rodzi po jego stronie obowiązek określonego w normie zachowania, który powstaje (aktualizuje się) w następstwie skutecznego dokonania czynności. Istotne jest więc to, czy potrafi on rozpoznać akt jako ważnie dokonaną czynność, a w konsekwencji — czy skłonny będzie wziąć na siebie obowiązki powstające w następstwie jej dokonania. Wiedza o regułach, w myśl których łączymy określony sens z dokonaniem czynności określonego rodzaju, warunkuje akceptację powstających (zaktualizowanych) obowiązków. Wiele sporów prawnych swoje źródło znajduje w tym, że adresaci czynności konwencjonalnych nie wiedzą, nie mają pewności albo intencjonalnie podważają treść obowiązków, które powstają w wyniku dokonania tych czynności.

Prawnicza koncepcja czynności konwencjonalnych — w sposób właściwy dla klimatu czasów, w których powstawała (przełom lat sześćdziesiątych i siedemdziesiątych), poprzedzających przełom w naukach społecznych dokonany za sprawą teorii działań komunikacyjnych Habermasa — z terminem „sens” łączyła cel podmiotu wykonującego czynność. Doprowadziło to do zdominowania myślenia o czynnościach konwencjonalnych w prawie przez racjonalność ujmowaną instrumentalnie. Wydaje się, że w wyjściu z takiego uwikłania teorii czynności konwencjonalnych może pomóc zastąpienie słowa „sens” bardziej uniwersalnym pojęciem znaczenia. Spośród wielu możliwych sposobów

³⁶⁹ Zob. S. Czepita, *Reguły konstytutywne a zagadnienia prawoznawstwa*, s. 148.

posługiwania się tym pojęciem wyodrębnijmy za K. Ajdukiewiczem³⁷⁰ dwa, które z punktu widzenia problematyki czynności konwencjonalnych uznać można za przydatne dla zrównoważenia dysproporcji, w jaką popadła teoria tych czynności, w szczególności w jej pierwotnym kształcie. Pierwszy z nich to tradycyjny sposób użycia związany z komunikacyjną funkcją aktów mowy. Drugi to nieco szczególny wariant pojmowania znaczenia, uznawany zazwyczaj za wykraczający poza obszar samego języka. Mam tu na uwadze znaczenie pojmowane jako odpowiednik „doniosłości”, „wagi” czy „zdolności do wywierania wpływu”³⁷¹.

Pierwszy sposób użycia jest niewątpliwie podstawowy³⁷² i służy na gruncie logiki i metodologii nauk jako podstawa dla budowania różnych teorii znaczenia. Nie ma tu potrzeby referowania tej rozległej i zawilej problematyki. Na nasz użytek wystarczy, że przyjmując za Ajdukiewiczem pragmatyczny punkt widzenia, zwrócimy uwagę nie tyle na samą teorię znaczenia, ile na przypisywaną jej funkcję. „Znaczenie przysługujące wyrażeniu ustala przyporządkowanie między tym wyrażeniem a myślami określonego rodzaju”³⁷³. Dlatego też o użytkownikach języka powiemy, że posługują się jakimś jego wyrażeniem w tym samym znaczeniu (*sensie*), jeżeli są zmuszeni „za każdym razem łączyć z tym wyrażeniem myśli należące do rodzaju jednoznacznie przez znaczenie tego wyrażenia określonego”³⁷⁴. Adresatami dyrektyw znaczeniowych są użytkownicy języka, a akceptacja dyrektywy znaczeniowej decyduje o przynależności określonej osoby do kategorii osób mówiących danym językiem. Język postrzegany jest jako środek komunikowania się, zaś jednolitość znaczeń przypisywanych aktom mowy dokonywanym przez użytkowników danego języka wymuszana jest przez dyrektywy, które takiej właśnie funkcji komunikacyjnej mają służyć³⁷⁵.

Sytuując w takiej perspektywie znaczeniowej pytanie o to, co należy rozumieć przez „sens czynności konwencjonalnej”, powinniśmy odpowiedzieć, że jest nim pewne wspólne, jednolite znaczenie (myśli tego samego rodzaju) łączone z użyciem określonych wyrażen czy, szerzej, związane z wykonaniem określonych czynności nastawionych na

³⁷⁰ Terminem „sens” rozumianym jako znaczenie wyrażenia posługiwał się K. Ajdukiewicz (*O znaczeniu wyrażen*, [w:] K. Ajdukiewicz, *Język i poznanie*, t. 1, Warszawa 1985, s. 104).

³⁷¹ *Ibidem*, s. 102.

³⁷² K. Ajdukiewicz nazywa go znaczeniem „w sensie ciaśniejszym” (*ibidem*, s. 104).

³⁷³ K. Ajdukiewicz, *Język i znaczenie*, [w:] K. Ajdukiewicz, *Język i poznanie*, t. 1, Warszawa 1985, s. 150.

³⁷⁴ *Ibidem*.

³⁷⁵ Por. K. Ajdukiewicz, *Logika pragmatyczna*, Warszawa 1975, s. 24–26.

interpretację przez podmioty uczestniczące w akcie dokonywania i/ lub rozpoznawania czynności konwencjonalnych³⁷⁶. Sens pojmowany jako wiązanie określonych aktów mowy czy znaków semiotycznych z określonymi znaczeniami tego samego rodzaju służy w pierwszej kolejności komunikacji, stanowiąc warunek udanego porozumienia się jej uczestników. Umiejętność nadawania przez prawników podobnego sensu czynnościom konwencjonalnym pozwala im porozumiewać się, ale także, z drugiej strony, stanowi w jakiejś mierze o przynależności osób posiadających tę umiejętność do prawniczej grupy zawodowej.

Używając takich określeń, jak „zachowanie” lub „czynność znacząca”, możemy jednak mieć niekiedy na uwadze coś innego, a mianowicie to, że dokonywanie jakiegoś aktu jest „doniosłe” lub „zdolne do wywierania wpływu”, gdyż niesie za sobą określone konsekwencje uznawane za relewantne ze względu na pewien konwencjonalny układ. W przypadku prawnych czynności konwencjonalnych taką doniosłą konsekwencją będzie oczywiście akt ustanowienia normy nakładającej określony obowiązek lub czynność aktualizująca obowiązek zawarty w normie³⁷⁷. Jeżeli natomiast jako układ konwencjonalny ujmujemy same reguły języka prawniczego, to o czynności językowej powiemy, że jest „doniosła”, gdy jest zorientowana na pewien prawniczy wytwór językowy, jakim jest wypowiedź posiadająca kształt normy. W pierwszym przypadku będzie to „doniosłość prawna” (wykonanie kompetencji prawnej), w drugim — „doniosłość prawnicza” (wykonanie prawniczej kompetencji językowej), pozwalająca rozpoznawać dany akt językowy jako składnik swoistego dla prawników socjolektu. Zarówno podmiot dokonujący czynności, jak i jej adresat muszą być zdolni do tego, aby przypisywać jej jednakowe lub podobne znaczenie („doniosłość” prawną i prawnicza). Możliwa w praktyce dowolność w ocenie tych skutków, a także niepewność, gdy chodzi o skłonność uczestników do przyjęcia konsekwencji wynikających z dokonanych aktów, usuwane są przez istnienie reguł wiążących z wykonaniem pewnego typu czynności określony z góry rezultat.

376 Mamy tu do czynienia z pragmatyczną charakterystyką tego, co na gruncie teorii interpretacji określa się jako „monizm interpretacyjny”. Z filozoficznego punktu widzenia kwestia ta stanowi przedmiot dość pryncypialnego sporu (zob. na przykład H.G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, Tübingen 1960, s. 173, 250), gdy jednak chodzi o wykładnię prawa, tego rodzaju jednolitość znaczeń przypisywanych tekstowi uznawana jest za całkowicie uzasadnioną. Zob. R. Sarkowicz, *W poszukiwaniu znaczenia tekstu*, [w:] *Prawo i prawoznawstwo wobec zmian społecznych*, red. H. Rot, Wrocław 1990, s. 150–154; A. Kozak, *Pojmowanie prawa w teorii wykładni*, Wrocław 1997 (punkt 6.1).

377 L. Nowak *et al.*, *Czynności konwencjonalne w prawie*, s. 92.

Reguły sensu prawnych czynności konwencjonalnych, u których podstaw leży pojmowanie sensu jako znaczenia — w ściślejszym ujęciu, pierwszym z wyróżnionych wyżej — są punktem wyjścia do konstruowania dyrektyw interpretacyjnych tekstu prawnego, wpisując się w taki wariant pojmowania interpretacji tekstu, w którym przez wykładnię prawa rozumie się czynność przypisywania znaczenia zwrotom języka prawnego. Z kolei reguły sensu pojmowane w ramach drugiego z wyróżnionych ujęć („doniosłość”, „zdolność wywierania wpływu” na powstający lub aktualizowany obowiązek) odpowiadać będą takiemu rozumieniu wykładni prawa, w którym chodzi o umiejętność przypisywania poszczególnym zwrotom języka prawnego cech norm prawnych — jako wypowiedziom jednoznacznie wyrażającym nakaz/zakaz zachowania się określonego podmiotu w określonej sytuacji³⁷⁸. Nadawanie przez użytkowników języka prawnego jednolitego sensu czynnościom konwencjonalnym ze względu na ich „doniosłość” oznaczać zatem będzie próbę dla określonego katalogu reguł mających za przedmiot czynności polegające na konstruowaniu lub rekonstruowaniu normy. Zakres tych czynności, a w konsekwencji treści odpowiadających im reguł uzależnione są od tego, jak zdefiniujemy pojęcie normy prawnej.

Z poczynionych wyżej uwag wynika, że każda reguła, której przedmiotem jest czynność konwencjonalna, ma aspekt komunikacyjny i instrumentalny. Pierwszy eksponuje potrzebę działania symboliczno-językowego podejmowanego przez społecznych aktorów, posiadających stosowną, dostarczaną przez prawników, profesjonalną wiedzę o sposobach skutecznego porozumiewania się z użyciem języka prawnego. Poprawne wykonanie reguły przez działający podmiot pozwala adresatowi komunikatu, dzięki znajomości tej samej reguły, rozpoznać skierowany do niego komunikat jako wypowiedź niosącą za sobą konsekwencje prawne i zająć zwrotnie własne stanowisko, oparte na takiej samej w swym formalnym kształcie regule działania/rozumienia. Zwrotność ta sprawia, że uczestnicy rozumieją się wzajemnie, wiedzą, jak należy poprawnie dokonywać prawnojęzykowych czynności konwencjonalnych,

378 W terminologii J. Wróblewskiego pierwszy wariant nazywany jest „wersją ogólną” derywacyjnej koncepcji wykładni prawa, zaś wariant drugi — „wersją szczególną” (J. Wróblewski, *Contemporary Models of the Legal Sciences*, Wrocław 1989; zob. też J. Wróblewski, *Rozumienie prawa i jego wykładnia*, Wrocław 1990, s. 55 n.). Rozróżnienie to ujmowane jest też w innych terminach, a mianowicie jako rozróżnienie czynności (i odpowiadających im reguł) polegających na zastępowaniu wyrazów wieloznacznych ich jednoznacznymi odpowiednikami oraz czynności polegających na rekonstruowaniu normy (zob. M. Zieliński, *Interpretacja jako proces dekodowania tekstu prawnego*, Poznań 1972; Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, s. 287). Analizę tych rozróżnień znajdujemy w publikacjach: A. Kozak, *Pojmowanie prawa w teorii wykładni* (punkty 2.1 i 3.2); K. Pleszka, T. Gizbert-Studnicki, *Dwa ujęcia wykładni prawa. Próba konfrontacji*, Warszawa-Kraków 1984, z. 20, s. 17 n.

ale też jak zarzucać sobie ewentualne błędy popełnione w dokonanych aktach wykonawstwa językowego. Można to nazwać pragmatyczną — ze względu na pełnioną funkcję — i symboliczno-językową — ze względu na charakter podejmowanych czynności — sytuacją społecznego (oraz prawniczego) komunikowania się. Warto zauważyć, że te same działania stać się mogą przedmiotem zewnętrznego opisu dokonanego przez niezaangażowanego obserwatora, co prowadzić może do tworzenia różnych teorii języka. Z perspektywy pragmatycznej nie ma zatem błędu w tym, że regułę chcemy traktować zarówno jako sposób kształtowania zachowań, jak i jako teorię zachowań językowych — nawet wtedy, co może być pewnym zaskoczeniem, gdy teorie te konstruowane są przez uznanych przedstawicieli nurtu strukturalizmu lingwistycznego, takich jak Noam Chomsky czy Ferdinand de Saussure.

Służące komunikacji reguły sensu-znaczenia czynności konwencjonalnych można również wykorzystywać jako medium działania zorientowanego celowo. Racjonalizacji komunikacyjnej podejmowanego działania towarzyszyć będzie wtedy dodatkowa — nadpisana na komunikacyjnej — racjonalizacja uzasadniająca działanie. Z wewnętrznego punktu widzenia podmiotów uczestników powstających sytuacji prawnych dokonywanie i rozpoznawanie czynności konwencjonalnych możemy zatem ujmować jako wariant celowego działania. Ta sama reguła, której wykonaniem jest określona czynność konwencjonalna, może być interpretowana zarówno jako komunikacyjna reguła sensu-znaczenia podejmowanego działania, jak i jako prawno-instrumentalnie użyteczna reguła dokonywania-rozpoznawania czynności zorientowanych na określony skutek prawny (ustanowienie lub aktualizacja obowiązku) i faktyczny (następstwo wykonania obowiązku). Nie decyduje o tym ani językowy kształt reguły, ani jej treść lub charakter zachowania, które jest jej wykonaniem, lecz użytek (orientacja, postawa), jaki zechce uczynić z reguły osoba, która się nią posługuje lub do niej się odwołuje. Zdolność pełnienia przez regułę funkcji komunikacyjnej (wymiar symboliczny działania) jest pragmatycznie pierwotna i to ona stanowi punkt wyjścia do możliwego instrumentalnego posłużenia się regułą. Umiejętność przypisywania właściwych znaczeń prawniczym zachowaniom symboliczno-językowym, w tym umiejętność oceny doniosłości tych zachowań w obrębie prawniczego układu konwencjonalnego, jest rodzajem wiedzy (prawniczej kompetencji językowej) wyposażającej działający podmiot również w zdolność do działania celowo-racjonalnego. To wiedza, również wiedza o języku, jest przesłanką warunkującą technologiczną skuteczność działania racjonalnego, a nie odwrotnie. Działania zorientowane instrumentalnie, polegające

na skutecznym dokonywaniu i rozpoznawaniu określonych doniosłych prawnie czynności konwencjonalnych, są swoistym testem na praktyczną wartość posiadanej wiedzy.

O ile zatem cel illokucyjny mówiącego jest klarowny, niedwuznaczny i wynika z „jawnej treści czynności językowej” (mówiący chce, żeby to, co powiedział, było tak a tak zrozumiane, na przykład jako obietnica czy rozkaz), o tyle już jego cel perlokucyjny nie będzie jawny, tak jak niejawnie z natury rzeczy są — a przynajmniej niedostępne na poziomie językowym — intencje kierujące mówiącym. W opisach perlokucji „mieszczą się [zatem] takie rezultaty, które wychodzą poza znaczenie tego, co powiedziane, a tym samym poza to, co adresat mógłby bezpośrednio zrozumieć”³⁷⁹. W zrozumieniu intencji kryjących za instrumentalizującymi aktami perlokucyjnymi pomoc może kontekst wypowiedzi, a w przypadku doniosłego prawnie „działania słowami” intencje mówiącego poddawane są obiektywizacji poprzez ich związanie z odpowiednimi instytucjami³⁸⁰. Rolę taką w przypadku instytucji prawnych odgrywają odpowiednie reguły wykonywania doniosłych prawnie czynności konwencjonalnych (tak zwane reguły konsekwencyjne)³⁸¹, których performatywnym wytworom przypisuje się określoną treść językową (zob. konstrukcja językowa normy kompetencyjnej proponowana przez Z. Ziemińskiego, w szczególności w wariantcie tak zwanej aktualizacji obowiązku³⁸²). Innymi słowy, prawnika nie interesuje już — albo nie musi interesować — ukryta z natury rzeczy intencja kierująca działaniami podmiotu, gdyż podejmowanym przezeń czynnościami przypisywany jest określony instytucjonalnie normatywny rezultat działania, to jest treść obowiązku ujęta w ustanowionej normie prawnej i aktualizowana wskutek podjętej czynności. Działający podmiot w podejmowanej przez siebie czynności wyraża zatem wolę jej podjęcia, a także wolę uzyskania rezultatu, na którego językową treść nie ma już wpływu.

³⁷⁹ J. Habermas, *Teoria działania komunikacyjnego*, s. 480.

³⁸⁰ „Dla działań językowych związanych instytucjonalnie zawsze da się wskazać określone instytucje; dla działań językowych niezwiązanych instytucjonalnie można jedynie podać ogólne warunki kontekstowe, które w przypadku typowym muszą zostać spełnione, aby odpowiednia czynność mogła się powieść” (J. Habermas, *Was heißt Universalpragmatik?*, [w:] *Sprachpragmatik und Philosophie*, red. K.O. Apel, Frankfurt am Main 1976, s. 221).

³⁸¹ S. Czepita, *Reguły konstytutywne a zagadnienia prawoznawstwa*, s. 147 n.

³⁸² „Dokonanie przez odpowiedni podmiot w odpowiednim trybie określonej czynności konwencjonalnej może być wydarzeniem, w wyniku którego znajduje zastosowanie określona norma prawna i aktualizują się wyznaczone przez nią obowiązki” (Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, s. 161).

7. Od racjonalności komunikacyjnej do racjonalności instrumentalnej (i z powrotem)

7.1. Orientacja strategiczna w teorii działania komunikacyjnego

Teoria działań komunikacyjnych Habermasa budowana była na konfrontacji pomiędzy racjonalnością instrumentalną (technologiczną), identyfikowaną z pejoratywnie postrzeganą ideą „świata systemów”, a działaniami symboliczno-językowymi umocowywanymi w racjonalności komunikacyjnej. Te drugie otwierać miały optymistyczną perspektywę „świata życia”, ugruntowaną już w XIX wieku w niemieckiej tradycji badań kulturowych — w filozofii Diltheya i Nietzschego (*Philosophie des Lebens*). Prawoznawcze schematy postrzegania teorii działań komunikacyjnych dodatkowo wzmocnił w krajowym obiegu swoim pisarstwem Lech Morawski, który przedstawił konceptualnie zbliżoną opozycję przeniesioną na grunt prawoznawstwa, zachodzącą między „prawem jako techniką” i „prawem jako rozmową”³⁸³. Rozważmy zatem, czy do listy krzewicieli złej sławy instrumentalizacji prawa dopisać powinniśmy również niemieckiego filozofa i socjologa. Niżej będę przekonywał, że, pomimo zasadniczej wagi tego rozróżnienia dla teorii Habermasa, tak być nie musi. Warto też zauważyć, że w przypadku pragmatycznie zorientowanego sposobu teoretyzowania — a Habermas do przedstawicieli pragmatycznej socjologii języka i teorii polityki jest zaliczany — do konfrontacyjnie ujmowanych dystynkcji pojęciowych powinniśmy podchodzić z dużą ostrożnością.

Morawski w swojej ostatniej monografii³⁸⁴ właśnie w tej ostatniej kwestii zgłosił wobec koncepcji niemieckiego socjologa uwagę krytyczną,

383 Zob. L. Morawski, *Współczesne problemy filozofii prawa* (rozdział pierwszy i drugi); L. Morawski, *Dwa podejścia do prawa*; L. Morawski, *Prawo jako technika społeczna — problemy aksjologiczne*, „Colloquia Communia” 1988/1989, nr 1–6.

384 L. Morawski, *Podstawy filozofii prawa*.

a mianowicie stwierdził, że „zasadnicze wątpliwości budzi [...] radykalne przeciwstawianie sobie systemów działań instrumentalnych i działań komunikacyjnych składających się na świat życia”. Rozwijając tę wątpliwość, dodał, że „systemy i światy życia przenikają się [...] wzajemnie i kolonizacji światów życia przez systemy może odpowiadać ingerencja światów życia w systemy”³⁸⁵. Warto zauważyć, że podobne wątpliwości, wskazujące również na ryzyka związane z dominacją racjonalności działań opartych na nastawieniach kooperacyjnych odwołujących się do norm i wartości, pojawiały się już wcześniej. Jeffrey C. Alexander w recenzji *Theorie des kommunikativen Handelns* zwrócił uwagę, że niebezpieczne dla współczesnego świata problemy wynikać mogą nie tylko z technicyzacji i biurokracji prowadzącej do podporządkowania życia społecznego racjonalności instrumentalnej. Podobnie ryzykowna może być subordynacja życia społecznego dokonana z użyciem reguł ukształtowanych w świecie wartości i norm „społecznie przeżywanych”, jeśli te ostatnie kształtować się będą w porządkach autorytarnych, sektach religijnych czy grupach kształtujących wiarę w swoją wyjątkowość i silne przywództwo. W duchu pragmatyzmu Alexander podkreśla potrzebę bardziej wyważonego, wszechstronnego rozumienia życia społecznego, które uwzględniać powinno szerszy zakres czynników, wykraczający poza wyłącznie komunikacyjnie racjonalny dyskurs. Jednostronność może bowiem prowadzić do dominacji tego, co „społecznie przeżywane”, nad krytyczną refleksją, szacunkiem dla danych empirycznych czy zagrażać indywidualnym interesom i dążeniom podmiotów społecznych³⁸⁶. Podobnie należałoby ocenić interesującą nas relację zorientowaną w kierunku przeciwnym, którą Morawski przypisuje późniejszym pracom Habermasa: „w skali globalnej racjonalność komunikacyjna sprzyja rozwojowi nauki i techniki, ponieważ wspiera otwarte i krytyczne porozumiewanie się w społeczeństwie”³⁸⁷. Oba te zbieżne co do meritum stanowiska różni tylko przyjmowana perspektywa. Z interesującego nas punktu widzenia, a także dla samego Habermasa, istotniejsza jest perspektywa druga: od racjonalności komunikacyjnej (z autonomią prawa w tle) do racjonalności technologicznej (z prawem i aktami jego instrumentalizacji).

Moja generalna aprobatą dla takiego kierunku myślenia nie obejmuje jednak końcowego wniosku, który wyprowadza Morawski z dorobku

385 *Ibidem*, s. 84.

386 J.C. Alexander, *Review essay: Habermas's new critical theory: Its promise and problems*, „American Journal of Sociology” 91, 1985, nr 2, s. 413 n; G. Skąpska, *Prawo a dynamika społecznych przemian*, Kraków 1991, s. 32.

387 L. Morawski, *Podstawy filozofii prawa*, s. 85.

„późnego Habermasa”. Chodzi mianowicie o receptę, jaką proponuje toruński teoretyk prawa na podstawie tej aporii — bo tak ostatecznie sytuuje Morawski relację między oboma typami racjonalności. Stwierdza bowiem, że jeśli:

weźmiemy pod uwagę fakt, że w praktyce społecznej elementy racjonalności instrumentalnej i komunikacyjnej zwykle się przenikają i nie da się prawdopodobnie wskazać żadnej takiej instytucji prawnej ani też społecznej, która dałaby się sprowadzić tylko do jednego wymiaru racjonalności, to problem polega wyłącznie na tym, w jakich proporcjach powinien być obecny w naszych instytucjach motyw instrumentalny i komunikacyjny³⁸⁸.

Mimo że zgadzam się ze zdaniem wprowadzającym do powyższej konkluzji, to w mojej ocenie nie powinno być jednak mowy ani o problemowej „wyłączności”, ani o „proporcjach”, lecz o autonomii jednostki jako czynnika warunkującym możliwość i sens dokonywania aktów instrumentalizacji prawa, o ile oczywiście kierować będziemy się ideą (zob. przywoływany wcześniej Dewey oraz prawnicza adaptacja Taekemy) sytuowania instrumentalizacji prawa w warunkach „pluralistycznej demokracji”. Uznanie przez Morawskiego, że „problem polega wyłącznie na proporcjach”, odczytuję jako relikwyt wyjściowego założenia, na którym budowana jest koncepcja instrumentalizacji prawa toruńskiego teoretyka, wedle której, przypomnijmy, problem instrumentalizacji postrzegany jest w odniesieniu do aktywności państwowego prawodawcy. Tylko bowiem przy takim założeniu możliwa byłaby weryfikacja wyników proponowanych „pomiarów” określających właściwą proporcję między autonomią (wymiar komunikacyjny z regułami w roli wiodącej) i technicznością prawa (aspekt instrumentalny oparty na preskryptywnych normach) „w naszych instytucjach”. Podmiotem sprawczym, który w naszej kulturze prawnej ma decydujący wpływ na to, jak proporcje te się ukształtują, jest przede wszystkim państwowy prawodawca, a dopiero wtórnie sądy konstytucyjne i sądy powszechne sprawujące kontrolę nad realizacją zarysowującego się w tej propozycji wariantu zasady proporcjonalności.

Gdybyśmy jednak nawet przyjęli ten warunek i fundujący go punkt widzenia, to byłby to kierunek argumentowania odbiegający od założeń koncepcji pragmatycznej instrumentalizacji oraz pluralistycznej demokracji z ich wspólną tezą sytuującą instrumentalizację jako postawę wobec prawa, której realizacyjność uzależniona jest od autonomii prawa. Zamyśl Morawskiego, choć dość ostrożnie, to jednak sformułowany

został w duchu liberalnym, a mimo to ocenić go należy jako wpisujący się w tylekroć już wcześniej krytykowaną ideę poszukiwania przedmiotowych granic między instrumentalizacją i autonomią prawa. Nie znosi on bowiem wyjściowej opozycji między instrumentalizacją i autonomią, a jedynie zaleca ważenie powstających pomiędzy nimi zależności, znoszenie niebezpiecznych dla życia społecznego skrajności. Zastrzeżenia te, istotne dla koncepcji przyjmowanej w niniejszej pracy, miały zapewne drugorzędne znaczenie w narracji Morawskiego. Tym niemniej docenić należy zauważalną otwartość stanowiska Morawskiego wobec instrumentalizacji prawa, widoczną w przywołanej wyżej monografii z 2014 roku — jeśli zestawimy powyższe stanowisko z wcześniejszymi, pochodzącymi z lat dziewięćdziesiątych wypowiedziami, w których, przypomnijmy, problem instrumentalizacji prawa ostatecznie sprowadzony został do moralnej dezaprobaty tego zjawiska. Przejdźmy jednak do samego Habermasa i jego teorii działania komunikacyjnego. Wydaje się, że teoria ta, przy pewnej tylko korekcie pojęciowej i przesunięciu akcentów aksjologicznych, jest w stanie obronić się sama.

Zacznijmy od uwagi natury pojęciowej, od samego rozumienia przez Habermasa działania instrumentalnego. Opiera się ono na rudymenarnym stwierdzeniu, że aktywność aktora zorientowana jest na osiągnięcie celu, ze względu na który dobiera on środki, które w danej sytuacji wydają mu się stosowne jako warunki osiągnięcia założonego rezultatu. Rezultat ten definiowany jest jako „zaistnienie w świecie pożądanego stanu, który w danej sytuacji można wywołać sprawczo”. Jest to interwencja „w całościowy układ stanów i zdarzeń”. Ów zaistniały „świat” to, najogólniej rzecz ujmując, porządek materialny („nie-społeczny”) ukształtowany w następstwie interwencji człowieka opartej na dyrektywach celowościowych — „technicznych regułach działania”³⁸⁹. Obok działań instrumentalnych z interesującego nas punktu widzenia szczególnie warte odnotowania jest wyróżnienie działań strategicznych, które, podobnie jak instrumentalne, są działaniami „ukierunkowanymi na założony rezultat”, jednak rozpatrywane są „od strony stosowania się do reguł racjonalnego wyboru”, a stopień ich skuteczności oceniany jest — i tu z znajdujemy punkt ciężkości proponowanej specyfikacji — pod kątem „wywierania wpływu na decyzje racjonalnego partnera”³⁹⁰.

Sytuacja działania strategicznego jest zatem, odmiennie niż w przypadku działań instrumentalnych, sytuacją społeczną. Prawnika czytającego prace Habermasa nie powinno zatem dziwić, że to właśnie

389 J. Habermas, *Teoria działania komunikacyjnego*, s. 472.

390 *Ibidem*, s. 473.

działania strategiczne będą z punktu widzenia rozważań o instrumentalizacji prawa istotniejsze niż te, które sam autor nazywa „działaniami instrumentalnymi”³⁹¹. Odpowiednio również tenże czynnik społeczny połączy działania strategiczne z działaniami komunikacyjnymi. Różnicę je natomiast będzie typ ukierunkowania działającego aktora: będzie to orientacja na rezultat (działanie strategiczne) i orientacja na porozumienie (działanie komunikacyjne). Działania instrumentalne, jak uogólnia niemiecki socjolog, „mogą być powiązane z interakcjami społecznymi [może je poprzedzać spór/konsensus dotyczący »pożądanego stanu świata« — A.B.], działania strategiczne natomiast same są działaniami społecznymi”³⁹². Odmienne ukierunkowanie różniące działania strategiczne i komunikacyjne ma względny, sytuacyjny charakter. Działanie komunikacyjne może mieć również walor strategiczny:

w działaniu komunikacyjnym uczestnicy stawiają własny sukces na drugim planie; zmierzają do osiągnięcia własnych celów pod warunkiem, że mogą swe własne plany działania wzajemnie zestroić na gruncie wspólnych definicji sytuacji. Z tego względu negocjowanie definicji sytuacji stanowi istotny składnik dokonań interpretacyjnych wymaganych w działaniu komunikacyjnym³⁹³.

Teza, wedle której uczestnicy zmierzający do realizacji własnych celów mogą to osiągnąć „na gruncie wspólnych definicji sytuacji”, zdaje się potwierdzać nie tylko referowane przez nas wcześniej stanowisko, zgodnie z którym zdolność pełnienia przez regułę funkcji komunikacyjnej powinna być punktem oparcia dla instrumentalnego posłużenia się regułą, lecz także to, że problem napięcia między „motywy instrumentalnym i komunikacyjnym” (Morawski) nie może, a nawet nie powinien być rozwiązywany poprzez mechanizm proporcjonalności (ten zakłada bowiem sytuację konfliktu dóbr), skoro strategiczne, a także nacechowane czynnikiem społecznym instrumentalne posłużenie się prawem warunkowane (i poprzedzane) jest odpowiednim ustaleniem (porozumieniem) na poziomie komunikacyjnym. I jeszcze jeden cytat z *Teorii działania komunikacyjnego*:

391 Jak pisze w komentarzu do teorii Habermasa M. Zirk-Sadowski, „modelem działań instrumentalnych jest praca. Charakterystyczną cechą takich działań jest oparcie ich na regułach technicznych wynikających z wiedzy empirycznej”. Natomiast „działania strategiczne polegają na analitycznej ocenie alternatyw postępowania w oparciu o uprzednio dany porządek wartości. Działanie strategiczne, którego istotą jest wybór odpowiednich spośród potencjalnych alternatyw postępowania, opiera się na wiedzy analitycznej. Wiedza ta jest źródłem zasad preferencji i ogólnych maksym postępowania” (M. Zirk-Sadowski, *Uniwersalna pragmatyka a teoria i filozofia prawa*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 37, 1986, s. 24–25).

392 J. Habermas, *Teoria działania komunikacyjnego*, s. 473.

393 *Ibidem*.

Mianem „strategicznego” i „komunikacyjnego” chcę określić nie tylko dwa aspekty analityczne pozwalające to samo [wyróżnienie Habermasa — A.B.] działanie opisywać raz jako wzajemne wywieranie na siebie wpływu przez partnerów działających racjonalnie ze względu na cel, raz zaś jako proces dochodzenia do porozumienia uczestników jakiegoś świata życia. Jest raczej tak, że działania społeczne można rozróżnić podług tego, czy uczestnicy orientują się na założony rezultat czy na osiągnięcie porozumienia; i powinno być też tak, że w odpowiednich warunkach nastawienia te [wyróżnienie moje — A.B.] dają się zidentyfikować na podstawie intuicyjnej wiedzy samych uczestników. Najpierw potrzebna jest zatem pojęciowa analiza obydwu tych nastawień³⁹⁴.

Zestawiając powyższe stanowisko z wcześniej przedstawianymi tezami, zwróćmy uwagę na zbieżność sposobu uzasadniania rozróżnienia między działaniem strategicznym i komunikacyjnym u Habermasa („dwa aspekty analityczne pozwalające to samo działanie opisywać”, raz ze względu na cel, a innym razem — ze względu na dochodzenie do porozumienia) z prezentowanym przeze mnie w punkcie 3.3 pracy podziałem działań na instrumentalne i symboliczne (wraz z kompozycyjnymi wariantami tego podziału). W tamtych fragmentach odwołałem się do językowo podobnej charakterystyki³⁹⁵. Z poglądami autora *Teorii działania komunikacyjnego* dobrze koresponduje również przedstawiona wcześniej charakterystyka zachowania instrumentalnego jako wyrazu pewnego typu postawy przyjmowanej przez działający podmiot, w tym również postawy wobec prawa³⁹⁶. Mam tu na uwadze stanowisko, że „działania społeczne” zorientowane na założony rezultat bądź na osiągnięcie porozumienia są wynikiem „odpowiednich nastawień”, dążeń, które „dają się identyfikować na podstawie intuicyjnej wiedzy samych uczestników”. A zatem również w odniesieniu do koncepcji Habermasa należałoby przyjąć, że rozróżnienie między działaniami instrumentalnymi i komunikacyjnymi to nie podział, a nawet typologia, ale że mamy tu do czynienia z wyrażeniami synkategorematicznymi, używanymi każdorazowo ze względu na kierunkowo odmienne cele (założony rezultat, porozumienie) przyjmowane sytuacyjnie przez określonych, działających aktorów³⁹⁷.

³⁹⁴ *Ibidem*.

³⁹⁵ A. Kłosowska pisała o zjawiskach pogrupowanych „według wybranych aspektów” (A. Kłosowska *Kultura masowa*, s. 90).

³⁹⁶ Zob. np. punkty 3.1, 4.5 i 5.4.

³⁹⁷ Cel to „stan rzeczy, który jest przedmiotem czyjegoś dążenia. Cel jest zasadniczo »celem czyimś«. W najprostszym przypadku chodzi o cel jakiejś osoby osiągany według jej wiedzy przez określone nastawienie psychiczne, a to ze względu na związki przyczynowe między takim zachowaniem w danych warunkach a jego skutkami” (Z. Ziemiński, *O pojmowaniu celu, zadania i funkcji prawa*, s. 18).

Pragmatyczny instrumentalizm oraz pragmatyzm Habermasa, choć są odmiennej proveniencji, łączy dystans wobec podziałów, klasyfikacji i radykalnych opozycji pojęciowych. „Nastawienia” i „postawy” działającego pomiotu zastępować mają tradycyjną, rekonstrukcjonistyczną analizę pojęciową. To nie atrybucja przedmiotu — na przykład charakterystyka prawa jako zbioru norm i reguł — przesądza o tym, że określony obiekt jest lub nie jest zinstrumentalizowany. Czyni to użytkownik, który podejmuje decyzje o takim lub innym sposobie jego wykorzystania. O przedmiotach (czynnościach, wytworach, w tym pojęciowych wytworach, takich jak reguły czy normy) powiedzieć jedynie można, że w mniejszym lub większym stopniu mają takie właściwości, które stwarzają predyspozycje do ich zinstrumentalizowanego bądź autonomicznego wykorzystania przez podmiot podejmujący decyzję, a następnie działający na jej podstawie. Czynności i wytwory mają zatem takie właściwości (cechy), które umożliwiają użycie ich w określony sposób i w określonym kierunku (celu). Ostatecznie jednak to zawsze użytkownik decydował będzie o wykorzystaniu tych właściwości. Właściwości takie, gdy chodzi o działania prawne zorientowane instrumentalnie, przyjęło się w polskiej literaturze określać „instrumentalnością prawa”³⁹⁸.

I jeszcze jedna istotna z punktu widzenia założeń niniejszej pracy kwestia, czyli wielokrotnie eksponowana wcześniej teza o pierwotności autonomii prawa wobec — używając już języka Habermasa — „działań strategicznych”, na której wspierać się ma instrumentalizacja realizowana w warunkach pluralistycznej demokracji. Eksplicując to zagadnienie dla potrzeb swojej teorii działania komunikacyjnego, Habermas odwołuje się do znanej triady pojęciowej J.L. Austina, a mianowicie do podziału czynności językowych na lokucje (treść zdania orzekającego), illokucje (wykonanie czynności aktu mowy w odpowiednim trybie, na przykład stwierdzenia, obietnicy rozkazu) oraz perlokucje (powodowanie określonego efektu u słuchającego)³⁹⁹. Istotny dla naszych rozważań jest nie tyle sam podział, co związki między wyróżnionymi wariantami (celami) wypowiedzi. W interpretacji niemieckiego filozofa czynność językowa złożona z dwóch pierwszych części:

jest przedstawiana jako [jeden] samowystarczalny akt, który spełniany jest przez mówiącego zawsze w zamiarze komunikacyjnym, mianowicie w takim celu, aby słuchający zrozumiał i zaakceptował jego wypowiedź.

³⁹⁸ Zob. A. Kozak, *Instrumentalność a instrumentalizacja prawa*, s. 96–113; W. Gromski, *Zagadnienie granic instrumentalizacji prawa*, s. 74–95. Zob. też S. Wronkowska, *Kilka tez o instrumentalizacji prawa i ochronie przed nią*, Wrocław 2017, s. 107.

³⁹⁹ J.L. Austin, *Jak działać słowami*, [w:] J.L. Austin, *Mówienie i poznawanie. Rozprawy i wykłady filozoficzne*, przeł. B. Chwedeńczuk, Warszawa 1993, s. 545 n.

Samowystarczalność aktu illokucyjnego należy rozumieć w tym sensie, że zamiar komunikacyjny mówiącego oraz przyświecający mu cel illokucyjny wynikają z jawnego (*manifesten*) znaczenia tego, co powiedziane. Inaczej jest z działaniami teleologicznymi [...]. Tak jak dla aktów illokucyjnych konstytutywne jest znaczenie tego, co powiedziane, tak dla działań teleologicznych — intencja działającego. [Tak zwany efekt perlokucyjny] powstaje wskutek tego, że aktem illokucyjnym przypada pewna rola w teleologicznych kontekstach działania. Efekty te pojawiają się wówczas, gdy mówiący działa w sposób ukierunkowany na założony rezultat i zarazem wiąże czynności językowe z takimi zamiarami oraz instrumentalizuje je⁴⁰⁰.

O ile dwa pierwsze typy wypowiedzi zintegrowane są w sposób niedający się rozdzielić w określonych sytuacyjnie aktach mowy i łącznie wypełniają komunikacyjną funkcję wypowiedzi, o tyle efekt perlokucyjny powstaje jako efekt wtórny, rezultat nadpisany nad aktami illokucyjnymi dopiero w teologicznych kontekstach działania. Jak dodawał Habermas: „w działaniu komunikacyjnym uczestnicy stawiają własny sukces na drugim planie; zmierzają do osiągnięcia własnych celów pod warunkiem, że mogą swe plany działania wzajemnie zestroić na gruncie wspólnych definicji sytuacji”⁴⁰¹. Kilka stron dalej znajdujemy interpretację relacji między działaniami komunikacyjnymi i instrumentalnymi (strategicznymi), łączącą analityczny charakter rozważań z oceną jawnie już zaangażowaną aksjologicznie. Rozważając kwestię wprzęgnięcia codziennych praktyk komunikacyjnych w urzeczywistnianie egoistycznych celów oraz ryzyko deprecjonowania czynności językowych jako modelu działania zorientowanego na dochodzenie do porozumienia, Habermas stwierdza, że:

Nie będzie tak tylko wówczas, gdy da się pokazać, że użycie języka zorientowane na osiągnięcie porozumienia stanowi pierwotny tryb (*Originalmodus*) [użycia języka], względem którego pośrednie dochodzenie do porozumienia, dawanie czegoś do zrozumienia czy powodowanie [określonego] rozumienia czegoś zachowuje się pasożytniczo. Dokładnie tego właśnie dokonuje, jak myślę, Austinowskie rozróżnienie na illokucje i perlokucje⁴⁰².

Wykorzystując przywołane elementy teorii działania komunikacyjnego w problemowym obszarze debat polskich teoretyków nad

⁴⁰⁰ J. Habermas, *Teoria działania komunikacyjnego*, s. 478.

⁴⁰¹ *Ibidem*, s. 473.

⁴⁰² *Ibidem*, s. 477. Podobnie zdaje się tę relację ujmować M. Smolak, gdy podsumowuje swoje uwagi o tak zwanej illokucyjnej sile wypowiedzi: „co prawda mają [one] w zasadzie charakter pragmatyczny, to jednak bliżej im do płaszczyzny semantycznej [...]”. Jak zatem widać określenie funkcji wypowiedzi performatywnej wymaga wykrycia typów intencji komunikatywnych człowieka” (M. Smolak, *Wykładnia celowościowa z perspektywy pragmatycznej*, Warszawa 2012, s. 212).

instrumentalizacją prawa, wyprowadzić można dwa istotne wnioski. Pierwszy z nich to niesporne dla pragmatycznego nurtu filozofii języka i filozofii społecznej przekonanie, że wymiar symboliczny (autonomiczny, nieinstrumentalny) jest czymś podstawowym, pierwotnym wobec praktyk mających postać działań strategicznych, w tym, odpowiednio, wobec działań mających postać instrumentalizacji prawa. W odniesieniu do teorii instrumentalizacji prawa tak charakteryzowana relacja potwierdzać będzie pogląd, że to autonomia prawa — zgoda nadawców i odbiorców prawnie doniosłych czynności językowych, również tych mających postać czynności konwencjonalnych — warunkuje skuteczność instrumentalizacji prawa, w szczególności instrumentalizacji podejmowanej w warunkach pluralistycznej demokracji, opartej na interakcjach strategicznych. Habermas tak przedstawia swoje stanowisko w tej kwestii:

Z naszej dyskusji wynika, że perlokucje można traktować jako specjalną klasę interakcji strategicznych. Illokucje zostają zastosowane jako środki w teleologicznych kontekstach działania. Zastosowanie to jednak [...] jest obwarowane zastrzeżeniami. Mówiący, który działa teleologicznie, musi osiągnąć swój cel illokucyjny — polegający na tym, że słuchający zrozumie to, co powiedziane, i przyjmie zobowiązanie łączące się z przyjęciem oferty składanej przez akt mowy — nie zdradzając jednocześnie swego celu perlokucyjnego⁴⁰³.

Działania nastawione na komunikację i porozumienie w pragmatycznej „logice” postępowania będą wyprzedzać działania zorientowane strategicznie i zarazem warunkować skuteczność tych drugich. „Efekty perlokucyjne można osiągnąć za pomocą czynności językowych tylko wówczas, gdy te ostatnie są włączane jako środki w działania teleologiczne ukierunkowane na rezultat [...]. Nim jednak będą mogły zostać włączone w interakcję strategiczną, muszą zostać wyrwane z tego rodzaju kontekstu działania komunikacyjnego”⁴⁰⁴. A zatem zwykłym środowiskiem „działania słowami” jest według Habermasa orientacja komunikacyjna; jest ona pierwotna i autonomiczna wobec działań teleologicznych: ta pierwsza może — a nawet z etycznego punktu widzenia powinna — obywać się bez tej drugiej, natomiast druga (strategiczna) ominąć tej pierwszej (komunikacyjnej) już nie może. Pozyskiwanie

⁴⁰³ J. Habermas, *Teoria działania komunikacyjnego*, s. 485. „Gdyby słuchający nie zrozumiał tego, co powiada mówiący, to również mówiący, który działa teleologicznie, nie mógłby z pomocą aktów komunikacyjnych skłonić słuchającego do zachowania się w pożądanym przez siebie sposób. Z tego też względu to, co [...] określiliśmy jako »użycie języka zorientowane na konsekwencje«, nie jest wcale pierwotnym użyciem języka (*kein originärer Sprachgebrauch*), lecz subsumcją czynności językowych służących celom illokucyjnym pod warunkiem działania zorientowanego na założony rezultat” (*ibidem*, s. 483).

⁴⁰⁴ *Ibidem*, s. 483, 487.

wymiaru strategicznego przez działający podmiot ma, jak widzimy, charakter działania przygodnego, a nadto ukrytego (mowa jest o „niezdradzaniu celu perlokucyjnego”, o „wrywaniu z kontekstu działania komunikacyjnego” interakcji strategicznej).

W innym miejscu Habermas formułuje separatystyczną tezę, gdy chodzi o relację między działaniami komunikacyjnymi i strategicznymi. Jak pisze, „zmierzać do realizacji celów perlokucyjnych może mówiący tylko wtedy, gdy swego partnera wprowadza w błąd co do swego działania strategicznego”⁴⁰⁵. Autor zatem nie tylko odmawia orientacji strategicznej statusu równoważnego działaniom skierowanym na porozumienie, lecz także — w warunkach partnerskich, na przykład przy negocjacji umów — orientację nastawioną na skutek uznaje za moralne nadużycie (celowe wprowadzenie w błąd, a nawet postępowanie wymagające dementowania, przeprosin itp.)⁴⁰⁶. Jak krytycznie stwierdza, pisząc o autorze teorii performatywów: „Austin nie oddzielał tych dwóch przypadków jako różnych typów interakcji”. Takie stanowisko otwiera drogę do deprecjonowania orientacji strategicznej, a tym samym opartej na niej instrumentalizacji prawa jako praktyki wątpliwej moralnie lub wręcz niemoralnej, czego ślady znaleźć możemy w niektórych polskich teoriach instrumentalizacji prawa inspirowanych poglądami Habermasa. Mam tu na uwadze przede wszystkim Morawskiego, którego poglądy na instrumentalizację prawa głoszone w latach dziewięćdziesiątych, jak widzimy, powieliły sposób argumentacji Habermasa.

Skąd bierze się taka niekonsekwencja — i czy jest to w ogóle niekonsekwencja — w podejściu autora *Teorii działania komunikacyjnego* wobec działań strategicznych? Dopóki Habermas stara się zachowywać standardy właściwe dla badan analitycznych w spojrzeniu na relację między działaniami komunikacyjnymi i strategicznymi, nie mamy problemu niekonsekwencji. Jest tak, gdy na przykład pisze, czym różni się działanie strategiczne od komunikacyjnego („dwa aspekty analityczne pozwalające to samo działanie opisywać raz jako wzajemne wywieranie na siebie wpływu przez partnerów działających racjonalnie ze względu na cel, raz zaś jako proces dochodzenia do porozumienia uczestników”). Kiedy jednak perspektywę tę porzuca i sięga do aksjologii

⁴⁰⁵ *Ibidem*, s. 486.

⁴⁰⁶ „Z całą pewnością w działaniu komunikacyjnym mogą w każdej chwili wystąpić następstwa niezamierzone; kiedy jednak pojawi się niebezpieczeństwo, że zostaną one przypisane mówiącemu jako rezultaty zamierzone, czuje się on zmuszony do składania wyjaśnień i dementowania, ewentualnie do przeprosin, aby rozwiać fałszywe wrażenie, iż skutki uboczne są efektami perlokucyjnymi. W przeciwnym razie liczyć się musi z tym, że uczestnicy komunikacji poczują się oszukani i zejdą z kursu działania nastawionego na porozumienie” (*ibidem*).

swojej wizji świata, rzecz się komplikuje w sposób dla prawnika trudny do rozwiązania. Pojawia się mianowicie podział na perlokucyjne skutki zamierzone i skutki niezamierzone (uboczne), które mogą zostać przypisane mówiącemu. Z tych ostatnich aktor „działający za pomocą słów” musi się, zdaniem Habermasa, tłumaczyć, a nawet powinien za nie przeproszać, „aby rozwiać fałszywe wrażenie, iż skutki uboczne są efektami perlokucyjnymi”⁴⁰⁷.

Jak widać, twórca teorii działania komunikacyjnego, mimo że dopuszcza do siebie myśl, że działania te mogą być językową „grą” z leżącą u jej podstaw strategią postępowania, to stawia ją w kręgu swoich podejrzeń, swoich aksjologicznych wyobrażeń o tym, jak powinien wyglądać idealny świat życia. W „świecie życia prawników” przepraszamy raczej za błędy językowe, powodujące perturbacje komunikacyjne, natomiast prawne skutki perlokucyjnie powodowane przez wypowiedź oceniane (kwalifikowane) są przez niezależnego arbitra, a nieprzewidywane przez strony skutki prawne działań strategicznych odbieramy raczej jako złą lub dobrą, zawyrokowaną przez sędziego wiadomość. W prawniczej krytyce podejrzliwości Habermasa wobec działań strategicznych powinniśmy zachować jednak umiar, albowiem to nie wyrok jest tym, co ma wieńczyć Habermasowską etykę działania za pomocą słów. Problemem teorii działań komunikacyjnych nie jest zatem sama ta teoria, takim problemem są raczej jej prawnicze adaptacje — a to już trudność, przed którą stają sami prawnicy.

Naturalna dla prawno-prywatnych umów i sytuacji, z którymi mamy do czynienia w prawie procesowym, kontradiktoryjność osadzona jest w konflikcie interesów, a ewentualnego porozumienia nie można sprowadzać wyłącznie do tego, aby „słuchający zrozumiał i zaakceptował jego [mówiącego] wypowiedź”. Jeśli prawny konsensus ma być porozumieniem w sporze, to słuchający powinien również zrozumieć (uświadomić sobie) i zaakceptować lub odrzucić to, co jest lub może być uznane za perlokucyjny cel wypowiedzi, co wypowiedź może nieść za sobą nie tylko jako prawniczy fakt językowych, lecz także jako szczególnego rodzaju fakt prawny, jako wypowiedź, która przynosi szczególnego rodzaju skutek w postaci obowiązywania.

W swojej o kilkanaście lat późniejszej pracy *Faktyczność i obowiązywanie*⁴⁰⁸, o tyle dla nas istotnej, że jest ona próbą interpretacji teorii działań komunikacyjnych z perspektywy bliższej prawnikom, Habermas

⁴⁰⁷ Zob. poprzedni przypis.

⁴⁰⁸ J. Habermas, *Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, przeł. A. Romaniuk, R. Marszałek, Warszawa 2005.

wraca do komentowania dwóch opozycyjnych typów interakcji. Przedstawia je jako wiodący problem nowoczesnych społeczeństw. Raz jeszcze zadaje centralne dla swojej teorii działania komunikacyjnego pytanie, jednak — co istotne dla naszych rozważań — sytuuje je w perspektywie demokratycznego pluralizmu. Pyta mianowicie, „jak można ustabilizować obowiązywanie takiego porządku społecznego, w którym zautonomizowane działania komunikacyjne wyraźnie odróżniają się, z punktu widzenia samych aktorów, od interakcji strategicznych”⁴⁰⁹. Owego *iunctim* autor poszukuje w normach prawnych. Ostrożnie stwierdza, że „jakieś wyjście stanowi tu normatywne uregulowanie interakcji strategicznych, co do którego sami autorzy dochodzą do porozumienia”⁴¹⁰. Porozumienie takie, jakie sugeruje, mogłoby zastąpić „meta-społeczne gwarancje tego, co święte” (prawo w społeczeństwach tradycyjnych, czerpiące autorytet z „samo-upoważniającej się mocy religijnie wysublimowanej świętości”). Normy w ten sposób powstałe „jeszcze raz”, tym razem *ex post*, w warunkach zaistniałej już polaryzacji między działaniem ukierunkowanym na sukces i działaniem zorientowanym na porozumienie, wyposażyłyby ważność w moc tego, co faktyczne⁴¹¹. Dzięki temu wiążąca siła „racjonalnie motywowanych przekonań”, wyrażająca się w porozumieniach (ważność), i „narzucony przymus sankcji zewnętrznych”, pochodzący spoza obszarów działań regulowanych przez obyczaj i nawyk — bo te mają jeszcze w sobie ślad „świętości” (faktyczność) — mogłyby się społecznie zintegrować, tym razem pod egidą symbolicznej, quasi-religijnej roli porozumień.

Sama idea „uregulowania interakcji strategicznych” jest w pełni słuszna i możliwa do zrealizowania, czego dowodów dostarczają przywoływane wcześniej koncepcje norm von Wrighta i teoria czynności konwencjonalnych z wiodącą rolą reguł (ogólnych standardów typu *rules*, reguł dokonywania czynności konwencjonalnych), których zadaniem jest właśnie kształtowanie działań obecnych w jedno-, dwu- i wielostronnych interakcjach strategicznych. Reguły te w sensie analitycznym integrują w sobie działania nastawione na sukces (*directives*, dyrektywy celowościowe) z mocą samo-upoważniającą (umocowaniem, legitymacją, ewentualnie kompetencją do określonego działania). Na tym w głównej mierze zasadała się w niniejszej pracy idea wiązania autonomicznego wymiaru prawa (niedyspozytywne, kierunkowo otwarte reguły) z orientacją strategiczną określaną przez dyrektywy. Problemem jest natomiast

⁴⁰⁹ *Ibidem*, s. 38.

⁴¹⁰ *Ibidem*, s. 40.

⁴¹¹ *Ibidem*, s. 39 i 41.

źródło performatywnej siły tak uregulowanych działań i ich wytworów. Ich „wysublimowana świętość”, podobnie jak „porozumienie samych autorów”, są we współczesnych warunkach niemożliwe, a przynajmniej trudne do osiągnięcia. Ich legitymizacji szukać raczej należałoby w konwencjach ukształtowanych w zinstytucjonalizowanych praktykach społecznych, a w szczególności w praktyce prawniczej z sądami w roli głównej⁴¹². Silne instytucje prawne powinny zastąpić pierwotny element sakralny, pobrzmiewający również w idei konsensu. Jeśli uznać, że w ten sposób da się skutecznie przerzucić „most” między autonomią reguł i strategiczną relatywizacją standardów określających kierunki ich wykonywania, to nie będziemy mieli do czynienia z alternatywą między działaniem ukierunkowanym na egoistyczny sukces i działaniem zorientowanym na porozumienie, lecz z postawą lub postawami, ze strategicznym nastawieniem aktora, dla którego, jak pisze sam Habermas:

reguła stanowi [...] faktyczne ograniczenie wraz z dającym się skalkulować następstwem jej naruszenia. Reguła wiąże (*bindet*) „wolną wolę” działającego, o ile chce on porozumieć się z innymi działającymi co do warunków każdorazowo własnych dokonań, które to warunki mają być wspólnie dotrzymanywane ze swoim normatywnym roszczeniem do ważności⁴¹³.

Kilka stron wcześniej pisałem o perturbacjach, jakie stwarza prawnikom teoria działań komunikacyjnych w jej pierwotnym kształcie, oraz o tym, że rozwiązanie tych problemów nie powinno obciążać samego Habermasa, ale prawoznawców sięgających po teorię działań komunikacyjnych. Lektura książki *Faktyczność i obowiązki* wskazuje, że istotny krok w kierunku bliższej kooperacji z prawnikami wykonał sam klasyk niemieckiej socjologii i filozofii społecznej. Przesunięcie na drugi plan, a w ślad za tym deprecjacja działań strategicznych opartych na pierwotnym kształcie teorii komunikacyjnej były przecież zabiegami zamierzonymi, fundującymi teoretyczne i aksjologiczne podstawy teorii Habermasa. Niedocenianie obecnego w sytuacjach ukształtowanych przez normy prawne wymiaru osobowo-strategicznego stało się przedmiotem krytyki ze strony prawników. Jak pisze Grażyna Skąpska, posiłkując się poglądem i nieco złośliwą metaforą zapożyczonymi od Artura Kaufmanna:

koncepcję J. Habermasa można porównać do sytuacji Syzyfa, „bezdalnie kręcącego się po okolicy”, a nie wytrwale dążącego do być może

⁴¹² Stanowisko takie wydaje się bliskie Habermasowi. Píše on, że „świat jako ogół możliwych faktów konstituuje się tylko dla jakiejś wspólnoty interpretujących, którzy w obrębie intersubiektywnie podzielanego świata życia porozumiewają się ze sobą co do czegoś w świecie” (*ibidem*, s. 27).

⁴¹³ *Ibidem*, s. 44.

nieosiągalnego celu, jakim jest uzasadnienie słuszności norm. Bezsensowność wysiłków Syzyfa z prac J. Habermasa jest związana z tym, iż w koncepcji racjonalności komunikacyjnej pominięto relację osobową — relację pomiędzy normą prawną a osobą ludzką decydującą o słuszności normy, w tym istotne cele i wartości indywidualne, składające się na charakterystykę osoby ludzkiej — podmiotu prawa.

Jak pisze dalej krakowska socjolożka prawa:

działaniem racjonalnym jest zatem działanie nastawione na porozumienie, podporządkowane jednak krytycznej refleksji z uwagi na własne dążenia i interesy działającego podmiotu, w tym ocenie norm regulujących działania i współdziałania zarówno z punktu widzenia możliwości osiągnięcia porozumienia, jak i realizacji celów i dążeń indywidualnych oraz ochrony indywidualnych wartości⁴¹⁴.

Autorka tę binarną strukturę relacji między komunikacyjnym i celowo-strategicznym (instrumentalnym) charakterem działań indywidualnego podmiotu nazywa racjonalnością praktyczną. Pisze o niej, że jest to: racjonalność działań skierowanych na realizację określonych celów, którym towarzyszą procesy wartościowania zarówno celów, jak i środków ich realizacji we wzajemnych oddziaływaniach społecznych podmiotów”, a ponieważ działania nie przebiegają w izolacji, lecz są oddziaływaniami wzajemnymi, to „komponentem racjonalności praktycznej jest racjonalność rozwiązywania wspólnych problemów polegająca na dążeniu do uzgadniania i uzasadniania celów, wartości i norm [...] oraz sposobów ich realizacji w procesach wzajemnego ustalania znaczeń, wymiany doświadczeń, zawierania kompromisów⁴¹⁵.

Swoją prawniczą adaptację teorii Habermasa Skąpska podsumowuje stwierdzeniem, że racjonalność praktyczna jest „przede wszystkim racjonalnością podmiotów zmierzających do wyrównania pozycji w stosunkach władzy (jak najszerzej pojętych), co stanowi warunek wstępny wolnej od przymusu wymiany argumentów. Wyrównanie w stosunkach władzy — to cel dążeń i strategii podmiotów działających”. I dodaje jeszcze, iż „ten aspekt instrumentalny racjonalności działań [...] jest uzupełnieniem założeń racjonalności praktycznej⁴¹⁶. To, co krakowska socjolożka prawa nazywa „warunkiem wstępnym wolnej od przymusu wymiany argumentów”, w pracy niniejszej określane było jako autonomia lub symboliczno-komunikacyjny wymiar prawa, a jego wyrazem praktycznym były dyspozytywne z punktu widzenia podmiotu reguły prawnego działania (*rules of game*, reguły czynności konwencjonalnych).

⁴¹⁴ G. Skąpska, *Prawo a dynamika społecznych przemian*, s. 33.

⁴¹⁵ *Ibidem*.

⁴¹⁶ *Ibidem*, s. 34.

W takich też uwarunkowaniach możliwe stawało się wykonywanie reguł, które są „celem dążeń i strategii podmiotów działających”. A wszystko to — podobnie jak cały koncept racjonalności praktycznej — wsparte jest na „racjonalności podmiotów zmierzających do wyrównania pozycji w stosunkach władzy”, w tym przede wszystkim demonopolizacji prawodawczej władzy państwa. Bez tego pragmatyczny instrumentalizm i związana z nim pluralistyczna, demokratyczna instrumentalizacja prawa są niemożliwe.

7.2. O potrzebie przekraczania granic (własnych)

Zygmunt Ziemiński przy różnych okazjach, nie bez sarkazmu, zauważał, że polska teoria prawa zdominowana jest przez osiągnięcia jurysprudencki zachodniej, a sobie pozostawia odkrywanie i komentowanie głównie angloamerykańskich naukowych osobistości i proponowanych przez nich teoretycznych osobliwości. Polskiemu teoretykowi i filozofowi prawa trudno byłoby wskazać porównywalny przykład oddziaływania w kierunku przeciwnym. Symptomatycznym pod tym względem przypadkiem jest koncepcja racjonalnego prawodawcy, z jednej strony uznawana za szczególnie ważny składnik dorobku naszej rodzimej myśli prawniczej, opatrywany takimi określeniami, jak „paradygmat”⁴¹⁷, „aksjomat” niepodlegający uchyleniu w toku interpretacji prawniczej⁴¹⁸, „klucz” do problematyki dogmatycznej⁴¹⁹, z drugiej jednak strony, z mniej lub bardziej krytycznego dystansu, odnotowuje się lokalny charakter tej koncepcji⁴²⁰, uznaje się ją za „specyficzną cechę polskiej kultury prawnej”⁴²¹. To ostatnie określenie nie tylko zawiera,

⁴¹⁷ P. Kantor-Kozdrowicki, *Racjonalność prawodawcy jako paradygmat nauk prawnych*, „Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis” 7, 2018, nr 1, s. 95 n.

⁴¹⁸ Z. Ziemiński, *O wynikaniu norm z norm*, [w:] *Rozprawy logiczne. Księga pamiątkowa ku czci Kazimierza Ajdukiewicza*, red. T. Kotarbiński, Warszawa 1964, s. 245; L. Nowak, *Spór o definicje legalne a sposób „pojnowania prawodawcy”*, „Państwo i Prawo” 1969, nr 3, s. 514. Nowak określa „założenie racjonalności normodawcy jako swój [to jest prawników — A.B.] dogmat” (L. Nowak, *Zygmunta Ziemińskiego koncepcja interpretacji. Pewne komentarze, dopełnienia i aplikacje*, [w:] *Umysł a rzeczywistość. Poznańskie studia z filozofii humanistyki*, t. 5, red. A. Klawiter, L. Nowak, P. Przybysz, Poznań 1999, s. 429).

⁴¹⁹ Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, s. 25.

⁴²⁰ Popularność teorii racjonalnego prawodawcy w Polsce może dziwić, gdyż „sądy innych krajów [...] czynią to niezmiernie rzadko i założenie o racjonalności prawodawcy nie odgrywa w ich orzecznictwie większej roli”, a jeżeli już, to — na przykład w Anglii i USA — „uważają je za wyłącznie domniemanie wzruszalne” (L. Morawski, *Teoria racjonalnego prawodawcy a postmodernizm*, „Państwo i Prawo” 2000, nr 11, s. 31). Podobnie w kontekście prawa europejskiego: M. Zirk-Sadowski, *Prawo a uczestniczenie w kulturze*, Łódź 1998, s. 92.

⁴²¹ M. Zirk-Sadowski, *Instytucjonalny i kulturowy wymiar integracji prawnej*, [w:] *Zmiany społeczne a zmiany w prawie*, red. L. Leszczyński, Lublin 1999, s. 41.

jak można sądzić, najbardziej adekwatną charakterystykę samej koncepcji, lecz także ma ten dodatkowy walor, że otwiera inspirującą z punktu widzenia też niniejszej pracy perspektywę analizy problematyki instrumentalizacji prawa i poszukiwanych związków między instrumentalnym (strategicznym) i komunikacyjnym ujęciem prawa.

Po pierwsze dlatego, że pozwala interesującą nas zależność przenieść na grunt polskich debat i skonfrontować z zaprezentowaną wyżej teorią działań komunikacyjnych Habermasa, tym bardziej że intensywność polskich dyskusji nad racjonalnością prawodawcy, zróżnicowanie stanowisk, ale też zarysowujące się w tej debacie trendy zachęcają do konfrontacji ze stanowiskiem niemieckiego filozofa. Co więcej, teorię racjonalnego prawodawcy i koncept racjonalności komunikacyjnej łączy to jeszcze, że każda z tych koncepcji racjonalności wprost — lub w interpretacjach komentatorów — łączona jest z tak zwaną głęboką strukturą działań z użyciem języka, z tą jednak istotną różnicą, że polska koncepcja powstawała jako teoria *per se*. Opierała się na podejściu strukturalistycznym, była naukoznawczym projektem zewnętrznej integracji prawoznawstwa, którego zastosowania praktyczne wymagały dopiero odpowiednich adaptacji. Natomiast teoria działania komunikacyjnego Habermasa od początku zorientowana była pragmatycznie, a przyjmowana koncepcja racjonalności miała stanowić dla tych działań teoretyczne ugruntowanie — pod względem koncepcyjnym nieporównywalnie jednak skromniejsze niż w polskim odpowiedniku.

I po drugie — to przesłanka z punktu widzenia strategii argumentacyjnej niniejszej pracy szczególnie istotna — mimo że punkty wyjścia obu koncepcji racjonalności są skrajnie odmienne (racjonalność instrumentalna w polskiej teorii i racjonalność komunikacyjna w niemieckiej), to jednak każda z nich otwiera drogę dla poszukiwań w kierunku wariantu konkurencyjnego. W polskim przypadku proces ten przebiegał ewolucyjnie i wymuszany był potrzebami praktyki prawniczej, początkowo dogmatycznoprawnej, a następnie orzeczniczej. W teorii działań komunikacyjnych odwoływano się do racjonalności instrumentalnej od samego jej początku, a przyczyny tego są strukturalne: konfrontowanie obu typów racjonalności — a wyjątkowo możliwość kooperacji między nimi, o czym pisałem wyżej — leży u źródeł konceptu działań komunikacyjnych. Kooperację tę dostrzec można tam, gdzie Habermas stara się podtrzymać rygor właściwy dla badań analitycznych, natomiast tam, gdzie w swojej teorii sięga po argumentację moralną, na żadne wyjątki, poza pejoratywną oceną, nie ma już miejsca. Racjonalność instrumentalna staje się *passé*.

Jeśli jednak, z przywołanymi wyżej zastrzeżeniami, uznamy funkcjonalną konieczność działań strategicznych w strukturze argumentacyjnej teorii Habermasa, to otwieramy przed sobą możliwość „odwróconej” interpretacji koncepcji racjonalności prawodawcy (racjonalności instrumentalnej) zaproponowanej przez Leszka Nowaka i rozwijanej przez innych polskich autorów z perspektywy założeń właściwych dla teorii działań komunikacyjnych. Bo taki właśnie kierunek przekształceń dostrzec można w zbiorowym projekcie, jakim jest polska teoria racjonalności prawodawcy. Dzięki temu prawnicza teoria „działania instrumentalnego” mogła za sprawą dorobku niemieckiego filozofa uzupełnić i rozszerzyć się o zapoznawany element komunikacyjnego wymiaru prawa. Adaptacyjne wyjście naprzeciw potrzebom prawników zauważyć można również po stronie Habermasa. Analiza zaprezentowana w *Teorii działania komunikacyjnego* opracowana została na gruncie języka ogólnego, jednak już w *Faktyczności i obowiązywaniu* znajdujemy jawne otwarcie się na problemy teoretycznoprawne. Modyfikacje te doprowadziły do przełamania — a przynajmniej osłabienia, zrelatywizowania — aporii wynikłych z odmiennych założeń, idei (a nawet ideologii), które przyświecały powstaniu niemieckiego i polskiego projektu. Parafrazując M. Zirka-Sadowskiego, można powiedzieć, że pierwsza droga była drogą „od filozofii (języka) do prawa”, druga — „od prawa do filozofii”, a centrum, wokół którego odbywa się obustronny ruch, wymuszający dostosowawcze zmiany, to pragmatycznie zorientowana teoria działania.

Obustronne osłabianie konfrontacyjnego charakteru relacji między działaniami komunikacyjnymi i działaniami strategicznymi można przyjąć za dowód na to, że odmiennie warianty rozumienia racjonalności, pierwotnie leżące u podstaw każdego z tych typów działań, również przebyły drogę wzajemnego zbliżania się do siebie — ścieżkę od konfrontacji do kooperacji. Innymi słowy, nie tylko Habermasowska racjonalność komunikacyjna, lecz także instrumentalna racjonalność w polskiej teorii racjonalnego prawodawcy zdaje się w coraz bardziej widoczny sposób przybierać postać tego, co Skąpska określiła jako racjonalność praktyczną. Niżej proponuję nieco bliżej przyjrzeć się polskiej drodze dochodzenia do racjonalności praktycznej. Naszą badawczą wyprawę chciałbym odbyć w trzech — oczywiście umownych — krokach.

7.3. Scjentyzm porzucony (krok pierwszy)

Bez wątpienia aktem fundacyjnym teorii racjonalnego prawodawcy jest praca Nowaka *Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawoznawstwa*⁴²². Ten tekst o niewielkich rozmiarach uznać należy pod każdym względem za dzieło przełomowe dla polskiej debaty nad problematyką racjonalności prawodawcy. Debata ta była bodaj najważniejszą dyskusją, jaka miała miejsce w polskiej teorii prawa. Jej ślady znaleźć można w wielu obszarach problemowych polskiej teorii prawa: od wykładni prawa i wnioskowań prawniczych, przez teorię norm, system prawa, aż po koncepcję źródeł prawa. Odnotować należy, że zasadniczo wszyscy uczestnicy tej debaty za punkt wyjścia swoich rozważań przyjmowali — aprobujące bądź krytyczne — odniesienie do teorii Nowaka. Ciągła, szeroka i dyskursywna jej obecność w pracach polskich teoretyków zwalnia mnie z potrzeby jej gruntownego referowania. Odwołam się tylko do wybranych, acz ważnych dla moich rozważań punktów tej dyskusji. Zaczniemy od końca, bo on jest dla nas szczególnie istotny.

W *Interpretacji prawniczej* poznański metodolog dochodzi do generalnego wniosku, że poszukiwany w naukach społecznych i humanistycznych „model wyjaśniania przez idealizację i konkretyzację nie stosuje się do interpretacji prawniczej”, bowiem „jej przesłanki nie są sprawdzane empirycznie”⁴²³. Ta odmienność miała brać się stąd, że interpretacja przeprowadzana przez prawoznawców kształtowana jest przez racje poza-poznawcze i ma charakter adaptacyjny. Wynikać to ma ze społecznej funkcji prawoznawstwa, z jego mocnego powiązania z praktyką społeczną⁴²⁴. Konkluzja ta otworzyła drogę do usytuowania elementów składających się na zawartość teorii racjonalnego prawodawcy już nie jako założeń empirycznej teorii wyjaśniającej interpretacyjne zachowania prawników, lecz jako formalnego założenia legitymizującego operatywne działania podejmowane w procesie wykładni (egzegezy) prawa oraz rozstrzygania problemów walidacyjnych⁴²⁵. Teoria wyjaśniania,

⁴²² Wcześniej (1968) ukazała się praca *Próba metodologicznej charakterystyki prawoznawstwa*, w której autor zaprezentował zręby swojej teorii, podtrzymywanej i rozwijanej również w późniejszych opracowaniach. Monografia z 1968 roku oparta była jednak na metodologicznych założeniach hipotetyzmu K. Poppera, z których Nowak w następnych latach zrezygnował, zastępując je metodą idealizacji-konkretyzacji. Wyrazem tej modyfikacji była praca: L. Nowak, *Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawoznawstwa*, Warszawa 1973.

⁴²³ L. Nowak, *Interpretacja prawnicza*, s. 178.

⁴²⁴ *Ibidem*, s. 179–180.

⁴²⁵ Z. Ziemiński w swoim dziele *Problemy podstawowe prawoznawstwa* wraca do koncepcji racjonalności prawodawcy wielokrotnie, jednak najbardziej rozbudowaną

która w latach sześćdziesiątych i siedemdziesiątych miała aspirować do argumentacji w sporze o naukowość prawoznawstwa, przekształciła się w argument użyteczny w zawodowej praktyce uzasadniania podejmowanych decyzji. Racjonalny prawodawca nie jest już idealizacją prawodawcy realnego — metodologicznym założeniem ujawniającym głęboką strukturę nauki, lokalnym odpowiednikiem „prawa naukowego”, przydatnym w procesie poznawania-wyjaśniania faktycznych czynności interpretacyjnych prawnika — a konstrukcją pojęciową, tworem myśli prawniczej, który, jak powiada Ziemiński, „ma takie cechy, jakie mu z założenia przypiszemy”⁴²⁶. Poszukiwanie empirycznej teorii prawodawcy ostatecznie zaprowadziło poznańską szkołę teorii prawa do spragmatyzowanej, normatywnej teorii postępowania prawniczego. To ten właśnie teoretyczny „moment” okazał się, moim zdaniem, dla polskiej teorii prawa przełomowy: zamknął toczone wcześniej dysputy wokół naukowości prawoznawstwa i otworzył przestrzeń dla rozważań o optymalizacyjnej funkcji twierdzeń teorii prawa wobec dogmatyki prawa i praktyki prawniczej. Założenie o racjonalności prawodawcy delegitymizowane w obszarze epistemologii prawniczej znalazło dla siebie nowe miejsce w rzeczywistej praktyce prawniczej. Zlokalizowane przez Nowaka w „głębokiej strukturze” nauki prawa założenie racjonalności prawodawcy znalazło nowe zastosowanie na jej „powierzchni”⁴²⁷. Można to nazwać pragmatycznym przełomem w podejściu polskiego prawoznawstwa do teorii racjonalnego prawodawcy albo też przejściem naukowego konceptu racjonalnego prawodawcy przez potoczną teorię prawa (*folk theory of law*)⁴²⁸.

Teza o empirycznie nieweryfikowalnym charakterze twierdzenia o racjonalności prawodawcy, poprzez socjalizację tegoż twierdzenia w praktyce orzeczniczej polskich sądów, doprowadziła do rzeczywistych, quasi-empirycznych następstw prawnych. To dzięki niej prawnik może — w granicach wyznaczonych przez reguły zbudowane na przypisywanych prawodawcy wiedzy i preferencjach — podejmowane przez siebie

charakterystykę konstrukcji tej koncepcji przedstawia w rozdziale piątym *Fakty prawotwórcze oraz reguły ich egzegezy*, a w szczególności w jego punkcie 5.3.5 zatytułowanym *Rola reguł egzegezy w ramach rozwiniętej koncepcji źródeł prawa* (zob. Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, s. 268 n.).

⁴²⁶ *Ibidem*, s. 271–272.

⁴²⁷ Ta nowa pozycja założenia o racjonalności okazała się możliwa „nie tylko dzięki jego stopniowemu przeniknięciu z języka nauki do języka prawniczego praktyki prawniczej i potocznego języka prawniczego, ale też dzięki przeniesieniu go z dziedziny filozofii i metodologii nauk do sfery naiwnej konceptualizacji świata (w szczególności naiwnej konceptualizacji prawa)” (S. Wojteczak, *Wpływ konceptu „racjonalnego prawodawcy” na polską kulturę prawną*, [w:] *Wielowymiarowość prawa*, red. J. Czapska, M. Dudek, M. Stępień, Toruń 2014, s. 87.

⁴²⁸ *Ibidem*, s. 88.

czynności z obszaru walidacji i egzegezy tekstu uzasadniać w sposób, który może zyskać akceptację środowiska tegoż prawnika. Im bardziej formalnie ujęte są wiedza i preferencje prawodawcy (na przykład przypisywana prawodawcy wiedza o języku otwierająca drogę do konstruowania reguł logicznej inferencji norm czy reguł rekonstrukcji norm z przepisów; przypisywana prawodawcy spójność/przechodniość preferencji/ocen umożliwiającą argumentację z analogii)⁴²⁹, tym bardziej dyspozytywne stają się reguły, na których prawnik może budować swoją argumentację. To spór dogmatycznoprawny, a w jeszcze większym stopniu sala sądowa stają się przestrzeniami, w których przyjęte założenie o racjonalności prawodawcy wypełnia się stosowną — powiązaną z rozpatrywanymi okolicznościami — treścią. Dorobek analitycznej teorii prawa wsparty na założeniu o racjonalności i ujęty w kształt reguł prawniczego postępowania znajduje dzięki temu swoje powiązanie z tak zwaną społeczną funkcją dogmatyki prawa i potwierdzenie w niej⁴³⁰. Rozwiązywanie problemów dogmatycznych prawoznawstwa zyskuje dzięki temu możliwość realizacji dwóch ważnych dla praktyki prawniczej postulatów: z jednej strony — postulatu niearbitralności decyzji podejmowanych przez prawników, co umożliwić ma jasne sformułowanie reguł walidacyjnych i reguł egzegezy i co zarazem oznaczać będzie spełnienie społecznego oczekiwania bezpieczeństwa prawnego; z drugiej strony, przez semantyczną i funkcjonalną nieokreśloność reguł, proponowany przez analityczną teorię prawa ich formalny kształt, reguły te sprzyjać mają elastyczności w rozwiązywaniu podejmowanych problemów, otwierając drogę do wypełniania ich sytuacyjnie adekwatną treścią⁴³¹.

Założenie o racjonalności prawodawcy nie zrywa związków z realnym prawodawcą. Realizacja postulatu jasności prawa osiągnana jest na podstawie rekonstrukcjonistycznego podejścia w badaniach nad językiem prawnym⁴³². Badania te służą doprecyzowaniu prawoznawczej aparatury pojęciowej, wykorzystywanej następnie przez prawników w celu pełniejszego i pewniejszego rozumienia tekstów pochodzących od realnego prawodawcy. Chodzi o — jak ujął to Ziemiński — „możliwie najdalej posuniętą zgodność przyjmowanych wyników ze z góry przyjętymi kryteriami”, aby „w ten sposób ugruntować w społeczeństwie przekonanie, iż rozstrzygnięcia problemów dogmatycznych nie są

⁴²⁹ Por. L. Nowak, *Interpretacja prawnicza*, s. 53–54.

⁴³⁰ Z. Ziemiński, *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, s. 30 n.

⁴³¹ *Ibidem*, s. 31.

⁴³² Zob. Z. Ziemiński, *Deskrypcjonistyczna i rekonstrukcjonistyczna analiza języka w prawoznawstwie*, „Studia Prawnicze” 1985, nr 3–4.

dokonywane w sposób arbitralny, lecz opierają się na woli prawodawcy ujętej w ściśle określone ramy prawodawstwa⁴³³.

Oczywiście sam kształt reguł rządzących dochodzeniem do rozumienia tekstów prawodawcy oparty jest na dorobku doktryny prawniczej i stanowi istotny fragment zastanej kultury prawnej. W tym zakresie skutki stosowanych reguł nie będą już podlegać kontroli realnego prawodawcy. Nie może być jednak mowy o arbitralności decyzyjnej prawników. Kultura prawna ma być w takim samym stopniu niedyspozytywna zarówno dla prawnika, jak i dla prawodawcy. Z kolei postulat sytuacyjnej adekwatności w rozwiązywaniu podejmowanych problemów i rozstrzygnięciu sporów sądowych nie powinien być traktowany jako argument przeciwko formalizacji założenia racjonalności prawodawcy jako takiej. Jest to raczej postulat skierowany w stronę edukacji prawniczej, abyśmy jako prawnicy byli zdolni do korzystania nie tylko z adekwatnej wiedzy, *stricte* prawniczej, lecz także ze społecznie podzielanych wartości. Chodzi zatem o „kompromis rzeczywisty osiągany przez możliwie precyzyjne sformułowanie przyjmowanych reguł walidacyjnych i reguł egzegezy” oraz o oczekiwanie, że prawnicy będą odwoływać się do „stanu wiedzy i systemu wartości takich, jakie będą w danej chwili przyjmowane w takim a takim kręgu społecznym⁴³⁴.

Krytyka koncepcji racjonalności prawodawcy, ukształtowanej w poznańskim ośrodku teorii i filozofii prawa, podjęta została przez krajowych adwersarzy z różnych punktów widzenia: filozoficznego racjonalizmu i filozofii języka⁴³⁵ czy też z powołaniem się na aksjologię i antropologię marksistowską⁴³⁶. Ten ostatni kierunek zmobilizował samego Nowaka do istotnej weryfikacji jego pierwotnej koncepcji, jednak nie miało to już wpływu na prawoznawstwo⁴³⁷. Proces socjalizacji „założenia o racjonalności” w polskiej doktrynie prawniczej przybrał postać praktyki autonomicznej. Najobszerniejsza, już *stricte* prawnicza krytyka teorii racjonalności prawodawcy Nowaka podjęta została przez

⁴³³ Z. Ziemiński, *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, s. 31.

⁴³⁴ *Ibidem*.

⁴³⁵ Zob. np. J. Czaja, *O nieracjonalności pojęcia „racjonalnego ustawodawcy”*, [w:] *Studia z filozofii prawa*, red. J. Stelmach, Kraków 2001.

⁴³⁶ Zob. na przykład J. Tittenbrun, *Dialektyka i scholastyka. O pewnej próbie obalenia Marksza*, Warszawa 1986.

⁴³⁷ Zob. L. Nowak, *U podstaw teorii socjalizmu*, t. 3. *Dynamika władzy*, Poznań 1991. Modyfikacja dotyczyła zasadniczej kwestii, to jest adekwatności na gruncie humanistyki założenia o racjonalności podmiotu. Jak pisał, „zasada racjonalności nie jest uniwersalną koncepcją humanistyczną, lecz ma właściwy sobie zakres stosowalności, znacznie skądinąd węższy niż na ogół się sądzi” (*ibidem*, s. 74).

Langa, Morawskiego i Gawrysiaka⁴³⁸. Była to próba nie tyle podważenia samej teorii, ile limitowania jej prawniczego zastosowania z najbardziej bodaj wpływową, bliską intuicjom praktyki prawniczej, propozycją korekty — zastąpienia twierdzenia o niepodważalnym statusie założenia o racjonalności prawodawcy konstruktem domniemania usuwalnego (*praesumptio iuris tantum*)⁴³⁹. W ten sposób mielibyśmy otrzymać praktyczny kompromis między faktyczną władzą prawodawcy i faktyczną władzą sędziego posługującego się tekstem prawnym⁴⁴⁰. Miałoby to zaświadczać o pragmatyzmie proponowanej modyfikacji, a tym samym prowadziłyby to do odejścia od scjentystycznych założeń leżących u podstaw koncepcji Nowaka. Niewątpliwą zasługą toruńskich autorów było to, że właśnie konstrukt prawodawcy „racjonalnego”, a nie „doskonałego”, upowszechnił się w naszej kulturze prawnej⁴⁴¹.

7.4. Racjonalność kultury prawnej (krok drugi)

Poglądy i koncepcje naukowe mogą kształtować się w ogniu środowiskowej krytyki dotyczącej ich wyjściowych założeń. Mogą jednak również powstawać inspirowane zastanymi poglądami, które piszący próbują usytuować w odmiennej perspektywie badawczej. Niżej chciałbym przywołać dwie takie próby. Pierwszą z nich można nazwać „adaptacją” teorii racjonalnego prawodawcy, gdyż nie podważa ona żadnego z założeń czy twierdzeń tej teorii, a jedynie lokuje ją w ramach pewnej autorskiej propozycji badawczej. Tak postrzegam odwołania się do

⁴³⁸ W. Lang, L. Morawski, T. Gawrysiak, *Interpretacja prawnicza jako szczególnie rodzaj interpretacji humanistycznej*, „Studia Filozoficzne” 1975, nr 12 (121); W. Lang, L. Morawski, T. Gawrysiak, *Koncepcja „prawodawcy doskonałego” i jej zastosowanie w prawoznawstwie. Próba krytycznej analizy książki Leszka Nowaka „Interpretacja prawnicza”*, „Państwo i Prawo” 1976, z. 1–2, s. 127 n.

⁴³⁹ Warto odnotować, że propozycja ta koresponduje z metodologią przyjmowaną przez samego Nowaka w jego pierwotnej wersji koncepcji racjonalności, opartej na hipotezie K. Poppera — zob. przypisy 416.

⁴⁴⁰ Jak piszą autorzy, konsekwencje proponowanej przez nas modyfikacji teorii L. Nowaka, „w myśl której racjonalny prawodawca akceptuje na zasadzie wyjątku [...] regułę tolerancji w odniesieniu do pewnych sprzeczności merytorycznych w prawie obowiązującym oraz regułę tolerancji w odniesieniu do nieefektywności niektórych przepisów prawnych [...] stanowią wyraz racjonalnego kompromisu wartości, który osiągnąć jest w procesie tworzenia, stosowania i interpretowania prawa. Reguły te mają charakter pragmatyczny” (W. Lang, L. Morawski, T. Gawrysiak, *Koncepcja „prawodawcy doskonałego” i jej zastosowanie w prawoznawstwie*, s. 133–134).

⁴⁴¹ Szerzej na ten temat: A. Bator, *Założenie racjonalnego prawodawcy w polskiej debacie teoretycznoprawnej. Punkt wyjścia i jego krytyka*, [w:] *Księga Jubileuszowa z okazji siedemdziesięciopięciolecia Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego*, red. M. Jabłoński, S. Żukowska, Wrocław 2020, s. 27 n.

konceptu racjonalności prawodawcy poczynione przez Kozaka w jego juryscentrycznej koncepcji prawa, prawoznawstwa i praktyki prawniczej. Druga propozycja na rysowanej w tym rozdziale pragmatyzującej ścieżce zaprowadzi nas jeszcze dalej, ingeruje bowiem w twierdzenia należące do „rdzenia” teorii racjonalnego prawodawcy Nowaka. Jest to ingerencja konieczna z punktu widzenia proponowanej perspektywy badawczej. Ten drugi kierunek reprezentować będzie Marka Zirka-Sadowskiego propozycja ujmowania racjonalnego prawodawcy jako elementu prawniczej kompetencji komunikacyjnej. Zaczniemy od juryscentrycznej ścieżki.

Artur Kozak z uznaniem odnosi się do teorii Nowaka. Nie polemizuje z nią, a jedynie problematyzuje rezultaty badań poznańskiego filozofa. Konkluzje Nowaka zdają się dopiero otwierać drogę do rozważań wrocławskiego teoretyka, a ostatnie zdanie z *Interpretacji prawniczej* mogłoby wręcz posłużyć za motto dorobku Kozaka, w szczególności jego monografii *Granice prawniczej władzy dyskrecjonalnej*. Nowak w konkluzji swojej rozprawy o interpretacji prawniczej stwierdza, że choć prawoznawstwo jest: „najbliższe idealizacyjnego modelu nauki, niemniej model ten obala”. Tezę o empirycznej weryfikowalności trzeba zatem „sformułować ze stosownym ograniczeniem — nie dotyczy ona nauk stosujących interpretację adaptacyjną. Nie świadczy to jednak [...] o osobliwości struktury logicznej prawoznawstwa. Świadczy to tylko o osobliwościach roli społecznej prawnika”⁴⁴².

Kilka akapitów wcześniej poznański metodolog zauważa, że empiryczna niesprawdzalność twierdzeń prawoznawstwa, odmiennie aniżeli na przykład w fizyce, nie oznacza, że:

na terenie prawoznawstwa nie spełniona jest zasada intersubiektywnej kontrolowalności wygłaszanych twierdzeń, a więc że nie ma jakichś kryteriów akceptacji twierdzeń wspólnych dla całej grupy naukowej. Gdyby tak było, wówczas nie byłoby żadnych podstaw do rozstrzygnięcia [...]. Kryteria akceptacji wygłaszanych twierdzeń, i to kryteria w znacznej mierze upowszechnione w danej kulturze prawnej, jednak w prawoznawstwie istnieją⁴⁴³.

Prace Kozaka pokazują, w jaki sposób kształtują się takie właśnie kulturowe kryteria identyfikacji prawniczej grupy zawodowej integrującej środowisko nauki (teorii, dogmatyki prawa) oraz praktyki orzeczniczej. Odbywa się to poprzez zawodową socjalizację ujętą w ramy instytucji — od uniwersytetu zaczynając, poprzez aplikacje prawnicze, na praktyce orzeczniczej kończąc. Szczególną pozycję w kontynentalnej kulturze prawnej zajmuje historycznie ugruntowane, zainicjowane jeszcze przez

⁴⁴² L. Nowak, *Interpretacja prawnicza*, s. 209.

⁴⁴³ *Ibidem*, s. 204.

średniowiecznych scholastyków, „myślenie analityczne” (ostatnia książka Kozaka, przypomnijmy, nosi tytuł *Myślenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej*). Siła oddziaływania jest tak duża, że myślenie prawnicze bliskie jest rozumowaniom matematycznym, a pewność osiągniętych konkluzji podobna do twierdzeń opartych na prawach przyrody⁴⁴⁴. Autor jednak dodaje, że „elementy ograniczające swobodę decyzyjną są oczywiste i rzeczywiste tylko dla samych prawników, którzy oglądają świat z własnej, wewnątrz-instytucjonalnej perspektywy”⁴⁴⁵. To stwierdzenie wydaje się głównym przesłaniem myślenia na sposób juryscentryczny.

W wersji juryscentrycznej za konstrukcją racjonalnego prawodawcy nie kryje się już prawoznawca zdeterminowany potrzebami rozstrzygnięcia problemów dogmatycznoprawnych oraz prawnik przekładający tę wiedzę na zawodowe umiejętności — jak można sądzić na podstawie interpretacji adaptacyjnej Nowaka i jego poznańskich kontynuatorów — ani tym bardziej realny prawodawca, co po części przynajmniej widoczne jest jeszcze u autorów toruńskich. „Ustami racjonalnego prawodawcy przemawia do nas kultura prawna, w której żyjemy i działamy”⁴⁴⁶. Racjonalny prawodawca jest zatem symbolicznym *clou* naszej kultury prawnej i to dzięki tej właśnie konstrukcji doktrynalnej można formułować twierdzenia o interpretacyjnym (egzegetycznym) paradygmacie, który z „jednej strony chroni nas przed samowolą pojedynczych prawników, z drugiej — nie pozwala, by w praktyce prawniczej odzwierciedlały się polityczne koniunktury, kierujące postępowaniem realnych prawodawców”⁴⁴⁷.

Racjonalny prawodawca w ujęciu Kozaka przestał być zatem teoretyczną „konstrukcją” czy też formalnym założeniem, które pozwala wyjaśniać lub uzasadniać interpretacyjne czynności podejmowane przez prawoznawców i — w ślad za nimi — również przez decydentów, co ostatecznie okazało się tak kłopotliwe dla Nowaka w jego dążeniu do wpisania prawoznawstwa w idealizacyjny model nauki. Na gruncie racjonalności prawodawcy usytuowanej jako składnik kultury prawnej wykładnia adaptacyjna nie jest już wyzwaniem dla prawoznawczych roszczeń do naukowości; jest tylko pewną — z czasem dość oczywistą

⁴⁴⁴ Zob. A. Kozak, *Myślenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej*, Wrocław 2010, s. 76. W innym miejscu autor stwierdza, że „jej [myśli prawniczej] struktura i treść nie mają charakteru przygodnego, lecz — w znacznym stopniu — konieczny, ukształtowany przez społeczny kontekst. Ten punkt nie podlega negocjacji, podobnie jak nienegocjowalne są prawa przyrody” (*ibidem*, s. 51).

⁴⁴⁵ A. Kozak, *Granice prawniczej władzy dyskrecyjnej*, s. 14–15.

⁴⁴⁶ *Ibidem*, s. 152.

⁴⁴⁷ *Ibidem*.

dla sędziów, bo socjalizowaną w ramach instytucji prawnych — zawodową praktyką postępowania, ugruntowaną w aksjologicznie i politycznie neutralnym dorobku analitycznej teorii prawa. Neutralność ta ma być receptą zarówno na ryzyko woluntaryzmu prawniczego, jak i na — nie mniej groźną — perspektywę unicestwienia sędziowskiej decyzyjności przez polityczną władzę realnego prawodawcy. Niezaangażowane prawoznawstwo w wersji juryscentrycznej przestało dywagować nad samym sobą, a zaczęło legitymizować praktykę prawników. Racjonalność prawodawcy stała się znakiem rozpoznawczym tej legitymizacji⁴⁴⁸. Stygmat nauki nie zanikł zatem, choć zmieniła się jego funkcja. Zawodowa praktyka prawnicza ukształtowana jest w głównej mierze na podstawie dorobku analitycznej teorii prawa, a wytworzona przez nią aparatura pojęciowa konstituować ma ramy i formy wykonywania przez prawnika jego społecznej roli. Analityczna jurisprudencja — spięta w całość konstrukcją racjonalnego prawodawcy — musi przejść próbę instytucjonalnej socjalizacji, a gdy tak się stanie, nabędzie argumentacyjnej siły oddziaływania na życie społeczne porównywalnej z empiryczną weryfikowalnością twierdzeń nauk przyrodniczych. Analityczna teoria prawa Leszka Nowaka stała się w ten sposób teorią postanalityczną Artura Kozaka.

7.5. W kierunku kompetencji komunikacyjnej (krok trzeci)

Przywołany wyżej jako punkt wyjścia dla juryscetrycznej interpretacji racjonalności prawodawcy cytat z pracy Nowaka może posłużyć również za otwarcie rozważań o racjonalności prawodawcy w perspektywie proponowanej przez Marka Zirka-Sadowskiego. Skonkludowany przez autora *Interpretacji prawniczej* brak empirycznej weryfikowalności twierdzeń prawoznawstwa, jak już wiemy, nie oznacza, że „na terenie prawoznawstwa nie ma kryteriów akceptacji twierdzeń wspólnych dla całej grupy naukowej”. Łódzki teoretyk odsyła nas w tej materii do bliskiej czytelnikowi niniejszej pracy koncepcji, a mianowicie do komunikacyjnego ujęcia prawa osadzonego w dorobku Habermasa, a dokładniej — do jego konceptu tak zwanej uniwersalnej pragmatyki.

⁴⁴⁸ „Kategoria *prawodawca racjonalny* w dyskursie prawniczym występuje jako element legitymujący decyzje stosowania prawa” (A. Kozak, *Granice prawniczej władzy dyskrecyjnej*, s. 149). We wcześniejszej pracy Kozak nazywał również racjonalnego prawodawcę „kategorią teoretyczną”, przeciwstawiając ją „ideologii”. Była ona teoretyczna w tym sensie, że miała referować „realny mechanizm interpretacji prawa” (A. Kozak, *Charakterystyka kategorii „racjonalny prawodawca” w sądowym stosowaniu prawa*, [w:] *Filozoficzno-teoretyczne problemy stosowania prawa*, red. M. Zirk-Sadowski, Łódź 1997, s. 134).

Można to uznać za dalszy krok na drodze do pogłębiania pragmatycznej reorientacji w postrzeganiu dorobku analitycznej teorii prawa. Dodajmy tylko, że termin „pragmatyka” oznacza tu o wiele więcej aniżeli tylko „praktyczną użyteczność proponowanych twierdzeń”. Wyraża on pewien typ postawy, reorientującej uczestników określonej praktyki społecznej na komunikacyjny wymiar języka. Zmienia to również charakterystykę samego prawa oraz powiązanej z nim zawodowej praktyki prawniczej. Interpretacja prawa (egzegeza tekstu) nie służy już poznawaniu „woli” prawodawcy — realnego bądź fikcyjnego — ale udanej komunikacji uczestników sporów prawnych.

Aby jednak reorientacja taka mogła nastąpić, niezbędny jest rozbrat z zasadniczym dla Nowaka założeniem badawczym, a mianowicie twierdzeniem, że prawoznawstwo poszukujące rozwiązania swoich problemów walidacyjnych i interpretacyjnych ma — przynajmniej w sensie metodologicznym — „idealizacyjno-konkretyzacyjny charakter”⁴⁴⁹. Teza ta, przypomnijmy, została uchylona przez samego Nowaka tylko częściowo, to jest w kwestii empirycznej sprawdzalności twierdzeń prawoznawstwa, jednak z zachowaniem samego „schematu wyjaśniania”⁴⁵⁰. Zasadniczym powodem tego rozejścia się z pierwotną wersją teorii racjonalnego prawodawcy jest, zdaniem Zirk-Sadowskiego, „zjawisko usamodzielniania [się] kontekstu uzasadniania” w prawoznawstwie i leżąca u podstaw tej tendencji racjonalność praktyczna⁴⁵¹. Autonomia tegoż kontekstu oraz jego dominacja w prawoznawstwie wyrasta z potocznego rodowodu procedur poznawczych stosowanych w uzasadnieniach prawniczych. Metoda prawoznawstwa ma zatem zasadniczo nie różnić się od metod stosowanych w poznaniu potocznym⁴⁵². Argument ten zdaje się burzyć ostatni, proceduralny szaniec obrony, gdy chodzi o zastosowanie w prawoznawstwie metody idealizacyjno-konkretyzacyjnej. Tak jednak być nie musi, bowiem — jak zastrzega Zirk-Sadowski — „konkretyzacja, jeśli upierać się przy tezie, że prawoznawstwo [...] opiera się na metodzie idealizacyjnej, ma [...] charakter czysto pojęciowy”, a polega na „rekonstrukcji ukrytych założeń tez używanych w prawoznawstwie,

⁴⁴⁹ M. Zirk-Sadowski, *Konstrukcja racjonalnego prawodawcy a kompetencja komunikacyjna*, [w:] *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, red. S. Wronkowska, M. Zieliński, Poznań 1990, s. 438.

⁴⁵⁰ L. Nowak, *Interpretacja prawnicza*, s. 170, 180.

⁴⁵¹ M. Zirk-Sadowski, *Konstrukcja racjonalnego prawodawcy a kompetencja komunikacyjna*, s. 437. Autor odwołuje się do „procedur poznawczych tzw. wiedzy potocznej” separujących kontekst uzasadniania od kontekstu odkrycia i zakładających dominację tego pierwszego. Pisze, że „w zakresie zagadnień walidacyjnych, jak również interpretacyjnych, uzasadnienie decyzji jest w gruncie rzeczy jedynym problemem interesującym praktykę, a dogmatyki prawa starają się tę problematykę zaspokoić” (*ibidem*, s. 435).

⁴⁵² *Ibidem*, s. 437.

np. dyrektyw interpretacyjnych”⁴⁵³. Są to już zatem założenia co do języka używanego w argumentacji prawniczej. Elementem tego języka może być także pojęcie („ukryte założenie”) racjonalności prawodawcy.

Pojęciowy i optymalizacyjny charakter tez, którymi posługuje się prawoznawstwo, sprawia, że z wyjściowych przesłanek teorii racjonalnego prawodawcy Nowaka w istocie rzeczy pozostaje teza o „głębokiej strukturze nauk prawnych” i posadowionej w jej ramach konstrukcji racjonalnego prawodawcy. Jak pisze Zirk-Sadowski: „Jeśli odrzucimy tezę o idealizacyjno-konkretyzacyjnym charakterze prawoznawstwa [...], to musimy odpowiedzieć na pytanie, jak można dotrzeć do głębokich struktur nauk prawnych i jaki jest status metodologiczny zawartej w nich konstrukcji racjonalności prawodawcy”⁴⁵⁴.

Jest to już jednak racjonalność inaczej pojmowana, a mianowicie racjonalność w komunikacyjnie skutecznym posługiwaniu się przez środowisko prawników językiem, spełniająca tak zwane roszczenia ważności (zrozumiałości, szczerości, prawdziwości, słuszności). Materiałem badawczym dla poszukiwanej racjonalności są poszczególne akty mowy dostarczane przez praktykę dogmatyczną i orzecznictwą, a „rekonstrukcja działań komunikacyjnych, która ujawnia racjonalność, polega na wskazaniu warunków umożliwiających skuteczne dokonywanie działań komunikacyjnych”⁴⁵⁵. Racjonalny prawodawca ustępuje tu miejsca racjonalnym warunkom wykonywania aktów mowy — racjonalności dyskursu prawniczego.

Warunki, o których mowa, tworzą tak zwaną kompetencję komunikacyjną opisywaną przez teorię aktów mowy, a będącą zbiorem ogólnych reguł organizowania w system elementów sytuacyjnych składających się na dokonywane akty mowy. Na poziomie aktów mowy — podobnie jak na poziomie języka, którego dotyczyły warunki racjonalności opisywane przez Nowaka — mamy również do czynienia z idealizacją, jednak już nie z idealizacją autora tekstu (prawodawcy) czy — w późniejszej fazie rozwoju teorii — z formalnym założeniem umocowującym prawnika do działania korygującego wytwory prawodawcy, ale z „idealną sytuacją” generującą wzajemne komunikowanie się mówców i słuchaczy. Ta idealna sytuacja ujęta jest w program budowania tak zwanej uniwersalnej pragmatyki, który ma być teorią aktów mowy opisującą system reguł komunikowania się, niezależnych od specyfiki poszczególnych języków i sytuacyjnie zmiennych kontekstów wypowiedzi⁴⁵⁶. Jak

⁴⁵³ *Ibidem*, s. 434.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, s. 438.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, s. 439.

⁴⁵⁶ J. Habermas, *Communication and the Evolution of Society*, Boston 1979, s. 26 n.

dalej interpretuje to ważkie dla teorii działań komunikacyjnych pojęcie Zirk-Sadowski, „uniwersalna pragmatyka, jako teoria, buduje zatem nomologiczne hipotezy oparte na rekonstrukcji pojęciowych struktur, które leżą u podstaw symbolicznych formacji dyskursu prawniczego”⁴⁵⁷.

Jak widać, bliższa charakterystyka poznawczej funkcji uniwersalnej pragmatyki nawiązuje do siatki pojęciowej metodologicznego naturalizmu Nowaka („nomologiczne hipotezy”). Zasadniczo nie zmienia się tu także podejście do badań nad samym językiem. Wykrywanie warunków idealnej sytuacji mowy możliwe jest bowiem — jak pisze Zirk-Sadowski, odwołując się do Habermasa — również przy użyciu rekonstrukcyjnych metod analizy pojęciowej⁴⁵⁸. Niesie to za sobą między innymi taki skutek, że pozwala zachować wpływowość w literaturze prawniczej przekonanie, szczególnie akcentowane wśród autorów odwołujących się do naukowego dziedzictwa Nowaka, o formalizującym charakterze założeń składających się na racjonalność prawodawcy. Inne są tylko w tym przypadku podmioty, którego działania są racjonalizowane (zawodowe środowisko prawników zastępujące prawodawcę), oraz funkcja pojęcia racjonalności (rozumienie jako warunek ewentualnego porozumienia w miejsce władczej decyzji). Racjonalność komunikacyjna pozostaje jednak racjonalnością działania. Zmianę tę określić można jako przeniesienie wymiaru wertykalnego analizy na poziom horyzontalny.

Racjonalność instrumentalna leżąca u podstaw interpretacji humanistycznej (Jerzy Kmita) oraz jej prawniczej adaptacji (Nowak i jego kontynuatorzy) zastąpiona zostaje racjonalnością komunikacyjną. Zmianą adaptacyjną jest natomiast umiejscowienie konstrukcji racjonalnego prawodawcy w ramach przyjętej perspektywy komunikacyjnej. Jakkolwiek *prima facie* pojawia się więcej powodów, aby zamiast o racjonalności prawodawcy mówić tu o racjonalności prawniczej lub racjonalności prawników (co przypomina juryscentryczny program Kozaka), to jednak konstrukcja racjonalnego prawodawcy pozostawia również w ujęciu komunikacyjnym swój znaczący ślad. Jest ona dostrzegalna w głębokiej strukturze aktów mowy będących aktami wykonania tych fragmentów języka naturalnego, które odpowiadają językowi prawnemu⁴⁵⁹. Prawnicza kompetencja komunikacyjna i oparte na niej środowiskowe roszczenia prawników, wzajemnie zgłaszane w ich zawodowym dyskursie, mają bowiem odpowiadać „warunkom składającym

⁴⁵⁷ M. Zirk-Sadowski, *Konstrukcja racjonalnego prawodawcy a kompetencja komunikacyjna*, s. 443.

⁴⁵⁸ Zob. J. Habermas, *Communication and the Evolution of Society*, s. 6.

⁴⁵⁹ M. Zirk-Sadowski, *Konstrukcja racjonalnego prawodawcy a kompetencja komunikacyjna*, s. 441.

się na zakładaną konstrukcję prawodawcy”⁴⁶⁰. Na koniec oddajmy raz jeszcze głos Zirk-Sadowskiemu:

W literaturze prawniczej często podkreśla się, że ma ona [konstrukcja racjonalnego prawodawcy — A.B.] charakter formalny, co z reguły oznacza, iż nie przesądza ona treści wartości, które chronić ma decyzja interpretacyjna [...]. Formalność tej konstrukcji wynika z faktu, że kompetencja komunikacyjna okazuje się aspektem pragmatyki, którą Habermas określa uniwersalną. Uniwersalna pragmatyka jest rozumiana jako ogólna teoria aktów mowy, która opisuje system reguł komunikowania się, niezależnie od specyfiki poszczególnych języków i przypadkowych kontekstów wypowiedzi [...]. Konstrukcja racjonalnego prawodawcy jest rezultatem rekonstrukcji pojęciowej struktur, które leżą u podstaw symbolicznych formacji dyskursu prawniczego⁴⁶¹.

Z cytatu tego można wywieść dwa wnioski. Pierwszy, ogólniejszy dotyczyłby przekształceń koncepcji racjonalności prawodawcy, jej przesuwania się w stronę pragmatycznego myślenia o prawie, a zważywszy wyjątkowe miejsce teorii racjonalności w rodzimej kulturze prawnej, trend ten uznać można za potwierdzenie kierunku polskich prawnokulturowych zmian *in toto*. Wnioskiem węższym, nawiązującym do przywoływanej wcześniej koncepcji instrumentalnego (demokratycznego) pluralizmu Deweya, rozwijanej na prawnym gruncie przez Taekemę, byłaby teza następująca: konstrukcja racjonalnego prawodawcy przez jej formalny, uniwersalny (niezależny od kontekstu wypowiedzi) charakter może posłużyć za prawniczą teorię opisującą reguły wyposażające podmiot w kompetencję do działania. Każde realizujące tę kompetencję działanie dokonywane jest już w „nieprzypadkowym” kontekście i wiąże się z „przesądzeniem”, nadaniem przez działającego aktora określonej „treści wartości”. Wybrana wartość, upraszczając, to tyle, co cel podjętego działania, który wyznacza strategię akcji opartej na ogólnej, formalnej regule. Ta ostatnia, przez swoją treściową nieokreśloność, stwarza wolność wyboru „treści wartości” (celu), wpisując się w liberalnie pojmowaną demokratyczność (demokratyczny pluralizm), natomiast samo działanie podporządkowane wybranej już wartości (celowi), działanie strategiczne, prowadzi nas będzie do instrumentalizacji formalnej reguły (instrumentalny pluralizm).

Wolność i instrumentalizacja nie muszą zatem popadać ze sobą w konflikt — pod pewnymi wszakże warunkami: jeśli wolność i zorientowaną na cele-wartości instrumentalizację nie będziemy traktować jako wzniosłych, autotelicznych idei, lecz jako skonkretyzowane

⁴⁶⁰ *Ibidem*, s. 442.

⁴⁶¹ *Ibidem*, s. 443.

i zindywidualizowane (kontekstowe) działania, a ponadto jeżeli cele-wartości będą wybierane (wolność) i realizowane (instrumentalizacja) poprzez działania tej samej osoby lub grupy osób, które wybrały określone cele i swoimi wspólnymi działaniami je realizują. W warunkach liberalnej, pluralistycznej demokracji jest na to duża szansa. Jeżeli natomiast warunki te nie są spełniane (co może mieć miejsce, szczególnie gdy chodzi o warunek drugi), to zawsze otwiera się droga do negocjacji z perspektywą konsensusu. Odpowiednie medium w takiej sytuacji udostępnić będzie uniwersalna pragmatyka prawnicza ze swoim „systemem reguł komunikowania się, niezależnych od specyfiki poszczególnych języków i przypadkowych kontekstów wypowiedzi”.

7.6. Przypadek derywacyjnej koncepcji wykładni prawa

Odchodzenie od naturalistycznych wzorców pojmowania naukowości i zastępowanie ich perspektywą kulturową, zorientowaną na zawodową praktykę prawniczą (i czerpiącą z tej praktyki inspirację do modyfikowania/łagodzenia wyjściowych założeń proponowanej teorii), otworzyło drogę do „poszukiwania dobra wspólnego”⁴⁶², a więc programu integrowania się — bez zapoznawania zasadniczych różnic — polskich teorii wykładni w tych obszarach problemowych, w których było to możliwe. Okazało się, że najłatwiej o taką integrację w tych „miejscach”, które istotne są z punktu widzenia praktyki orzeczniczej. Sympatie, a nawet mody teoretyczne mogą osłabnąć, przeminąć, potrzeby praktyki natomiast — nawet gdy towarzyszą im odmienne uwarunkowania społeczne i nowe pytania — okazują się znacznie trwalsze⁴⁶³.

Jednak z perspektywy tej niniejszej pracy najistotniejsze w pragmatycznych przeobrażeniach przywołanej koncepcji wykładni jest jej mocne osadzenie w perspektywie podmiotu i podejmowanych przezeń działań interpretacyjnych. Autor tej koncepcji, otwierając rozdział siedemnasty swojego najważniejszego dzieła poświęconego wykładni prawa, stwierdza, że: „wykładnia w ujęciu derywacyjnym jest przede wszystkim wykładnią pojmowaną pragmatycznie, tj. jako zespół

⁴⁶² Takie też przesłanie legło między innymi u podstaw *Księgi Jubileuszowej Profesora Macieja Zielińskiego: W poszukiwaniu dobra wspólnego* (red. A. Choduń, S. Czepita, Szczecin 2010).

⁴⁶³ „Należy [...] zwrócić uwagę na szczególną rolę orzecznictwa, które w przypadku wytworzenia się w nim dostatecznie silnych tendencji do stosowania wypracowanych w nauce dyrektyw wykładni, czy w ogóle podstaw interpretacyjnych, stanowi swoisty papierek lakmusowy kulturotwórczych właściwości tych koncepcji” (M. Zieliński *et al.*, *Integrowanie polskich koncepcji wykładni prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2009, z. 4, s. 24).

pewnych czynności zmierzających do zrozumienia przepisów prawnych, a więc [...] do odtworzenia norm prawnych i dokonania ich jednoznacznej percepcji”. I jak zaraz dodaje, „pozostaje to w ścisłej więzi z ujęciem koncepcji wykładni jako zespołu reguł (dyrektyw) wskazujących to wszystko, co należy uczynić, by uzyskać z przepisów jednoznaczne normy postępowania”⁴⁶⁴.

„Pragmatyczne reguły interpretacyjne wskazują, jak należy postąpić w danym przypadku [...], tj. wedle której z apragmatycznych reguł interpretacyjnych należy zrozumieć dany, interesujący kogoś wyraz”⁴⁶⁵. Aby działający w określonym polu interpretacyjnym podmiot mógł właściwie „zrozumieć dany wyraz” (rozwiązać określony problem interpretacyjny), powinien zrealizować sekwencyjnie uporządkowane przez autora dyrektywy interpretacyjne⁴⁶⁶, to jest skutecznie odtworzyć z przepisu prawnego wysłowioną w nim normę postępowania. Opisowy język wyjściowej analizy strukturalistycznej (poziomy języka z odpowiadającą im strukturą „powierzchniową” i „głęboką”, język powszechny i język jednoznacznie scharakteryzowany, derywowanie jako operacja „zastępowania” przepisów normami itp.) pochodzący z rozprawy Macieja Zielińskiego wydanej w latach siedemdziesiątych⁴⁶⁷ przeorientowany został na normatywny język w pracach, które ukazały się po 2000 roku. Jest to już język, przy użyciu którego podmiot podejmujący się określonego zadania interpretacyjnego prowadzony jest przez poszczególne fazy i poziomy wykładni tekstu prawnego, uporządkowane w zgodzie założeniami i twierdzeniami derywacyjnej koncepcji wykładni. Uniwersalna pragmatyka prawnicza zaprezentowana we fragmentach kończących dzieło Zielińskiego zatytułowane *Wykładnia prawa. Zasady – reguły – wskazówki* przedstawiona już jest — ku ułatwieniu życia prawników w „piekle” niespójnych i wieloznacznych tekstów prawodawcy — w swojej mocno sformalizowanej postaci, zapewne przydatnej dla praktyki prawniczej, jednak niepozbawionej doktrynalnego paternalizmu.

W tych obszarach, w których można mówić o polskich osiągnięciach, na przykład w rodzimych, analitycznie zorientowanych teoriach wykładni — szczególnie w koncepcji derywacyjnej — dają się zauważyć tendencje do pragmatyzacji wcześniej przyjmowanych założeń badawczych. Przykładowo: pierwotne, idealizujące założenie przyjmowane w derywacyjnej koncepcji wykładni, wedle którego rezultat wykładni (norma)

⁴⁶⁴ M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady – reguły – wskazówki*, Warszawa 2002, s. 252.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, s. 253.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, s. 291–324.

⁴⁶⁷ M. Zieliński, *Interpretacja jako proces dekodowania tekstu prawnego*, s. 13.

miał być wypowiedzią jednoznaczną⁴⁶⁸, pod wpływem konfrontacji z sądową praktyką interpretacyjną ulega znaczącemu złagodzeniu. Jak wyłożył to sam Maciej Zieliński, „zwolennicy teorii derywacyjnej uznali, że wprawdzie nadal oczekuje się od normy jednoznaczności, ale ma to być jednoznaczność możliwa do osiągnięcia w realnym języku”⁴⁶⁹, dyktowana potrzebą zapewnienia skuteczności norm jako „środków oddziaływania społecznego”⁴⁷⁰. Autor derywacyjnej koncepcji wykładni uogólnił to w następujący sposób:

Chodzi z jednej strony o zachowanie zasadniczych elementów charakterystycznych dla tej koncepcji, z drugiej zaś o wyekspozowanie tych jej aspektów, które mogą być doniosłe dla praktyki interpretacyjnej. Istotnym elementem takiego podejścia jest aspekt kulturowy przejawiający się w relacji koncepcji do pewnych bardziej lub mniej zastanych elementów kultury interpretacyjnej — zarówno wypracowanych i uzgodnionych w nauce, jak też wypracowanych przez konsekwentną praktykę interpretacyjną, głównie orzecznictwo⁴⁷¹.

⁴⁶⁸ W pierwotnym kształcie derywacyjna koncepcja wykładni ze względu na przyjęte rozróżnienie dwóch poziomów języka prawnego (język przepisów prawnych i język norm), obok wymogu konstruowania wypowiedzi jako wytworu zawierającego wszystkie elementy treściowe przyjęte w pojęciowej konstrukcji normy, obejmować miała wymóg spełniania przez normę warunku jednoznaczności. Oznaczało to postrzeganie wykładni prawa jako zastępowania wyrażeń wieloznacznych (przepisów prawnych) ich jednoznacznymi odpowiednikami (normami prawnymi), a więc „jednych wypowiedzi innymi wypowiedziami. Zob. Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, s. 287; K. Pleszka, T. Gizbert-Studnicki, *Dwa ujęcia wykładni prawa*, s. 21. Stąd właśnie wzięła swoją nazwę koncepcja wykładni M. Zielińskiego.

⁴⁶⁹ M. Zieliński, M. Zirk-Sadowski, *Klaryfikacyjność i derywacyjność w integrowaniu się polskich teorii wykładni prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2011, z. 2, s. 102. Kontynuatorka projektu derywacyjnej interpretacji, A. Choduń, ujęła to w taki sposób: „w koncepcji wykładni prawa Macieja Zielińskiego norma prawna jest wyrażeniem dostatecznie jednoznacznym, a nie wyrażeniem po prostu jednoznacznym” (A. Choduń, *Koncepcja wykładni prawa Macieja Zielińskiego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2016, z. 4, s. 60).

⁴⁷⁰ M. Zieliński, *Wykładnia prawa*, s. 19.

⁴⁷¹ *Ibidem*, s. 213.

8. Postscriptum: instrumentalność prawa

8.1. Instrumentalność a działania instrumentalizujące prawo

Teorię racjonalnego prawodawcy ujmowaną jako prawniczy wariant kompetencji komunikacyjnej można potraktować jako punkt oparcia dla — istotnej z punktu widzenia podejmowanej w niniejsze pracy problematyki — dystynkcji pojęciowej, a mianowicie rozróżnienia instrumentalizacji i instrumentalności prawa. W szczególności to drugie pojęcie, jakkolwiek trudno byłoby uznać je za mające walor nowości, często jednak pomijane jest w pracach poświęconych instrumentalizacji prawa, a i w dotychczasowych moich rozważaniach nie znalazło się dla niego odrębne miejsce. Teoretyczny kontekst kompetencji komunikacyjnej stwarza dobrą okazję do uzupełnienia tego zaniechania.

Sławomira Wronkowska, wskazując na inspirujący wpływ moich kolegów z ośrodka wrocławskiego (Artura Kozaka i Włodzimierza Gromskiego)⁴⁷², pisała o tej kwestii tak oto:

Prawo pojmowane jako instytucja społeczna ma pewną ważką zdolność (predyspozycję) bycia środkiem osiągnięcia pewnych stanów rzeczy uważanych za cenne przez tego, kto się nim posługuje. Właściwość tę określano w prawoznawstwie jako instrumentalność prawa. Z owej zdolności prawa czyni się użytek w konkretnych aktach tworzenia poszczególnych norm prawnych [...]. Mamy wtedy do czynienia z posługiwaniem się prawem, by realizować określoną strategię zmierzającą do osiągnięcia założonych celów. Takie działanie jakiegoś podmiotu [...] określa się w prawoznawstwie mianem instrumentalizacji prawa⁴⁷³.

⁴⁷² S. Wronkowska, *Kilka tez o instrumentalizacji prawa i ochronie przed nią*, s. 107. Autorka przywołuje prace: A. Kozak, *Instrumentalność a instrumentalizacja prawa*; W. Gromski, *Zagadnienie granic instrumentalizacji prawa*. Gromski w kwestii instrumentalności raczej rekonstruował zastane poglądy, dlatego pominę jego głos.

⁴⁷³ S. Wronkowska, *Kilka tez o instrumentalizacji prawa i ochronie przed nią*, s. 107.

W następnym zdaniu autorka dodaje jeszcze, że „normami, za pomocą których dokonuje się instrumentalizacji prawa, mogą być zarówno normy merytoryczne, wyznaczające proste nakazy albo zakazy, jak i normy kompetencyjne⁴⁷⁴”.

W poszukiwaniu teoretycznego ugruntowania dla przywołanego stanowiska pozwolę sobie sięgnąć do argumentacji Artura Kozaka, po pierwsze dlatego, że kwestii instrumentalności i jej relacji wobec instrumentalizacji prawa autor ten poświęcił odrębne opracowanie, mające walor autorskiej koncepcji, i po drugie dlatego, że swoje rozważania zbudował na bazie pewnego sporu dotyczącego instrumentalizacji prawa, którego piszący te słowa był stroną⁴⁷⁵; propozycja Kozaka zawarta w artykule *Instrumentalność a instrumentalizacja prawa* miała wydobyc teoretyczne uwikłania tego sporu, a przez to również budować przesłanki jego rozwiązania. Tamten ważki głos mojego wrocławskiego kolegi sprzed ponad dwudziestu lat nie spotkał się wówczas z komentarzem z mojej strony. Zaniechanie to spróbuję obecnie nadrobić. Jak pisał Kozak:

Koncepcję L. Morawskiego determinują — jak się wydaje — dwa podstawowe czynniki: po pierwsze, interesują go głównie działania określonego podmiotu, jakim jest prawodawca; po drugie, przyjmuje on bardzo specyficzną optykę z wyraźną opcją aksjologiczną, uwarunkowaną przez liberalną filozofię prawa. Powoduje to, iż autor szczególnie skrupulatnie tropi rozmaite formy uprzedmiotowienia obywatela przez państwo [...]. Ogólnie wydaje się, iż propozycja L. Morawskiego uwikłana jest bardziej w refleksję ideologiczną niż teoretyczną [...]. Opozycja między techniczną i komunikacyjną koncepcją prawa jest przedstawiana jako przeciwstawienie jednostronnego sterowania liberalnie pojmowanej wolności. Sam L. Morawski, zdając sobie sprawę z nadmiernej jednostronności takiego obrazu, wprowadza w końcu rozróżnienie „dobrej” i „złej” instrumentalizacji, co w sumie pogłębia jednak wrażenie nadmiernego uwikłania całej tej propozycji w myślenie ideologiczne⁴⁷⁶.

Przechodząc na drugą stronę sporu — autorów poszukujących „bardziej teoretycznych ujęć” — Kozak odnotowuje podważenie „opozycji między działaniami instrumentalnymi i komunikacyjnymi, mającej fundamentalną wartość dla koncepcji L. Morawskiego”. Jak pisze dalej, A. Bator „zapropozował inną opozycję kategorialną — opartą

⁴⁷⁴ *Ibidem*.

⁴⁷⁵ Chodzi o dyskusję — z polemicznym głosem Morawskiego — nad moim referatem *Instrumentalizacja jako aspekt prawa* wygłoszonym na XIII Zjeździe Katedr Teorii i Filozofii Prawa (21–23 września 1998 roku, Kazimierz Dolny), opublikowanym pod tym samym tytułem w książce: *Zmiany społeczne a zmiany w prawie. Aksjologia. Konstytucja. Integracja europejska*, red. L. Leszczyński, Lublin 1999.

⁴⁷⁶ A. Kozak, *Instrumentalność a instrumentalizacja prawa*, s. 98–99.

na dorobku teorii kultury, skonstruowaną między działaniami realizacyjnymi i instrumentalnymi z jednej strony a między działaniami bezpośrednimi i symbolicznymi z drugiej⁴⁷⁷. Ze swojej prezentacji mojego stanowiska Kozak wyprowadza dwa wnioski. Pierwszy: funkcje instrumentalne i symboliczne, zarówno w „rzeczywistości kultury”, jak i w rzeczywistości prawa, nakładają się na siebie. Rozwijając tę myśl, pisze o „swoistej a l o k a c j i” obu funkcji między uczestnikami procesu tworzenia i stosowania prawa (na przykład instrumentalne samoograniczenie się po stronie prawodawcy oznaczające rezygnację ze sterowania i posłużenie się w zamian regułami dokonywania czynności konwencjonalnych, a więc działań symbolicznych, zwiększa swobodę instrumentalnego użycia prawa po stronie adresatów norm). I wniosek drugi: skoro elementy instrumentalne i symboliczne występują w działaniach ludzkich równocześnie, to nie ma powodów, „by instrumentalizacja była jedynie cechą działań ustawodawczych, bo jest ona cechą [działań] wszystkich uczestników obrotu prawnego”. Oba te wnioski mogę uznać za zgodne z moimi stanowiskiem.

I ostatnie stwierdzenie przywołane przez Kozaka, pochodzące z mojego tekstu *Instrumentalizacja jako aspekt prawa*, które otwiera mu drogę do własnej interpretacji problematyki instrumentalności i instrumentalizacji prawa: „nie należy mylić funkcji instrumentalnej działań lub ich wytworów z ich charakterystyką jako symbolicznych”⁴⁷⁸. Jak stwierdził we wnioskach ze swojego artykułu, „A. Bator, choć stworzył kategorialne przesłanki do rozróżnienia instrumentalności i instrumentalizacji, to jednak samego zagadnienia nigdzie nie sformułował, co przynajmniej w jednym miejscu doprowadziło go do postawienia tezy kontrowersyjnej”⁴⁷⁹. Do tej kontrowersyjnej tezy wróć w końcowym fragmencie niniejszego rozdziału, a zacznę od krótkiego zaprezentowania teoretycznych podstaw dla rozróżnienia zaproponowanego przez Kozaka.

Narracja autora juryscentrycznej wizji prawa zmierza do wykazania, że różnice między aksjologicznie zaangażowanym podejściem Morawskiego do problematyki instrumentalizacji prawa a moją teoretyzującą, zdystansowaną postawą — zgodnie z diagnozą Kozaka — są pozorne albo przynajmniej relatywne, a pomostem, po którym w obie strony mogą się „przechadzać” obaj polemisci, bez większego ryzyka dla utraty widocznych w ich poglądach różnic, jest kategoria instrumentalności.

⁴⁷⁷ *Ibidem*, s. 99.

⁴⁷⁸ *Ibidem*, s. 100.

⁴⁷⁹ *Ibidem*, s. 110.

Owym głębokim, integrującym *iunctim*, przy zachowaniu różnic w składanych deklaracjach, jest stwierdzenie, do którego dochodzi Kozak (po przywołaniu kilku znaczących postaci, między innymi Webera, Habermasa i Wincha), że „wartości pozostają przynajmniej podstawą wspólnego uniwersum symboli kultury (Kłoskowska), a działania »instrumentalnie zorientowane« są ostatecznie determinowane przez wartości (Parsons)”. Te wyjściowe twierdzenia sformułowane dla potrzeb prawoznawstwa prowadzą do wniosku, że „każde użycie prawa przez dowolnego aktora (od prawodawcy, przez sędziego, po adresata normy prawnej) zakłada odniesienie się owego aktora do wartości”⁴⁸⁰. Jak widzimy, Kozak ujmuje swoją myśl, jak również poprzedzające ją wywody, w języku teorii działania, a więc na sposób pragmatyczny. Przywołajmy raz jeszcze argumentację twórcy juryscentryzmu, tym razem bardziej konkretyzowaną, ułożoną w obszarze działania prawnoprosesowego:

Specyficzna dla prawa struktura kategorialna determinuje działania prawników i innych podmiotów stosujących prawo. Każdy, kto podejmuje jakieś działania związane z prawem (podpisuje umowę, wnosi pozew czy wszczyna postępowanie administracyjne), musi zaakceptować pewne „reguły gry” wraz ze złożoną strukturą wartości akceptowanych w danej kulturze prawnej [...]. Nie ma więc specjalnej różnicy między pełnomocnikiem procesowym, broniącym swego klienta z przekonaniem i z wiarą w domniemanie niewinności, a innym przedstawicielem tej samej korporacji zawodowej, który co do winy swojego klienta nie ma złudzeń, lecz stara się zarobić na lepszy samochód. Obaj oni w toku postępowania będą odnosić się do wartości, w które uwikłane są, przez kontekst kultury, używane przez nich instytucje procesowe. Jeśli będziemy patrzeć na ich działania z czysto opisowego punktu widzenia, to pomiędzy nimi nie będzie żadnej różnicy. Pojawi się ona dopiero wtedy, gdy refleksję przeniesiemy w świat ocen takiego czy innego postępowania [...]. Wydaje się, że trzeba jakoś nazwać i określić ów szczególny związek prawa z wartościami. Związek ten jest oparty na szczególnej właściwości prawa, którą będę określał jako „instrumentalność”⁴⁸¹.

Dalej swoją myśl Kozak rozwija następująco: „jest to związek konieczny i nieunikniony w tym sensie, iż nie można sobie wyobrazić jakiegokolwiek działania prawnego, w szerokim rozumieniu tego słowa, niezawierającego w sobie jednocześnie odwołania do wartości”. Takie odwołania oznaczać będą sięganie do aksjo-symbolicznego wymiaru kultury, w tym przypadku kultury prawnej, reprezentowanej przez pojmowanie prawa („PRAWA” — „wyabstrahowanego z wszelkiego

⁴⁸⁰ *Ibidem*, s. 102.

⁴⁸¹ *Ibidem*, s. 103–104.

konkretnu”⁴⁸²). „PRAWEM” będzie zatem prawo ujmowane w polu refleksji filozoficznej, obejmującej badania nad ontologią i/lub epistemologią prawa, których odniesieniem byłyby „kulturowo ukształtowane schematy poznawcze”. Dalej znajdujemy pewien, obiecujący dla moich rozważań o instrumentalizacji prawa, kierunek rozwijania kategorii „PRAWA”:

Można wreszcie wziąć na serio postulat oderwania pojęcia P R A W A od konkretnu i konstruować je jako kategorię czysto formalną. Byłoby to wtedy pojęcie [...] składające się — by tak rzec — z samych szuffad, do których konkretne koncepcje filozoficzno-prawne wkładają charakterystyczną dla siebie treść [...]. Wydaje się, iż przedstawione dotąd konsekwencje instrumentalności prawa każą lokować tę jego cechę na poziomie abstrakcyjnej idei [...]. W świadomości człowieka Zachodu dominuje abstrakcyjna — bo nie związana z żadnym P r a w e m [niższym poziomem analizy, prawem rozumianym jako „społecznie obecny system normatywny” — A.B.] — idea P R A W A jako narzędzia użytecznego do realizacji celów w makroskali (z perspektywy prawodawcy) i do obrony indywidualnych interesów (z perspektywy obywatela), a przy tym silnie związanego z wartościami [...], a historia i prawnicze doświadczenie zawodowe uczą, że regulacji prawnych można użyć do realizacji dowolnych celów, uwarunkowanych najrozmaitszymi opcjami ideologicznymi i/lub aksjologicznymi⁴⁸³.

I wreszcie po tych wyjaśnieniach pojęcia „PRAWA” Kozak formuluje własne stanowisko wobec drugiego elementu tytułowej kwestii swojego artykułu, to znaczy odpowiada na pytanie, czym jest instrumentalizacja prawa:

Ten szczególny obraz P R A W A w naszej kulturowo ukształtowanej świadomości jest koniecznym warunkiem działań podejmowanych przez nas na poziomie P r a w a, realizujących ów konieczny związek z wartościami. Dla działań tego rodzaju rezerwuję określenie i n s t r u m e n t a l i z a c j a p r a w a. Prawo jest potencjalnie instrumentalne, lecz nie instrumentalizuje się samo z siebie, [...] to my — obywatele i prawodawcy — instrumentalizujemy prawo, używając go do realizacji swoich celów. Owa instrumentalizacja dokonuje się zawsze w społecznie określonym kontekście, warunkującym dobór celów i realizowanych wartości. Instrumentalizacja jest zatem zjawiskiem poddającym się analizie na poziomie P r a w a, społecznie obecnego systemu normatywnego, choć odnotować należy, że dokonuje się ona poprzez akty stosowania p r a w a [prawa jako tekstu — A.B.]. Instrumentalizacja w tym ujęciu jest koniecznym dopełnieniem i następstwem instrumentalności rozumianej jako konieczny, lecz abstrakcyjny i formalny związek prawa z wartościami. Prawo jest instrumentalne, ponieważ — jako

⁴⁸² Trzy poziomy terminologicznego różnicowania prawa: „PRAWO”, „Prawo” i „prawo”, A. Kozak wprowadza za pracą: A. Allott, *The Limits of Law*, London 1980 (rozdział pierwszy).

⁴⁸³ A. Kozak, *Instrumentalność a instrumentalizacja prawa*, s. 105.

przedmiot kultury — jest odniesione do wartości. Z instrumentalności prawa nie wynika jednak konieczne odniesienie prawa do wartości A czy B. Dopiero aktor dokonuje takiego odniesienia, posługując się *p r a w e m*. Ponieważ w kulturowej charakterystyce prawa mieści się konieczne odniesienie do wartości (instrumentalność), [...] niemożliwe jest takie działanie aktora posługującego się *p r a w e m*, w którym nie zawarte byłoby odniesienie się do wartości. Prawo, jako konieczne instrumentalne, jest więc też w każdym działaniu społecznym koniecznie instrumentalizowane⁴⁸⁴.

Z przywołanych cytatów wywieść można kilka ważnych wniosków, wspierających, a nawet wzmacniających argumentację prowadzoną w niniejszej pracy, choć są i takie, wobec których będę chciał podjąć polemikę. Wyjdźmy od tych pierwszych. Ich wspólną cechą jest to, że zauważalnie odwołują się, pomimo braku deklaracji samego autora, do założeń pragmatycznej filozofii języka, jak chociażby we frazie: „Z instrumentalności prawa nie wynika jednak konieczne odniesienie prawa do wartości A czy B. Dopiero aktor dokonuje takiego odniesienia, posługując się *p r a w e m*”. Odczytywanie dalszej argumentacji Kozaka wymaga pewnych zbiegów analitycznych, gdyż swoją teorię związków między instrumentalnością i instrumentalizacją prawa oparł on na pojęciowej stratyfikacji — wyróżnionych za A. Allostem poziomach rozumienia „prawa” (PRAWO, Prawo, prawo). Nie ułatwia to lektury tekstu *Instrumentalność a instrumentalizacja prawa*, przynajmniej takiemu czytelnikowi, który usiłował będzie zaadaptować tezy Kozaka poza nurtem badawczym, który starał się realizować sam autor. Adaptacja zawsze bowiem mniej lub bardziej wiąże się z interpretacją. Ogólnie rzecz biorąc, najwięcej przybliżeń do pragmatyzmu dostrzegam u autora „jurscentryzmu”, gdy ten objaśnia swojemu czytelnikowi zależność między instrumentalnością i instrumentalizacją jako relację między „PRAWEM” i „prawem”, a więc między skrajnymi poziomami proponowanej stratyfikacji prawa.

Kozak, rozpatrując relację między „PRAWEM”, „Prawem” i „prawem” (a właściwie tworzeniem i stosowaniem tego ostatniego), przyjmuje, że „PRAWO” jest kategorią hipotetyczną i *per se* nie ma żadnej treści, że jest to „pole do refleksji filozoficznej”, „abstrakcyjna idea”, „szuflada”, do której „konkretne koncepcje filozoficzne wkładają charakterystyczną dla siebie treść”. Autor wymienia typowe dla kultury Zachodu zawartości takich szuflad: autorytet prawodawczy, reguła postępowania i wartości⁴⁸⁵. Proces wypełniania tej abstrakcyjnej idei określoną treścią rozpoczyna się od działań podejmowanych przez

⁴⁸⁴ *Ibidem*, s. 106.

⁴⁸⁵ *Ibidem*, s. 104–105.

zaangażowanych aktorów, które to działania są aktami instrumentalizacji odbywającymi się na poziomie „prawa” (przepisu/normy tworzonej przez prawodawcę, stosowanej przez sąd, realizowanej przez adresatów). Działający pomiot, korzystając z niedookreślonej idei „PRAWA” (potencjalności, jaką stwarza), podejmuje czynności usytuowane na poziomie „prawa” (prawodawca, organ wydający orzeczenie, adresat wykonujący nałożony obowiązek), kierując się w dokonywanych wyborach swoimi celami strategicznymi, które są instrumentalizacją „prawa”. Spojenie instrumentalności z instrumentalizacją jest możliwe dzięki temu, że „w świadomości człowieka Zachodu dominuje abstrakcyjna — bo nie związana z żadnym Prawem — idea PRAWA jako narzędzia użytecznego do realizacji celów społecznych w makroskali (z perspektywy prawodawcy) i do obrony indywidualnych interesów (z perspektywy obywatela), a przy tym silnie związanego z wartościami”⁴⁸⁶.

Trójpoziomowa stratyfikacja prawa zwieńczona ideą prawa („PRAWO”) nasuwa analogie z polskimi teoriami osadzonymi w metodologii strukturalistycznej. Mam tu na uwadze przywoływaną wcześniej prawniczą adaptację koncepcji interpretacji humanistycznej, w ramach której rozróżniana jest struktura głęboka („PRAWO”) i struktura powierzchniowa („prawo”). Również pogląd o „oderwaniu pojęcia PRAWA od konkretności i [usytuowanie] go jako kategorii czysto formalnej”, wypełnianej treścią na niższych poziomach prawa („prawo”), koresponduje z Nowaka założeniem racjonalności prawodawcy, następnie przejętym i rozwijanym przez środowisko poznańskiej teorii prawa. Przypomnijmy stwierdzenie Ziemińskiego: racjonalny prawodawca „ma takie cechy, jakie mu z założenia przypiszemy”⁴⁸⁷, a więc takie, które zechcą u niego odnaleźć aktorzy działający na poziomie „prawa”; o takim prawodawcy Kozak podobnie — jednak z właściwą sobie emfazą — pisał, że jego „ustami [...] przemawia do nas kultura prawna, w której żyjemy i działamy”⁴⁸⁸. Racjonalność prawodawcy w dość powszechnie podzielanej opinii — choć nie bez oporu pewnej części środowiska — jest zatem również kategorią formalną, wyrażaną przez schematy kulturowo ukształtowanego „PRAWA”⁴⁸⁹, albo też wypracowaną przez doktrynę i lokalizowaną w „głębokiej strukturze” prawoznawstwa (dogmatyki

⁴⁸⁶ *Ibidem*, s. 105.

⁴⁸⁷ Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, s. 271–272.

⁴⁸⁸ A. Kozak, *Granice prawniczej władzy dyskrecyjnej*, s. 152.

⁴⁸⁹ „Odniesieniem przedmiotowym [...] terminu »PRAWO« byłyby kulturowo ukształtowane schematy poznawcze” (A. Kozak, *Instrumentalność a instrumentalizacja prawa*, s. 104–105).

prawniczej)⁴⁹⁰. I co jeszcze warto podkreślić, tak jak w koncepcie „PRAWA” prawo postrzegane jest jako narzędzie realizacji celów społecznych, tak też na sposób technologiczny ujmowane jest prawo w teorii (założeniu) racjonalności prawodawcy — zarówno w społecznej makroskali, gdzie teoria racjonalnego prawodawcy może służyć jako zestaw postulatów optymalizujących praktykę prawodawczą, jak i w mikroskali, na przykład w procesie stosowania prawa, gdzie służy obronie głównie indywidualnych interesów.

Rola dwóch niższych poziomów sytuowania prawa („Prawa” i „prawa”) jest zasadniczo odmienna. „Prawo” to faktyczny, empirycznie dostępny porządek normatywny, zapośredniczony przez działania podejmowane na poziomie „prawa”; jest to „system norm funkcjonujący w danym społeczeństwie jako społeczny system komunikacji”, norm, które „pozostają w empirycznie weryfikowalnych związkach z różnymi, uwarunkowanymi kulturowo systemami aksjologicznymi”⁴⁹¹. „Posługując się tą kategorią [»Prawa« — A.B.], opisujemy katalogi wartości, do których prawo jest odnoszone, wyjaśniamy i/lub rozumiemy, dlaczego do tych, a nie innych [...], nie zajmując wobec żadnej z nich osobistej pozycji”⁴⁹². Będzie to instrumentalizacja w znaczeniu teoretycznym, niewartościującym, ujęta w ramy dyskursu teoretycznego. Z kolei instrumentalizacja wpisana w dyskurs praktyczny to „określenie jakiegoś działania jako instrumentalizującego prawo”, które, „zawiera w sobie ujemną ocenę tego działania”⁴⁹³. Jak można sądzić, ujemna ocena za przedmiot mieć będzie „prawo”, bo to na tym poziomie podejmowane są instrumentalizujące działania. Jak pisze Kozak, „wypowiadający taką tezę zajmuje tym samym stanowisko wobec wartości, ze względu na które dokonywana jest instrumentalizacja”. Wtedy to właśnie „instrumentalizacja występuje w opozycji do rodziny kategorii skupionej wokół pojęcia autonomii prawa”⁴⁹⁴. Autor nie wyjaśnia nam, na którym z poziomów lokuje pojęcie autonomii prawa. Kontekst wskazywałby, że chodzi o „Prawo”, gdyż tam znajdujemy „konkretne systemy aksjologiczne” i tam też „opisujemy katalogi wartości, do których prawo (p r a w o) jest odnoszone” — odnoszone, co oznacza również, że „prawo” może być poddawane krytyce z perspektywy „Prawa”, jak to miało miejsce u Morawskiego, który, przypomnijmy, określił instrumentalizację prawa jako

⁴⁹⁰ Zob. L. Nowak, *Interpretacja prawnicza*, s. 11–12; Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, s. 37–40, 271–272.

⁴⁹¹ A. Kozak, *Instrumentalność a instrumentalizacja prawa*, s. 104–105.

⁴⁹² *Ibidem*, s. 107.

⁴⁹³ *Ibidem*.

⁴⁹⁴ *Ibidem*, s. 108.

niemoralne posłużenie się prawem. Jeżeli natomiast „konkretne systemy aksjologiczne” ulokujemy wewnątrz porządku prawnego, przyobiekając je w postać zasad prawa (z pierwszorzędną rolą zasady praworządności), to otrzymamy argument z autonomii prawa jako granicy jego instrumentalizacji, jak to z kolei w swojej teorii instrumentalizacji prawa proponował Gromski.

Kozak nie zastosował rozróżnienia między dyskursem teoretycznym i praktycznym na poziomie „prawa”. Zapewne uznał, że działanie samo jest praktyką, a zatem jak każdy inny obiekt może być opisywane, a także zinternalizowane w języku wartości (ocen) opartych na „konkretnych systemach aksjologicznych” i „katalogach wartości” („Prawo”), które służyć mają jako podstawa weryfikacji tej praktyki jako zgodnej/niezgodnej z tymi „systemami” i „wartościami”. Konkluzja ta — oparta już jednak na mojej interpretacji — nasuwa wniosek, że również Kozaka możemy dopisać do listy teoretyków, wedle których autonomiczne prawo („Prawo”) stanowić powinno barierę dla aktów instrumentalizacji prawa („prawa”).

8.2. Instrumentalność według Artura Kozaka. Odpowiedź na krytykę

Warto zauważyć, że koncepcja instrumentalności i instrumentalizacji prawa Kozaka tworzona na podstawie pojęciowej triady Anthony Allota rodzi już wątpliwości, gdy chodzi o przyjęty punkt wyjścia. Brytyjski teoretyk swój esej *The Limits of Law* — dodajmy, że podejmujący kwestie społecznej roli prawa, jego wpływu na kontrolę społeczną i kształtowanie wartości — pisał, mając na względzie rodzimą tradycję prawną. Jego trójpoziomowa dystynkcja pojęciowa służyć miała jako narzędzie badawcze użyteczne w studiach nad *common law* oraz związkami praktyk prawnych kształtowanych w ramach tego nurtu (*case study*, takie jak socjalna ochrona zamężnych kobiet po rozwodzie) z brytyjskim *civil law*. Charakterystyczny dla tego systemu dualizm prawny Allot próbował integrować na poziomie wartości społecznych, co może tłumaczyć, dlaczego pośród aktorów działających na poziomie „prawa” i kierujących się orientacją strategiczną wobec „prawa” w jednym szeregu umiejscowił państwowych prawodawców, podmioty stosujące prawo i adresatów norm. Kierując się takim przesłaniem, przyjętym wprost, Kozak mógł stwierdzić, że „każde działanie ludzkie, w tym także tworzenie, stosowanie lub realizowanie prawa, jest przecież działaniem formalnie racjonalnym, czyli podejmowanym »po coś«, z zamiarem zrealizowania

jakiegoś celu i/lub wartości”⁴⁹⁵. Taka argumentacja jest do utrzymania, jeśli założymy przynajmniej względną niezależność działania każdego z tych aktorów, pozwalającą na realizowanie jakiegoś „własnego” celu i/lub wartości. Niejednolitość źródeł prawa brytyjskiej kultury prawnej, brak zhierarchizowania sprzyja temu, że państwowi prawodawcy mogą realizować swojej własne cele i/lub wartości publiczne, a obywatele w obszarze prawa prywatnego — swoje, także w postępowaniach przed organami stosowania prawa. Rolą doktryny prawniczej, w tym takich koncepcji analitycznych, jak trójpoziomowa struktura prawa Allota, jest generalizacja takich rozbieżnych obszarów działania. Można tedy przyjąć, że idea pluralistycznej instrumentalizacji prawa, a nawet pluralistycznej demokracji, opartej na autonomii prawa („Prawa”) jest tu już niejako „wpisana” w realizowaną, złożoną koncepcję źródeł prawa.

Inaczej jest jednak z działaniami prawnymi podejmowanymi w ramach samoistnie kształtującej się praktyki *civil law*, a więc w kulturze kontynentalnej, w tym również polskiej, z jej jednolitością, zwykle konstytucyjnie ujętą, hierarchią źródeł prawa, monopolem ustawy na kształtowanie granic wolności dwóch pozostałych — najważniejszych z punktu widzenia pluralistycznej instrumentalizacji — aktorów, to jest organów stosowania prawa (sądów) i przede wszystkim obywateli. Dla tych dwóch grup podmiotów jest nieobojętne, czy państwowy prawodawca ustanawiał będzie dyspozytywne reguły i „komunikował się będzie z nimi” w języku reguł — o jakich mowa w teorii czynności konwencjonalnych czy w von Wrighta koncepcji reguł gier — czy też będzie ustanawiał i „komunikował im” imperatywne normy wyłączające albo przynajmniej mocno ograniczające prawną przestrzeń wolności, w ramach której dokonywane są działania instrumentalizujące prawo⁴⁹⁶.

Tym zatem, co różni moje i Kozaka stanowisko w podniesionej wyżej kwestii, jest odmienny pogląd na przydatność kategorii „prawa” — w jej przyjętym przez autora za Allotem znaczeniu — dla badań nad

⁴⁹⁵ *Ibidem*, s. 106.

⁴⁹⁶ A. Kozak prawidłowo diagnozuje opisaną wyżej zależność. Referując moje poglądy, stwierdza, że „np. samoograniczenie ustawodawcy, który w sferze prawa prywatnego rezygnuje ze sterowania [...], konstruuując głównie reguły dokonywania czynności konwencjonalnych (a więc działań symbolicznych), sprawia, że swobodą instrumentalnego użycia prawa dysponują adresaci norm prawnych [istotna korekta: nie »adresaci norm«, a podmioty wykonujące reguły — A.B.]. Tam natomiast, gdzie ustawodawca maksymalizuje funkcję instrumentalną prawa [...], adresatom pozostają jedynie działania o charakterze realizacyjnym” (*ibidem*, s. 100). Gwoli ścisłości — tę ostatnią frazę bym zmodyfikował tak oto: „tam, gdzie ustawodawca maksymalizuje funkcję instrumentalną prawa, minimalizuje funkcję instrumentalną po stronie adresatów, a zarazem maksymalizuje po stronie adresatów obszary działań o charakterze realizacyjnym”. Zależność tę A. Kozak zgrabnie nazwał „alokacją funkcji symbolicznej i instrumentalnej” (*ibidem*, s. 100).

problematyką instrumentalizacji realizowanych w uwarunkowaniach stwarzanych przez tradycję prawa stanowionego. Uważam ją za nieadekwatny, a przynajmniej ryzykowny implant, zapoznający ważny czynnik, jakim jest zasadniczo jednokierunkowa zależność między charakterem aktywności prawodawcy, normatywnym kształtem wypowiedzi, które kieruje on do swoich adresatów lub potencjalnych użytkowników (dylemat: norma vs reguła), a zakresem wolności, jaką ci drudzy będą dysponować. Nieobecność w zakresie znaczeniowym pojęcia „prawa” reguł jako standardów wyrażających autonomię prawa wymusza lokowanie autonomii prawa na poziomie „Prawa”, a tym samym autonomia prawa przestaje odgrywać rolę racji uzasadniającej pluralistyczną instrumentalizację prawa, służy natomiast argumentacji na rzecz budowania barier dla aktów jego instrumentalizacji. W ten sposób teoria instrumentalizacji prawa przestaje być pragmatyczną teorią działania w warunkach pluralistycznej demokracji, a staje się zestawem twierdzeń o sposobach wyznaczania takiemu działaniu aksjologicznych — albo wręcz ideologicznych, jak ujmował to sam Kozak w komentarzu do propozycji Morawskiego⁴⁹⁷ — granic.

Aby się przed tym ustrzec, Kozak postulował posługiwanie się kategorią „Prawa”, a więc sięganie do „katalogów wartości, do których prawo jest odnoszone” w sposób opisowy, żeby „wyjaśniać i/lub rozumieć, dlaczego do tych, a nie innych [...], nie zajmując wobec żadnej z nich osobistej pozycji”. Nasze podejścia badawcze w tym miejscu rozchodzą się już w sposób zasadniczy. Na gruncie metodologii pragmatycznej takie zalecenia, podobnie jak opozycja między opisowym i normatywnym (zaangażowanym) punktem widzenia, są nieakceptowalne. Każde działanie jest zaangażowane w przyjęty przez działający podmiot cel, co prowadzi do wykorzystywania dostępnej działającemu podmiotowi wiedzy, również tej mającej stygmat „opisowej”, „teoretycznej” czy „prawniczej”, jednak za każdym razem wiedza ta wprzęgnięta będzie w strategię postępowania wyznaczoną przez przyjęty cel / przyjętą wartość. Postawa taka odpowiadałaby „wewnętrznemu punktowi widzenia”, jak przyjęło się określać ją w tak zwanych wyrafinowanych wersjach pozytywizmu prawniczego⁴⁹⁸. Kozak też idzie tym tropem, jednak nadaje mu własną, „jurscentryczną” interpretację. Jak pisze, „ów wewnętrzny punkt widzenia można traktować jako fundament swoistej prawniczej rzeczywistości, być może nie obiektywnej w naturalistycznym sensie tego słowa, ale z całą pewnością intersubiektywnej”.

⁴⁹⁷ *Ibidem*, s. 99.

⁴⁹⁸ M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, s. 184–186.

Ta doświadczana rzeczywistość „nadaje wymiar teoretyczny tezie o autonomii prawa”⁴⁹⁹. Ścieżka rozumowania autora doprowadza go do konkluzji, że o ile w sferze prawodawstwa granica między dyskursem teoretycznym i praktycznym jest ostra, gdyż prawnik jest tu jedynie ekspertem, a uwikłania w kontekst aksjologiczny prawodawstwa są łatwo rozpoznawalne i brakuje „egzystencjalnego toposu, na którym moglibyśmy jako prawnicy wymieniać doświadczenie z innymi aktorami” (parlamentarzystami), o tyle w przypadku stosowania prawa „wspólnie doświadczana rzeczywistość stwarza podstawę do nadania dyskursowi o wartościach wymiaru teoretycznego w tym sensie, iż oceny i zwroty stosunkowe możemy tu niekiedy traktować jako twierdzenia opisujące rzeczywistość”. Widzimy, z jakim trudem przychodzi autorowi pożegnanie się z pojęciowymi dystynkcjami wyniesionymi z metodologicznego naturalizmu. Ostatecznie stwierdza, że „tezy teoretyczne nie będą dla naszych partnerów interesujące, to zaś, co najważniejsze, będzie można wyrazić jedynie w dyskursie praktycznym”⁵⁰⁰.

Wydaje się, że Kozak znacznie ułatwiłby sobie zadanie, gdyby zrezygnował z poszukiwania „wymiaru teoretycznego tezy o autonomii prawa” opartego na „doświadczaniu rzeczywistości” przez prawnika i przyjął, że autonomia prawa swoje ugruntowanie znajduje w ogólnej teorii aktów mowy, „która opisuje system reguł komunikowania się, niezależnie od specyfiki poszczególnych języków i przypadkowych kontekstów wypowiedzi”, a zatem może być również opisem lokalnych, prawniczych reguł wzajemnego komunikowania się. Byłby to szczególny wariant Habermasowskiej uniwersalnej pragmatyki z konstrukcją racjonalnego prawodawcy jako rezultatem „rekonstrukcji pojęciowych struktur, które leżą u podstaw symbolicznych formacji dyskursu prawniczego”⁵⁰¹. Taka reinterpretacja wymagałaby jednak odpowiedniej modyfikacji pojmowania racjonalności przyjmowanego w ramach koncepcji juryscentrycznej, rezygnacji z racjonalności technologicznej na rzecz komunikacyjnej wraz z przyjęciem perspektywy działającego podmiotu, a w konsekwencji — osadzenia jej w „pluralistycznej instrumentalizacji prawa”. Od prawodawcy nie musimy wtedy oczekiwać, że będzie uczestnikiem „dyskursu prawniczego” — tym bardziej że miałby partycypować w „egzystencjalnym toposie”, w którym „wymieniałby doświadczenie” z prawnikami. Rola prawodawcy w kulturze *civil law* jest inna: ma on stanowić, modyfikować lub uznawać ukształtowane zwyczajowo reguły

499 A. Kozak, *Instrumentalność a instrumentalizacja prawa*, s. 108.

500 *Ibidem*, s. 109.

501 M. Zirk-Sadowski, *Konstrukcja racjonalnego prawodawcy a kompetencja komunikacyjna*, s. 443.

komunikacji/działania wszystkich uczestników życia prawnego, a rolą prawnika będzie ich przekładanie na idiom prawniczy oraz adaptacyjna interpretacja sprzyjająca strategiom działania prywatnych podmiotów reprezentowanych przez prawnika. „Świat reguł” nie powinien zostać zaanektowany przez autonomiczny „świat życia” prawników, a raczej być demokratycznym „światem życia”, potencjalnie przynajmniej, wszystkich obywateli korzystających z reguł z pomocą — udzielaną przecież odpłatnie — prawników. Kierunek taki można by nazwać próbą pragmatyzacji juryscentrycznej koncepcji prawa i kultury prawnej. Byłaby ona nadal koncepcją jurystyczną, choć zapewne już nie „juryscentryczną”.

W konkluzjach swojego artykułu *Instrumentalność a instrumentalizacja prawa* Kozak powraca do mojego stanowiska w kwestii zależności między „charakterem działań ustawodawcy i wolnością adresata normy prawnej”. Píše, iż zależność ta w proponowanym przeze mnie ujęciu wygląda mniej więcej tak, że:

im mniej instrumentalizacji w prawodawstwie, tym większe możliwości instrumentalizowania prawa przez adresatów norm [...], tym bardziej realizacyjny charakter mają zachowania adresatów. Też taką można postawić tylko na podstawie założenia jakiegoś koniecznego związku między charakterystykami, by tak rzec, „ontycznymi” działań prawodawcy i adresata normy. Zarówno to założenie, jak i oparta na nim teza wydają się bardzo problematyczne. Przede wszystkim trzeba zaznaczyć, iż bezpośrednie relacje komunikacyjno-symboliczne między ustawodawcą i adresatem normy należą we współczesnych systemach prawnych do rzadkości. Normalna jest raczej sytuacja polegająca na tym, że między nimi pośredniczy t ł u m a c z . Nazwijmy go umownie p r a w n i k i e m [...]. To, co już powiedziano na temat instrumentalności prawa, pozwala teraz zakwestionować twierdzenie, iż instrumentalny lub symboliczny charakter działań prawodawcy determinuje jakoś sposób, w jaki odpowiada na te działania prawnik⁵⁰².

Dalej autor przywołuje za Zirkiem-Sadowskim trzy modele uczestniczenia prawników w kulturze: pozytywistyczny w dwóch postaciach — klasycznej i wyrafinowanej — oraz hermeneutyczny, po to, ażeby stwierdzić, że:

Teza A. Batora o związku między charakterem działań prawodawcy i prawnika być może nadawałaby się do obrony na tle pozytywistycznego modelu uczestnictwa w kulturze, [gdyż] tu — istotnie — quasi-poznawczy charakter stosowania prawa umożliwia odczuwanie pewnych ograniczeń tworzonych przez ustawodawcę jako realnych w niemal naturalistycznym sensie tego słowa. Przy takich założeniach nakazy oraz zakazy ustawodawcy istotnie implikują po stronie adresata zachowania realizacyjne⁵⁰³.

502 A. Kozak, *Instrumentalność a instrumentalizacja prawa*, s. 110.

503 *Ibidem*, s. 111.

Dla czytelników znających koncepcję juryscentryzmu będzie zapewne zrozumiałe, dlaczego autor podważa bezpośredni charakter relacji „między ustawodawcą i adresatem normy” i uznaje, że „normalną jest raczej sytuacja” zapośredniczenia tej relacji przez prawnika — „tłumacza”. Jest to centralna teza juryscentrycznego projektu. Mniej oczywista dla tego projektu, choć w mojej ocenie również znacząca, jest językowa forma komunikatu kształtującego z udziałem prawnika relację między ustawodawcą i adresatem. W charakterystyce tej relacji u Kozaka pojawia się wyłącznie pojęcie normy zredukowane — jak to miało miejsce u Ziemińskiego — do konstrukcji normy imperatywnej, i to właśnie jest tą okolicznością, która narzuciła autorowi korespondującą z kierunkiem moich rozważań konkluzję, że „nakazy oraz zakazy ustawodawcy istotnie implikują po stronie adresata zachowania realizacyjne”. Bliskie jest mi również przyporządkowanie tak charakteryzowanej zależności do pozytywistycznego (jednakowoż raczej w wersji wyrafinowanej) modelu uczestnictwa w kulturze, wraz z quasi-poznawczym postrzeganiem procesu stosowania prawa. Ciekawą, aczkolwiek trudniejszą już do zaakceptowania jest ogólniejsza konkluzja, która wieńczy poprzedni cytat, a mianowicie spostrzeżenie, że przedstawiana w artykule koncepcja instrumentalności „pozwała [...] zakwestionować twierdzenie, iż instrumentalny lub symboliczny charakter działań prawodawcy determinuje jakoś sposób, w jaki odpowiada na te działania prawnik”.

Moje kłopoty z zaakceptowaniem wyrażonej wyżej tezy po części tłumaczy sam Kozak w końcowych fragmentach swojego artykułu, przywołując za Alfredem Schützem koncepcję motywów ludzkiego działania:

Wyjaśniając ludzkie działania, sięgamy po dwa rodzaje motywów: motywy *aże by* (*in-order-to*) i motywy *ponieważ* („*because*” *motives*). Pierwsze są w całości uświadamiane przez aktora i najczęściej są związane z tak czy inaczej formułowanymi celami. Podejmujemy więc rozmaite czynności, „ażeby” zakupić nieruchomości lub zmniejszyć kwotę wymierzonego podatku. Inaczej jest z motywami „ponieważ”. Są one zakorzenione w naszej biografii, ale nie do końca i nie zawsze uświadamiane [...]. Wśród owych motywów „ponieważ” mieści się kulturowo ukształtowana idea PRAWA, stanowiąca wystarczający warunek instrumentalnego podejścia praktyki do prawa. Tu także [na poziomie „PRAWA” — A.B.] należy umieścić [...] rzeczywistość prawniczą, w którą jesteśmy wprowadzani w procesie socjalizacji i której doświadczanie łączy nas we wspólnotę komunikacyjną⁵⁰⁴.

504 *Ibidem*, s. 112.

Instrumentalizacja prawa, jak dodaje A. Kozak, „w sposób oczywisty powiązana jest ze sferą motywów »ażeby«” i ma miejsce, jak już wiemy, na poziomie skonkretyzowanego „prawa”, jednak te same motywy znajdujemy — jak podpowiada autor — w kulturowo ukształtowanej idei „PRAWA”, „kategorii czysto formalnej”, którą wyrażać ma instrumentalność. Instrumentalność sama w sobie jest zatem tylko formą („szufladą”), wyrażającą potencjalność działania zinstrumentalizowanego, która wypełniana, realizowana jest przez określonych aktorów podejmujących określone akty instrumentalizacji dokonywane na poziomie „prawa” („wystarczający warunek instrumentalnego podejścia praktyki do p r a w a”). Do tego momentu mogę przyjąć, że w stanowiskach naszych jesteśmy zasadniczo zgodni. Dalej jednak pojawiają się różnice. W ostatnich zdaniach swojego artykułu Kozak pisze, że:

wartości, do których prawo jest odnoszone w procesie jego tworzenia i stosowania, są reprezentowane również w motywach »ponieważ« [...], gdyż nie powstają one w akcie świadomej woli, lecz w złożonym procesie społecznym [...], [na który] ustawodawca ma [...] niezwykle ograniczony wpływ [mowa tu jest o „Prawie” — A.B.]; nie może więc istnieć bezpośrednia korelacja między instrumentalnym charakterem działań ustawodawcy a realizacyjnym prawnika⁵⁰⁵.

To ostatnie zdanie jest jawnie polemiczne z moim stanowiskiem. Co warto zauważyć, autor ujął swój pogląd w języku właściwym dla pierwotnej formuły, która miała wyrażać właściwość nazwaną później instrumentalnością prawa⁵⁰⁶. Odpowiedź na tę polemikę pozwolę sobie poprzedzić trzema uwagami określającymi główne „miejsca” występujących między nami różnic, które zrodziły odmienne stanowiska, ale też mogły się stać powodem zwykłych nieporozumień.

Po pierwsze, odmienne są odpowiedzi na pytanie o aktora, o podmiot, wokół którego ogniskować będziemy teorię instrumentalizacji prawa. U Kozaka — pomimo wcześniejszych deklaracji o potrzebie rozszerzenia perspektywy prawodawcy o punkt widzenia podmiotów stosowania prawa i adresatów norm — podmiotem takim jest ostatecznie prawnik. To tu znajdujemy „centrum” juryscentryzmu. Dla mnie natomiast jest nim podmiot podejmujący określone akty instrumentalizacji prawa (prawodawca, organ stosowania prawa, wreszcie „aktor” prywatny). Rolą prawnika jest dostarczanie argumentów na rzecz uzasadniania, które mogą mieć wpływ na decyzję tego podmiotu, ale decyzjami *per se* nie są (poziom „Prawa”, motywacja „ponieważ”).

505 *Ibidem*, s. 113.

506 A. Bator, *Instrumentalizacja jako aspekt prawa*, s. 105–106.

Doceniam osiągnięcie, jakim jest juryscentryczna koncepcja wrocławskiego teoretyka, jednak w kontekście pluralistycznej instrumentalizacji prawa, ujmowania jej w ramy demokracji czy Habermasowskiego „świata życia” po prostu nie o prawnika chodzi. Może on być suflerem tych działań i procesów, ale nie aktorem.

Po drugie, w koncepcji instrumentalności i instrumentalizacji prawa „prawo” jest jednorodnym zestawem wypowiedzi, normami zredukowanymi do nakazów i zakazów. To na tym poziomie prawne akty instrumentalizacji są podejmowane przez aktorów i odnoszone do przyjętych wartości/celów. Wytworami tych konwencjonalnych działań są normy ustanawiające lub aktualizujące obowiązki, których wykonanie prowadzić ma do realizacji wartości/celów socjalizowanych i „katalogowanych” w „Prawie”. W „logice” działania, jakim jest przechodzenie od instrumentalności do instrumentalizacji, nie znajdujemy natomiast odpowiedzi na pytanie o wymaganą formę normodawczego działania, podmiotową legitymację czy zakres spraw, w jakim działanie będzie wywoływać skutki prawne. Innymi słowy, abstrakcyjna idea formalizmu „PRAWA”, za sprawą pojęciowej redukcji norm do nakazu i zakazu działania, nie znajduje rozwinięcia, zapośredniczenia w odpowiednich regulacjach na poziomie „prawa”.

Po trzecie, pragmatyczne podejście badawcze, które próbują realizować w niniejszej pracy, ostrożnie albo wręcz krytycznie poczyna sobie z wszelkiego rodzaju kategoryzacjami i pojęciowymi dystynkcjami. Dlatego zarówno wcześniejsze rozróżnienia na argumenty teoretyczne i praktyczne (ideologiczne), przywołane wyżej przeciwstawienie motywów „ażeby” i „ponieważ”, jak i centralna dla twierdzeń Kozaka o relacji między instrumentalnością a instrumentalizacją pojęciowa triada rozumienia prawa zapożyczona od Allota wymagają ostrożnego ważenia konsekwencji i adekwatnego odnoszenia do kulturowej „rzeczywistości”, z którą ma do czynienia badacz wykorzystujący takie rozwiązania poza miejscem ich powstania. A jak wywodziłem już wcześniej, nie są to rzeczywistości bliźniacze. Przejdźmy zatem do próby takiej adaptacji, która powinna pokazać „lokalną” interpretację ważkiej dla budowy teorii instrumentalizacji prawa kategorii pojęciowej, jaką niewątpliwie jest instrumentalność prawa.

Zacznijmy od „PRAWA” jako abstrakcyjnej idei, centralnego, ale też najbardziej enigmatycznie przedstawianego elementu konstrukcji prawa Allota/Kozaka. Przypomnijmy: mowa jest tu o „kulturowo ukształtowanych schematach poznawczych” i oderwanej od konkretnego „kategorii czysto formalnej”. Sądzić można, że właściwości te w polskiej kulturze prawnej spełniane są przez doktrynalny konstrukt, którym

jest założenie o racjonalności prawodawcy. Jego szczególne miejsce w polskiej kulturze prawnej wydaje się, przynajmniej dla większości z nas, bezsporne i uznawane za argumentacyjny fundament w sporach prawniczych (przypomnijmy wcześniejsze określenia: „paradygmat”, „aksjomat”, „specyficzna cecha polskiej kultury prawnej”). To przecież, zdaniem Kozaka, jego „ustami przemawiać ma do nas kultura prawna”. Za racjonalnością prawodawcy, jak wiemy od Ziemińskiego, kryją się reguły służące porządkowaniu, analitycznemu „poznawaniu” dostępnej argumentacji prawniczej (identyfikacji zestawów reguł egzegezy) oraz — dzięki ich wewnętrznej spójności — socjotechnicznie skutecznemu działaniu. To w tym sensie idea „PRAWA” obudowana koncepcją racjonalności prawodawcy poddawana jest konkretyzacji jako „narzędzie użyteczne do realizacji celów społecznych w makroskali (perspektywa prawodawcy) i do obrony indywidualnych interesów, w konfrontacji z działaniami podejmowanymi przez prawodawcę (perspektywa obywatela)”, a wszystko to realizuje się już na płaszczyźnie „prawa”. Formalizm prawny jako idea „PRAWA” staje się w ten sposób legitymizacją działań prawodawcy i źródłem oporu ze strony pozostałych — prywatnych i publicznych — uczestników życia prawnego, poszukiwania „granic” dla instrumentalizacji prawa.

Ewolucja koncepcji racjonalności prawodawcy w kierunku kompetencji komunikacyjnej oznacza kulturową ewolucję polegającą na rozszerzeniu pierwotnej idei „PRAWA” (zastanego paradygmatu, aksjomatu racjonalności prawodawcy), która nie przestając być „narzędziem użytecznym do realizacji celów”, przyobleka się w postać uniwersalnych, pozakontekstowych reguł, pojęć i kryteriów prawniczego i prawnego rozumienia i porozumiewania się⁵⁰⁷, torując dopiero drogę do odpowiedniego, strategicznego działania innym niż prawodawca uczestnikom obrotu prawnego. Dowody na taką ewolucję idei „PRAWA” w kierunku komunikacyjnych, autonomicznych standardów znaleźć możemy, obserwując pewne instytucjonalne przemiany w „prawie”, takie jak proceduralizacja prawa, rozrost regulacji kompetencyjnych, w tym obejmujących podmioty prywatne (na przykład Harta *power conferring rules*), czy regulacji dotyczących form czynności prawnych. Pojawia się dzięki temu przestrzeń dla działań strategicznych z udziałem wszystkich, zarówno publicznych, jak i prywatnych, użytkowników — dla aktywności opartej na uniwersalnych w swoim kształcie i funkcji, dyspozytywnych regułach dokonywania doniosłych prawnie czynności konwencjonalnych.

⁵⁰⁷ M. Zirk-Sadowski, *Konstrukcja racjonalnego prawodawcy a kompetencja komunikacyjna*, s. 443.

Reguły te — przez to, że nie narzucają same przez się określonego celu działania strategicznego, a jedynie mogą być przez określonego aktora w strategiczny sposób wykorzystane — generują w sobie nieskończoną liczbę realizacji. Stają się prawną racją działania, a z perspektywy aktora — dostępną mu dyspozycją do podejmowania względnie samodzielnych decyzji dotyczących wyboru celu oraz odpowiedniego, opartego na regule, a zarazem regułą limitowanego, działania. Złożony, kompetencyjno-strategiczny (autonomiczno-instrumentalny) charakter prawa dostrzegalny na poziomie idei „PRAWA” uwidacznia się również i konkretyzuje w odpowiednich instytucjach prawnych, a więc na płaszczyźnie „prawa”. Jednorodnie w swoim charakterze, technologiczne ujmowanie przez Kozaka racjonalności prawodawcy jako przewodniej idei prawa miało ten skutek, że jakkolwiek instrumentalizacja miała być „zjawiskiem poddającym się analizie dopiero na poziomie P r a w a, społecznie obecnego systemu normatywnego”, to jednak dokonywała się „przez akty stosowania p r a w a”. Akty te były „koniecznym dopełnieniem instrumentalności rozumianej jako konieczny [...], abstrakcyjny i formalny związek prawa z wartościami”. To „dopiero aktor [dokonywać miał] takiego odniesienia, posługując się p r a w e m”⁵⁰⁸. Aktorem tym był, jak wiemy, nie tylko realny prawodawca. Były nim również organy stosowania prawa oraz adresaci norm⁵⁰⁹. Jednowymiarowa idea „PRAWA”, wyrażana przez ujmowaną formalnie koncepcję racjonalności prawodawcy (instrumentalność prawa), w zgodzie z przyjętą ideą znajdowała swoje realizacje we wszystkich działaniach prawnych podejmowanych przez każdego z aktorów na poziomie „prawa” (instrumentalizacja prawa).

Jeśli zatem (nawiążmy do metafory Kozaka) „ustami racjonalnego prawodawcy” przemawiać do nas ma kultura prawna, to na poziomie „PRAWA” kultura ta milczy, sygnalizując nam jednak poprzez konstrukt racjonalności prawodawcy, że dysponuje stosownym „aparatem mowy” zdolnym do przemawiania (prawnicza kompetencja komunikacyjna, prawnicza uniwersalna pragmatyka). Uruchamia natomiast swoje zdolności werbalne w płaszczyźnie „prawa” — z mizernym raczej skutkiem w debatach ustawodawczych (prawnik jako ekspert), natomiast w pełni już dysponując swoje umiejętności, gdy chodzi o stosowanie i przestrzeganie prawa (prawnik jako doradca, obrońca praw, wolności i interesów jednostki itp.). Kozak nie artykułuje wymiaru komunikacyjnego „PRAWA”, jakkolwiek ślady takiej interpretacji

508 A. Kozak, *Instrumentalność a instrumentalizacja prawa*, s. 106.

509 *Ibidem*, s. 98, 102, 108, 110.

pojawiają się, gdy sugeruje użyteczność propozycji Allota w badaniach nad epistemologią prawa, zauważając, że odniesieniem przedmiotowym terminu „PRAWO” mogą być „kulturowo ukształtowane schematy poznawcze”. Autor juryscentrycznej koncepcji prawa nie poszedł jednak tą drogą i przyjął — w ślad za poznańskim ośrodkiem teorii prawa — wyłącznie instrumentalny wariant pojmowania założenia racjonalności prawodawcy oraz implikowaną przez to założenie redukcję prawnych standardów wyrażania normatywności do norm nakazu i zakazu. Redukcja ta doprowadziła do usunięcia z głównego planu rozważań nad instrumentalnością i instrumentalizacją prawa reguły konwencjonalnego działania z jej podwójnym, poznawczo-decyzyjnym charakterem⁵¹⁰. Przywrócenie tej nieco bardziej złożonej właściwości reguł, ugruntowanej w kompetencyjno-komunikacyjnym ujęciu racjonalności prawodawcy, pozwala odmiennie, ale też, jak się wydaje, prościej i bardziej adekwatnie wobec rodzimej kultury prawnej — przy zachowaniu pojęciowej triady Allota — scharakteryzować relacje między instrumentalnością i instrumentalizacją prawa.

Kozak instrumentalność prawa lokuje na poziomie „PRAWA”, które jest kategorią czysto formalną, składającą się „z samych szuffad”. Spośród możliwych grup „obiektów”, które mogą być wkładane do tych szuffad, takich jak autorytet prawodawczy, reguła postępowania i wartości, autor wybiera te ostatnie. Mój wybór pada na regułę, ale w znaczeniu ścisłym, wcześniej (głównie za von Wrightem) przyjętym. Na podstawie całego kontekstu rozważań Kozaka sądzić można, że nawet gdy mowa o „regule”, nie mamy na uwadze takiego samego znaczenia tego terminu, że autorowi zdecydowanie bliższa jest „reguła” w znaczeniu imperatywnej normy postępowania. Wybór reguły w sensie przeze mnie przyjętym ma istotne konsekwencje dla identyfikacji cechy instrumentalności prawa w ramach jego trójpoziomowej struktury. Otóż skoro pragmatyczne podejście punktem wyjścia prowadzonej analizy czyni działającego aktora — prawodawcę, organ stosowania prawa,

⁵¹⁰ Na temat reguł sensu czynności konwencjonalnych (wyjaśnienia — rozumienia, rozpoznawania) oraz, odpowiednio, reguł określających sposoby dokonywania (regowania na właściwe dokonanie) czynności konwencjonalnej zob. S. Czepita, *Reguły konstytutywne a zagadnienia prawoznawstwa*, s. 127–131. „Zachodzi na ogół prosta przekładalność reguł nakazujących określonym czynnościom nadawać sens dokonania czynności konwencjonalnej — na reguły określające sposób dokonywania czynności konwencjonalnych w danym układzie i odwrotnie” (Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, s. 136). Jak jednak zastrzegają Z. Ziemiński i M. Zieliński, „reguły sensu odgrywają rolę wtórną w stosunku do norm postępowania [...], p a s o ż y t u j ą na normach postępowania” (Z. Ziemiński, M. Zieliński, *Dyrektywy i sposób ich wypowiedzania*, s. 20). Stanowisko poznańskich autorów, a nawet sama metafora „pasożytowania”, jest dosłownym odwróceniem Habermasowskiej interpretacji relacji pomiędzy aktami illokucji i perlokucji J.L. Austina — zob. przypis 396.

prywatną jednostkę — oraz towarzyszącą działaniu sytuację/kontekst, to na tym właśnie poziomie, na poziomie „prawa”, ma miejsce strategiczna „gra” z udziałem prawa. Tam też identyfikować powinniśmy prawne czynniki, odpowiednie uwarunkowania, które otwierają drogę dla dokonywanego wyboru i potencjalnego działania (instrumentalność), oraz samo działanie, które jest aktem wykonania dokonanego wyboru (instrumentalizacja).

Obecność w „prawie” standardów mających postać dyspozytywnych reguł — reguł kompetencyjnych, proceduralnych czy określających formę czynności — możemy atrybutywnie charakteryzować jako sytuację „instrumentalności prawa”. Natomiast prawnym aktem zorientowanej strategicznie realizacji reguł, dokonywanym poprzez stanowienie imperatywnych norm merytorycznych (prawodawca), podejmowanie czynności aktualizowania i konkretyzowania obowiązków zawartych w tych normach wobec określonych osób i sytuacji (organy stosowania prawa), wreszcie podejmowanie działań polegających na celowościowej, adaptacyjnej wykładni „prawa” (adresaci obowiązków przy wsparciu prawników), przypisywać możemy walor aktów instrumentalizacji prawa. Prawne wymogi określające formę ustawy, wyroku, decyzji administracyjnej, umowy, narzucane tym aktom przez regulacje kompetencyjno-proceduralne czy ukształtowane doktrynalnie reguły egzegezy tekstów prawnych, limitujące swobodę decyzyjną aktorów podejmujących akty instrumentalizacji prawa, potwierdzają pierwotny charakter reguł (instrumentalność) oraz wtórny charakter norm postępowania i wyrażanych przez nie obowiązków (instrumentalizacja) w „logice” pragmatycznego działania.

Kultura *civil law*, obudowana pozytywistyczną filozofią prawa, nie jest jednak demokratyczna, gdy chodzi o partycypację każdej z grup uczestniczących w „grze” z udziałem prawa. Państwowy prawodawca jest tu graczem uprzywilejowanym, nawet jeśli spojrzymy na prawotwórstwo oczami wyrafinowanego pozytywisty. Używając języka Habermasa: może on budować wokół nas „świat życia” — w proponowanej tu interpretacji byłby to porządek składający się z dyspozytywnych, niezdeteminowanych celowościowo reguł działania — bądź też „świat systemów”, zbudowany ze zdeterminowanych decyzją prawodawcy norm-obowiązków, które, nawet przy zachowaniu autonomicznych, formalnych standardów tworzenia prawa, mogą ograniczać udział aktorów, do których normy są kierowane, do funkcji działań wyłącznie realizacyjnych. W komentarzu do moich poglądów Kozak miał rację, gdy pisał o swoistej „alokacji” funkcji instrumentalnej i symbolicznej pomiędzy uczestnikami procesu tworzenia i stosowania prawa:

Samoograniczenie ustawodawcy, który w sferze prawa prywatnego rezygnuje ze sterowania (czyli działań instrumentalnych), konstruując głównie reguły dokonywania czynności konwencjonalnych (a więc działań symbolicznych), sprawia, że swobodą instrumentalnego użycia prawa dysponują adresaci norm prawnych. Tam natomiast, gdzie ustawodawca maksymalizuje funkcję instrumentalną prawa (sfera publiczno-prawna?), adresatom pozostaje jedynie działanie o charakterze realizacyjnym⁵¹¹.

Wyrażone wyżej stanowisko zasadniczo dobrze oddaje pogląd, który również dzisiaj mogę uznać za własny, z pewnym tylko zastrzeżeniem, gdy chodzi o frazę „swoboda instrumentalnego użycia prawa”, którą „dysponują adresaci norm prawnych”, będącą konsekwencją pojęciowej redukcji reguł dokonywania czynności konwencjonalnych do norm imperatywnych. Zgodnie ze schematem ujmowania norm: skoro adresatem normy jest ten, do kogo norma kieruje obowiązek, to swoboda ta, upraszczając, została już „skonsumowana” przez tego, kto normę ustanowił, i nie ma tu miejsca na wolność działania po stronie adresata normy, poza czynnościami na poziomie wykładni i egzegezy tekstu. Nie jest to tylko kwestia pojęciowego rozróżnienia reguły działań konwencjonalnych i normatywnych skutków jej prawidłowego wykonania. W rozróżnieniu tym tkwi bowiem zasadniczy sens tego, co autor trafnie nazwał „alokacją” funkcji symbolicznej i instrumentalnej. Funkcja symboliczna, eksponowana przez „instrumentalność” prawa (regułę), otwiera przestrzeń dla decyzji o wyborze celu i podporządkowanego mu działania strategicznego. Prawnie skuteczne, zgodnie z regułą dokonywania czynności konwencjonalnych, wykonanie takiego działania („instrumentalizacja”) rodzić będzie skutek w postaci powstania obowiązku, jego zaktualizowania, a w przypadku reguł wykładni i egzegezy — znaczeniowego lub zakresowego dookreślenia obowiązku. Najprościej rzecz ujmując, ten, kto prawnie skutecznie skorzystał z wolności działania, jaką daje reguła wykonana z zamiarem osiągnięcia celu strategicznego, zawęży albo znosi wolność działania po stronie drugiej osoby, do której akt wykonania reguły został skierowany. Gra, o której tu mowa, nie jest grą na porozumienie, lecz strategiczną grą na rywalizację, której ceną jest władza i wolność.

I jeszcze jedna uwaga, a właściwie autokomentarz związany z ostatnim zdaniem cytatu: „Tam [...], gdzie ustawodawca maksymalizuje funkcję instrumentalną prawa [...], adresatom pozostaje jedynie działanie o charakterze realizacyjnym”. Z dzisiejszej polskiej perspektywy patrząc, stwierdzenie, że odpowiedzią na maksymalizację funkcji

511 A. Kozak, *Instrumentalność a instrumentalizacja prawa*, s. 100.

instrumentalnej prawa jest działanie wyłącznie realizacyjne, zastąpiłbym ostrożniejszym — ale ze społecznego punktu widzenia groźniejszym — stwierdzeniem, że odpowiedzią na maksymalizację funkcji instrumentalnej prawa po stronie prawodawcy jest proces kształtowania się po stronie adresatów postaw polegających na maksymalizacji funkcji realizacyjnej, finalnie prowadzącej do społecznej bierności, a więc podważającej społeczne podstawy pluralistycznej demokracji. To w takich okolicznościach kształtowała się w świadomości człowieka Zachodu „idea PRAWA jako narzędzia użytecznego do realizacji celów w makroskali (z perspektywy prawodawcy) i do obrony [przed decyzyjną omnipotencją prawodawcy — A.B.] indywidualnych interesów (z perspektywy obywatela), a przy tym silnie związanych z wartościami”⁵¹². Brak prawnie uregulowanej wolności obywatelskiej sprawia, że orężem jej obrony stają się już tylko wartości.

512 *Ibidem.*

Bibliografia

- Ajdukiewicz K., *Język i poznanie*, t. 1, Warszawa 1985.
- Ajdukiewicz K., *Logika pragmatyczna*, Warszawa 1975.
- Alexander J.C., *Review essay: Habermas's new critical theory: Its promise and problems*, „American Journal of Sociology” 91, 1985, nr 2.
- Alexy R., *W obronie niepozytywistycznej koncepcji państwa prawa*, „Państwo i Prawo” 1997, z. 11–12.
- Allott A.N., *The Limits of Law*, London 1980.
- Appadurai A., *Disjunctive and difference in the global cultural economy*, „Theory Culture and Society” 7, 1990, nr 2–3.
- Austin J.L., *Jak działać słowami*, [w:] J.L. Austin, *Mówienie i poznawanie. Rozprawy i wykłady filozoficzne*, przeł. B. Chwedeńczuk, Warszawa 1993.
- Banaszak G., Kmita J., *Społeczno-regulacyjna koncepcja kultury*, Warszawa 1994.
- Bator A., *Instrumentalizacja jako aspekt prawa*, [w:] *Zmiany społeczne a zmiany w prawie. Aksjologia. Konstytucja. Integracja europejska*, red. L. Leszczyński, Lublin 1999.
- Bator A., *Law and jurisprudence in the face of conflict: Between neutrality and the political*, „Krytyka Prawa. Niezależne Studia nad Prawem” 12, 2020, nr 3.
- Bator A., *Postanalityczna teoria i filozofia prawa. Nowe szanse, nowe zagrożenia?*, [w:] *Postanalityczna filozofia prawa*, red. M. Jabłoński, M. Paździora, Wrocław 2015.
- Bator A., *Użycie normy prawnej w regulacji stosunków gospodarczych*, Wrocław 2000.
- Bator A., *Założenie racjonalnego prawodawcy w polskiej debacie teoretycznoprawnej. Punkt wyjścia i jego krytyka*, red. M. Jabłoński, S. Żukowska, Wrocław 2020.
- Bauman Z., *Morality, Immorality, and Other Life Strategies*, Stanford, CA 1992.
- Benedict R., *Wzory kultury*, przeł. J. Prokopiuk, Kraków 2022.
- Buksiński T., *Johna Deweya teoria badań*, „Studia Metodologiczne” 1981, z. 21.
- Carey J., *Communication as Culture: Essays on Media and Society*, red. U. Hyman, Boston 1989.
- Carnap R., *Introduction to Semantics*, Cambridge (Massachusetts) 1942.
- Choduń A., *Koncepcja wykładni prawa Macieja Zielińskiego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2016, z. 4.
- Clifford J., *The Predicament of Culture: Twentieth-Century Ethnography, Literature and Art*, Cambridge (Massachusetts) 1988.
- Cotterell R., *The Politics of Jurisprudence: A Critical Introduction to Legal Philosophy*, London-Edinburgh 1989.

- Czaja J., *O nieracjonalności pojęcia „racjonalnego ustawodawcy”*, [w:] *Studia z filozofii prawa*, red. J. Stelmach, Kraków 2001.
- Czepita S., *Koncepcje teoretycznoprawne Czesława Znamierowskiego*, Poznań 1988.
- Czepita S., *Reguły konstytucyjne a zagadnienia prawoznawstwa* Szczecin 1996.
- Dąbrowski M., *Postmodernizm: myśl i tekst*, Kraków 2000.
- Dewey J., *The Later Works, 1925–1953*, t. 4. *The Quest for Certainty*, red. J.A. Boydston, Carbondale 1984.
- Dewey J., *Logic: The Theory of Inquiry*, New York 1938.
- Dewey J., *Logical method and law*, „The Philosophical Review” 33, 1924, nr 6.
- Dewey J., *The Middle Works, 1899–1924*, t. 14. *Human Nature and Conduct*, red. J.A. Boydston, Carbondale 1988.
- Dewey J., *Pure experience and reality: A disclaimer*, „The Philosophical Review” 16, 1907, nr 4.
- Dyrda A., *Pozytywizm pochowany żywcem? W obronie miękkiego pozytywizmu*, „Studia Prawnicze” 2010, nr 2.
- Działocha K., Gromski W., *Niepozytywistyczna koncepcja państwa prawnego a Trybunał Konstytucyjny*, „Państwo i Prawo” 1995, z. 3.
- Fuller L., *Human interaction and the law*, [w:] *The Principles of Social Order. Selected Essays of Lon L. Fuller*, red. K.I. Winston, Durham 1981.
- Gadamer H.G., *Wahrheit und Methode*, Tübingen 1960.
- Gizbert-Studnicki T., Pleszka K., *Dwa ujęcia wykładni prawa. Próba konfrontacji*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Nauk Politycznych” 1984, z. 20.
- Grey T., *Langdell’s orthodoxy*, „University of Pittsburgh Law Review” 45, 1983, nr 1.
- Gromski W., *Akty instrumentalizacji prawa i ich granice*, Wrocław 2018.
- Gromski W., *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, Wrocław 2000.
- Gromski W., *Zagadnienie granic instrumentalizacji prawa*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Instrumentalizacja prawa*, red. A. Kozak, Wrocław 2000.
- Haack S., *The pluralistic universe of law: Towards a neo-classical legal pragmatism*, „Ratio Juris” 21, 2008, nr 4.
- Habermas J., *Communication and the Evolution of Society*, Boston 1979.
- Habermas J., *Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, przeł. A. Romaniuk, R. Marszałek, Warszawa 2005.
- Habermas J., *Teoria działania komunikacyjnego*, t. 1. *Racjonalność działania a racjonalność społeczna*, przeł. A. Kaniowski, Warszawa 1999.
- Habermas J., *Was heißt Universalpragmatik?*, [w:] *Sprachpragmatik und Philosophie*, red. K.O. Apel, Frankfurt am Main 1976.
- Hannerz U., *Cosmopolitans and locals in world culture*, „Theory, Culture and Society” 7, 1990, nr 2–3.
- Hannerz U., *Meditation in the global ecumene*, [w:] *Beyond Boundaries*, red. G. Pálsson, Oxford 1993.
- Hart H., *Pojęcie prawa*, przeł. J. Woleński, Warszawa 1998.
- Hayek F.A., *The Constitution of Liberty*, Chicago 1960.
- Hayek F.A., *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and History of Ideas*, London 1982.
- Hessen S., *Studia z filozofii kultury*, przeł. A. Walicki, Warszawa 1968.
- Holmes O.W., *The path of the law*, „Harvard Law Review” 457, 1897.
- Jodłowski J., Siedlecki W., *Postępowanie cywilne. Część ogólna*, Warszawa 1958.

- Kaczmarek P., *Materialne i proceduralne aspekty prawa. Wstęp do rozważań nad objawami proceduralizacji w prawie europejskim*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Teoria prawa europejskiego*, red. J. Kaczor, Wrocław 2005.
- Kantor-Kozdrowicki P., *Racjonalność prawodawcy jako paradygmat nauk prawnych*, „*Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis*” 7, 2018, nr 1.
- Kassner M., *Pragmatyzm i radykalny liberalizm. Studium filozofii politycznej Johna Deweya*, Toruń 2019.
- Każmierczyk S., *Założenia metodologiczne rozważań o relacjach między prawem w znaczeniu instrumentalnym a prawem w znaczeniu pozainstrumentalnym*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Instrumentalizacja prawa*, red. A. Kozak, Wrocław 2000.
- Kelsen H., *Czysta teoria prawa*, przeł. R. Szubert, Warszawa 2014.
- Kelsen H., *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Tübingen 1920.
- Kelsen H., *Podstawowe zagadnienia nauki prawa państwowego (w rozwinięciu nauki o normie prawnej)*, przeł. T. Przeorski, Wilno 1936.
- Kempny M., *Komunikacja międzykulturowa czy postkulturowa globalna ekumena*, [w:] *Komunikacja międzykulturowa. Zbliżenia i impresje*, red. A. Kapciak, L. Korporowicz, A. Tyszka, Warszawa 1995.
- Kennedy D., *The Rise and Fall of Classical Legal Thought*, Pennsylvania 1998.
- Kłóskowska A., *Kultura masowa. Krytyka i obrona*, Warszawa 1980.
- Kmita J., *O kulturze symbolicznej*, Warszawa 1982.
- Koczanowicz L., *Polityka dialogu*, Warszawa 2015.
- Kordela M., *Formalna interpretacja klauzuli demokratycznego państwa prawnego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Zasada demokratycznego państwa prawnego w Konstytucji RP*, red. S. Wronkowska, Warszawa 2006.
- Kozak A., *Charakterystyka kategorii „racjonalny prawodawca” w sądowym stosowaniu prawa*, [w:] *Filozoficzno-teoretyczne problemy stosowania prawa*, red. M. Zirk-Sadowski, Łódź 1997.
- Kozak A., *Granice prawniczej władzy dyskrecyjnej*, Wrocław 2000.
- Kozak A., *Instrumentalność a instrumentalizacja prawa*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa*, red. Artur Kozak, Wrocław 2000.
- Kozak A., *Myslenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej*, Wrocław 2010.
- Kozak A., *Pojmowanie prawa w teorii wykładni*, Wrocław 1997.
- Kozak A., *Wykładnia prawa*, [w:] *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, Warszawa 2016.
- Kroeber A.L., *Values as a subject of natural science inquiry*, [w:] A.L. Kroeber, *The Nature of Culture*, Chicago 1952.
- Kroeber A.L., Kluckhohn C., *Culture: Critical review of concepts and definitions*, „*Papers of the Peabody Museum of American Archeology and Ethnology, Harvard University*” 47, 1952, nr 1.
- Kustra E., *Rozwojowy model tworzenia prawa*, „*Acta Universitatis Nicolai Copernici. Nauki Humanistyczno-Społeczne*” 1996, z. 307.
- Lakatos I., *Dowody i refutacje. Logika odkrycia matematycznego*, przeł. M. Kozłowski, K. Lipszyc, Warszawa 2005.
- Lamentowicz W., *Destrukcyjność normatywności*, [w:] *Kultura prawna i dysfunkcyjność prawa*, t. 1, red. A. Turska, E. Łojko, A. Kojder, Warszawa 1988.
- Lang W., *Instrumentalne pojmowanie prawa a państwo prawa*, „*Państwo i Prawo*” 1991, z. 12.

- Lang W., *Prawo procesowe a prawo materialne. Wzajemne relacje*, [w:] *Prawo w XXI wieku. Księga pamiątkowa Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk*, red. W. Czapliński, Warszawa 2006.
- Lang W., Morawski L., Gawrysiak T., *Interpretacja prawnicza jako szczególnie rodzaj interpretacji humanistycznej*, „*Studia Filozoficzne*” 1975, nr 12.
- Lang W., Morawski L., Gawrysiak T., *Koncepcja „prawodawcy doskonałego” i jej zastosowanie w prawoznawstwie. Próba krytycznej analizy książki Leszka Nowaka „Interpretacja prawnicza”*, „*Państwo i Prawo*” 1976, z. 1–2.
- Longchamps F., *Uwagi o używaniu pojęć w naukach prawnych*, „*Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Wrocławskiego. Prawo*” 7, 1960, nr 27.
- Luhmann N., *Rechtssoziologie*, Opladen 1983.
- Lytard J.-F., *Kondycja ponowoczesna. Raport o stanie wiedzy*, przeł. M. Kowalska, J. Migasiński, Warszawa 1997.
- Lytard J.-F., *Postmodernizm dla dzieci. Korespondencja 1982–1985*, Warszawa 1998.
- Łojko E., *Kryzys prawa i spadek jego prestiżu*, [w:] *Kultura prawna i dysfunkcjonalność prawa*, t. 1, Warszawa 1988.
- Malinowski B., *Naukowa teoria kultury*, [w:] B. Malinowski, *Szkice z teorii kultury*, Warszawa 1958.
- Mańko R., *W stronę krytycznej filozofii orzekania. Polityczność, etyka, legitymizacja*, Łódź 2018.
- Matczak M., *Kompetencja organu administracji publiczno-prawnej. Studium z teorii prawa*, Kraków 2004.
- Maturana H., *Erkennen: Die Organization und Verkörperung von Wirklichkeit*, Wiesbaden 1982.
- McLuhan M.I., Fiore Q., *War and Peace in the Global Village*, New York 1968.
- Mill J.S., *Utylitaryzm. O wolności*, Warszawa 1959.
- Miłosz C., *Zniewolony umysł*, Kraków 1999.
- Morawski L., „*Autopoiese*” i prawo refleksyjne w ujęciu G. Teubnera, [w:] *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie*, red. G. Skąpska, J. Czapska, K. Daniel, K. Pałeczki, J. Górski, Kraków 1992.
- Morawski L., *Dwa podejścia do prawa. Kilka uwag*, [w:] *Prawo i prawoznawstwa wobec zmian społecznych*, red. H. Rot, Wrocław 1990.
- Morawski L., *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 1999.
- Morawski L., *Instrumentalizacja prawa (zarys problemu)*, „*Państwo i Prawo*” 1993, z. 3.
- Morawski L., *Podstawy filozofii prawa*, Toruń 2014.
- Morawski L., *Pozytywizm „twardy”, pozytywizm „miękki” i pozytywizm martwy*, „*Ius et Lex*” 2003, nr 1.
- Morawski L., *Prawo jako technika społeczna — problemy aksjologiczne*, „*Colloquia Communia*” 6, 1988, nr 41.
- Morawski L., *Prawo jako technika społeczna — problemy aksjologiczne*, „*Colloquia Communia*” 1, 1989, nr 42.
- Morawski L., *Spór o pojęcie państwa prawnego*, „*Państwo i Prawo*” 1994, z. 4.
- Morawski L., *Teoria racjonalnego prawodawcy a postmodernizm*, „*Państwo i Prawo*” 2000, nr 11.
- Mouffe Ch., *Paradoks demokracji*, przeł. W. Jach, M. Kamiński, A. Orzechowski, Wrocław, 2005.
- Mouffe Ch., *Polityczność. Przewodnik Krytyki Politycznej*, przeł. J. Erbel, Warszawa 2008.

- Nonet P., Selznick P., *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, New York 1978.
- Nowak L., *Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawoznawstwa*, Warszawa 1973.
- Nowak L., *Performatywy a język prawny i etyczny*, „Etyka” 3, 1968.
- Nowak L., *Spór o definicje legalne a sposób „pojmowania prawodawcy”*, „Państwo i Prawo” 1969, nr 3.
- Nowak L., *U podstaw teorii socjalizmu*, t. 3. *Dynamika władzy*, Poznań 1991.
- Nowak L., *Zygmunta Ziemińskiego koncepcja interpretacji. Pewne komentarze, dopiętnienia i aplikacje*, [w:] *Umysł a rzeczywistość. Poznańskie studia z filozofii humanistyki*, t. 5, red. A. Klawiter, L. Nowak, P. Przybysz, Poznań 1999.
- Nowak L., Wronkowska S., Zieliński M., Ziemiński Z., *Czynności konwencjonalne w prawie*, „Studia Prawnicze” 1972, nr 33.
- Nowak S., *Teoria postaw*, Warszawa 1973.
- Opalek K., *Argumenty za nielingwistyczna koncepcją normy. Uwagi dyskusyjne*, „Studia Prawnicze” 1985, nr 3–4.
- Opalek K., *Dwoistość ujęcia normy prawnej w nauce prawa*, „Państwo i Prawo” 1988, nr 6.
- Opalek K., *Z teorii dyrektyw i norm*, Warszawa 1974.
- Opalek K., Woleński J., *Logika i interpretacja powinności*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 21, 1988.
- Ossowski S., *Dzieła*, t. 6. *O osobliwościach nauk społecznych*, Warszawa 1967.
- Petrażycki L., *Teoria państwa i prawa w związku z teorią moralności*, t. 2, Warszawa 1960.
- Piechowiak M., *Sprawiedliwe prawo — niesprawiedliwe wyroki. Uwagi na marginesie Arthura Kaufmanna koncepcji prawa do sprzeciwu wobec władzy*, [w:] *Księga Jubileuszowa Profesora Romana Wieruszewskiego*, red. G. Baranowska, A. Gliszczyńska-Grabias, A. Hernandez-Polczyńska, K. Sękowska-Kozłowska, Warszawa 2017.
- Płeszcza K., *Reguły preferencji w prawniczych rozumowaniach interpretacyjnych*, [w:] *Studia z filozofii prawa*, t. 2, red. J. Stelmach, Kraków 2003.
- Płeszcza K., Gizbert-Studnicki T., *Dwa ujęcia wykładni prawa. Próba konfrontacji*, Warszawa-Kraków 1984.
- Posner R., *A pragmatist manifesto*, [w:] R. Posner, *Problems of Jurisprudence*, Cambridge (Massachusetts), 1990.
- Posner R., *The decline of law as an autonomous discipline: 1962–1987*, „Harvard Law Review” 100, 1987, nr 4.
- Potrzeszcz J., *Pozytywistyczna a niepozytywistyczna koncepcja prawa*, „Roczniki Nauk Prawnych” 15, 2005, nr 2.
- Putnam H., *The uniqueness of pragmatism*, „Think. Philosophy for Everyone” 2004, nr 8.
- Quevedo S., *Formalist and instrumentalist legal reasoning and legal theory*, „California Law Review” 73, 1985.
- Rosner K., *Strukturalizm*, [w:] *Filozofia a nauka. Zarys encyklopedyczny*, red. Z. Cackowski, J. Kmita, K. Szaniawski, P. Smoczyński, Wrocław 1987.
- Ross A., *Directives and Norms*, London 1968.
- Russocki S., *Wokół pojęcia „kultura prawna” i „kultura polityczna”*, „Państwo i Prawo” 1981, z. 3.
- Sarkowicz R., *Interpretacja liczb w tekście prawnym*, „Państwo i Prawo” 1990, nr 11.
- Sarkowicz R., *W poszukiwaniu znaczenia tekstu*, [w:] *Prawo i prawoznawstwo wobec zmian społecznych*, red. H. Rot, Wrocław 1990.

- Schauer F., *Formalism*, „The Yale Law Journal” 97, 1988, nr 4.
- Sebok A.J., *Legal Positivism in American Jurisprudence*, Cambridge 1998.
- Siedlecki W., *Postępowanie cywilne. Zarys wykładu*, Warszawa 1977.
- Skąpska G., *Prawo a dynamika społecznych przemian*, Kraków 1991.
- Skąpska G., *The rule of law from East Central European perspective*, „Law and Social Inquiry” 15, 1990, nr 4.
- Smolak M., *Wykładnia celowościowa z perspektywy pragmatycznej*, Warszawa 2012.
- Sobański R., *Służność w prawie*, „Państwo i Prawo” 2001, z. 8.
- Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <https://plato.stanford.edu/entries/law-language/historical-introductions>.
- Summers R.S., *Pragmatic instrumentalism in twentieth century American legal thought—a synthesis and critique of our dominant general theory about law and its use*, „Cornell Law Review” 66, 1981.
- Świrydowicz K., *W sprawie pojęcia obowiązku*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1981, nr 1.
- Taekema S., *Beyond common sense: Philosophical pragmatism’s relevance to law*, „Nordisk Juridisk Tiidskrift” 29, 2006, nr 4.
- Taekema S., *The many uses of law: Interactional law as a bridge between instrumentalism and law’s values*, [w:] *In Pursuit of Pluralist Jurisprudence*, red. N. Roughan, A. Halpin, Cambridge 2017.
- Tamanaha B., *A Realistic Theory of Law*, Cambridge 2017.
- Tamanaha B., *Beyond the Formalist–Realist Divide: The Role of Politics in Judging*, Princeton (New Jersey) 2010.
- Tamanaha B., *How an instrumental view of law corrodes the rule of law*, „DePaul Law Review” 56, 2007, nr 12.
- Tamanaha B., *Law as a Means to an Ends: Threat to a Rule of Law*, Cambridge 2006.
- Tamanaha B., *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge 2004.
- Tamanaha B., *The Perils of Pervasive Legal Instrumentalism*, Nijmegen 2006.
- Tittenbrun J., *Dialektyka i scholastyka. O pewnej próbie obalenia Marksza*, Warszawa 1986.
- Weber M., *Gospodarka o społeczeństwo. Zarys socjologii rozumiejącej*, przeł. D. Lachowska, Warszawa 2002.
- White L., *The Science of Culture: A Study of Man and Civilization*, New York 1949.
- Wilkożewska K., *Wariacje na postmodernizm*, Kraków 2000.
- Wojtczak S., *Wpływ konceptu „racjonalnego prawodawcy” na polską kulturę prawną*, [w:] *Wielowymiarowość prawa*, red. J. Czapska, M. Dudek, M. Stępień, Toruń 2014.
- Woleński J., *Dyscyplina a teoria naukowa*, „Zeszyty Naukoznawstwa” 1981, z. 1–2.
- Wright von G.H., *Norm and Action: A Logical Inquiry*, London 1963.
- Wronkowska S., *Kilka tez o instrumentalizacji prawa i ochronie przed nią*, Wrocław 2017.
- Wronkowska S., *O niektórych osobliwościach konstytucji i jej interpretacji*, [w:] *Wykładnia konstytucji. Aktualne problemy i tendencje*, red. naukowa Marek Smolak, Warszawa 2016.
- Wronkowska S., Ziemiński Z., *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997.
- Wróblewski J., *Contemporary Models of the Legal Sciences*, Wrocław 1989.
- Wróblewski J., *Modele prawoznawstwa a typy kształcenia prawniczego*, „Państwo i Prawo” 1981, z. 4.
- Wróblewski J., *Prawo i homeostaza społeczna*, „Państwo i Prawo” 1982, z. 12.
- Wróblewski J., *Rozumienie prawa i jego wykładnia*, Wrocław 1990.
- Wróblewski J., *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988.
- Wróblewski J., *Uzasadnianie aktu prawodawczego*, „Państwo i Prawo” 1987, z. 1.

- Wróblewski J., *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, Warszawa 1959.
- Zalewska M., *Problem zarachowania w normatywizmie Hansa Kelsena*, Łódź 2014.
- Zgółka T., *Struktura*, [w:] *Filozofia a nauka. Zarys encyklopedyczny*, red. Z. Cackowski, J. Kmita, K. Szaniawski, P. Smoczyński, Wrocław 1987.
- Zieliński M., *Interpretacja jako proces dekodowania tekstu prawnego*, Poznań 1972.
- Zieliński M., *Wykładnia prawa. Zasady – reguły – wskazówki*, Warszawa 2002.
- Zieliński M., Ziemiński Z., *Uzasadnianie twierdzeń, ocen i norm w prawoznawstwie*, Warszawa 1988.
- Zieliński M., Zirk-Sadowski M., *Klaryfikacyjność i derywacyjność w integrowaniu się polskich teorii wykładni prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2011, z. 2.
- Zieliński M., Bogucki O., Choduń A., Czepita S., Kanarek B., Munczewski A., *Integrowanie polskich koncepcji wykładni prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2009, z. 4.
- Ziemiński Z., *Deskrypcjonistyczna i rekonstrukcjonistyczna analiza języka w prawoznawstwie*, „Studia Prawnicze” 1985, nr 3–4.
- Ziemiński Z., *Kompetencja i norma kompetencyjna*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1969, z. 4.
- Ziemiński Z., *O pojmowaniu celu, zadania, roli i funkcji prawa*, „Państwo i Prawo” 1987, z. 12.
- Ziemiński Z., *O wynikaniu norm z norm*, [w:] *Rozprawy logiczne. Księga pamiątkowa ku czci Kazimierza Ajdukiewicza*, red. T. Kotarbiński, Warszawa 1964.
- Ziemiński Z., *O zawiłościach związanych z pojmowaniem kompetencji*, „Państwo i Prawo” 1991 z. 4.
- Ziemiński Z., *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980.
- Ziemiński Z., *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, Warszawa-Poznań 1983.
- Ziemiński Z., *W związku z artykułem K. Opalka „Dwoistość ujęcia normy w nauce prawa”*, „Państwo i Prawo” 1988, nr 12.
- Ziemiński Z., *Założenia logiki deontycznej a zagadnienia prawoznawstwa*, „Państwo i Prawo” 1964, z. 8–9.
- Ziemiński Z., Zieliński M., *Dyrektywy i sposób ich wypowiedziania*, Warszawa 1992.
- Zirk-Sadowski M., *Instytucjonalny i kulturowy wymiar integracji prawnej*, [w:] *Zmiany społeczne a zmiany w prawie. Aksjologia, konstytucja, integracja europejska*, red. L. Leszczyński, Lublin 1999.
- Zirk-Sadowski M., *Konstrukcja racjonalnego prawodawcy a kompetencja komunikacyjna*, [w:] *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, red. S. Wronkowska, M. Zieliński, Poznań 1990.
- Zirk-Sadowski M., *Prawo a uczestniczenie w kulturze*, Łódź 1998.
- Zirk-Sadowski M., *Uczestniczenie prawników w kulturze*, „Państwo i Prawo” 2002, nr 9.
- Zirk-Sadowski M., *Uniwersalna pragmatyka a teoria i filozofia prawa*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 37, 1986.
- Zirk-Sadowski M., *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Kraków 2000.
- Znamierowski C., *Oceny i normy*, Warszawa 1957.
- Znamierowski C., *Podstawowe pojęcia teorii prawa, cz. 1. Układ prawny i norma prawna*, Poznań 1934.

Summary

In the Polish theoretical and legal debate, the accumulation of interest in the problem of instrumentalisation of law took place in the 1990s, which should be connected with the political transformation, the transformation of the order based on the leading role of the state into a liberal system of organisation of social life. The idea of instrumentalisation of law in the debate at that time was inscribed in the old political order, based on the domination of state lawmaking subordinated to the implementation of programmes of social change. The crisis of these programmes diagnosed in the 1990s translated into a crisis of law as an instrument for their implementation. The main challenge posed by instrumentalisation theories became the need to draw boundaries against unacceptable acts of state instrumentalisation of law. Justification was sought either in moral values external to the law (the original version of legal positivism) or in internal values derived from the rule of law (more refined versions of legal positivism).

The latter perspective proved to be more influential, and the argument from the autonomy of law became an argument against the instrumentalisation of law. The Polish debate thus came closer to the Anglo-Saxon arguments around the instrumentalisation of law. The effect of this was that the notion of instrumentalisation of law in the legal perception—and consequently in the public perception—acquired an overtly negative connotation. It was identified with the empire of the state and the lack of respect for the rights of the individual, the prioritisation of general rationales expressed by legislation at the expense of the convictions (goals of action) of individuals. The argument from the autonomy of law with the guiding role of the rule of law became a tool to defend the law against the destruction of its normativity. Political liberalism became, in the debates on the instrumentalisation of law, primarily legal liberalism (independent institutions) and

“lawyers” liberalism (independent lawyers). The needs of individuals were rarely—and if they were, it was usually declaratively—noticed, and Polish discussions additionally overlooked the role that courts can (should) play in shaping the relationship between autonomy and instrumentalisation.

The argument from the autonomy of law, invoked in theories of the instrumentalisation of law, is an argument that is also important in this book. However, its role is radically transformed. It does not serve the integrity of law *per se*. In the view proposed in the book, a coherent, stable law that fulfils the claim of the rule of law is supposed to create the necessary conditions for acts of instrumentalisation of the law that are equal for all actors taking actions based on the law, and the autonomy of the law is the point of support for legally effective (legal, in accordance with the intrinsic values of the law) acts of instrumentalisation. The distinction between the rationale supporting instrumental actions and the rationale legitimising the limits of instrumentalisation becomes relative, a matter of perspective on a particular action. What *ex ante* is a rationale for the action taken, *ex post* may act as a basis for evaluating the action taken, including the finding of exceeding the “limits” of instrumentalisation of the law.

The proposed concept of instrumentalisation is a pragmatic theory. The issue at stake is the perspective of the action and the legal conditions in which the action is taken. Such a research perspective is often—and this is particularly evident in Polish theories of legal instrumentalisation—neglected. Indeed, the elementary diachronic „logic” of the pragmatics of research proceedings tells us that before we construct concepts of defence against possible abuses related to acts of instrumentalisation of law, we should ask ourselves what the instrumentalisation of law is. And it is an expression of the attitude adopted towards the law by an acting subject. Instrumental actions, similarly to autonomous (symbolic, communicative) actions, do not yield to the conceptual categorisation traditionally adopted in analytical sciences. This is because the notion of instrumental action belongs to (explicitly or implicitly) syncategorematic concepts. Therefore, traditional (structuralist) analysis attempting to distinguish between instrumentalising action and autonomising action in law is useless and only serves to organise concepts in the minds of researchers rather than the reality under study. Whether an act is instrumental or autonomous behaviour will be determined by the actor taking the action based on a (consciously adopted or routine) attitude towards a particular object (law).

Problems with the relationship between autonomy and instrumentalisation were not the predicament of legal theorists. Similar challenges were faced by philosophers and sociologists of culture. The issue arose in connection with Alfred Weber's proposed distinction between culture (in the strict sense) and civilisation. In this proposal, culture was supposed to have the value of autonomy. It was seen as a set of norms and core values—enduring, resistant to current practical needs and challenges. Civilisation, on the other hand, was characterised through the prism of the principle of utility, as available, changing, perfected means and techniques of action serving to master nature and subordinate it to man according to the idea of progress. The direction of the evolution of this argument, namely the weakening of the original radicalism of the opposition between civilisation (instrumentalism) and culture (autonomy), was important for the reflections carried out in this book. This process took place either by supplementing the initial opposition with a third component—reflexive consciousness, leading to an appreciation of the relationship between culture and civilisation as a socially mediated process—or to an appreciation of this relationship in specific contexts of action taken by the individual. Both of these orientations (in this book I refer mainly to the second one) confirm the earlier conclusions that the division between the autonomous and the instrumental is relative in nature: it is a feature of a specific action, which is a consequence of the attitude adopted by the active subject.

The demonopolisation of the position of the state legislator, inherent in the original version of legal positivism, and the opening up of the perspective for instrumentalising acts of law by social actors opens up the possibility of situating acts of instrumentalisation as an activity that is part of democratic pluralism (Sanne Taekema's thesis, based on John Dewey's concept of pragmatic instrumentalism). This direction leads to undermining the ethical dimension of Habermas's position exposed by the metaphor of two "worlds": the world of systems supported by the oppressive nature of instrumental action and the world of life, whose medium was to be communicative action. In the proposed interpretation, communicative action with its autonomous-symbolic status is considered—as in the German sociologist's case—to be primary to instrumental (strategic) action. However, the overtly pejorative entanglement of the latter is rejected (strategic action was described by Habermas as "parasitic" action). From a functional point of view, one and the other type of action are treated equally, or, more precisely, we are dealing here with a single action with a dual justification (the illocutionary character of action with an imposed performative effect). This

reinterpretation makes it possible to adapt *the Theory of Communicative Action* to the requirements of a pluralistic, democratic instrumentalisation of law. Following the division between culture and civilisation, also the distinction between communicative and instrumental (strategic) action, together with the metaphors of the “lifeworld” and the “world of systems,” is weakened: relativised and contextualised.

The democratic instrumentalisation of law requires the fulfilment of certain self-limiting conditions on the part of the normative practice of *civil law*. This process can be described as the “allocation of normative resources” in the relationship between the state and the other participants in legal life. Referring to George H. von Wright’s theory of norms (*Norm and Action: A Logical Enquiry*), this “allocation” should lead to the formation of conditions conducive to action based on formal standards of *the rules of game* type allowing for the possibility of choosing the goal of action on the part of social actors. These goals should be content-correlated, optimised using standards referred to by von Wright as *moral ideals* (the equivalent of so-called substantive principles of law). Each of these types of normative interaction non-conflictually fits into an argumentation based on practical (instrumental) inference, the unified shape of which is expressed by *technical norms* or *directives*. The product of this co-option will be obligations captured in imperative norms—*prescriptions*. Von Wright emphasises activism, which is to be fostered by *rules-type* standards—the freedom to choose the goals of action, optimised by *ideal rules*. However, such cooperation does not occur in the relationship between *rules* and *prescriptions* (there are no exemplifications linking the two types). Rules and imperative norms are “competitive” with each other in the sense that a rule-based action (in accordance with *ideal rules*), if it leads to obligations on the part of the addressees of the executed action—and this is the case of lawmaking directed at social subjects—will abolish the freedom of choice on the part of the latter, leaving them with an enforcement role. “Allocation of normative resources” thus consists in shaping the constitutional order in such a way that decisions taken by the state legislator on the basis of *rules* do not deprive the other social subjects of the same opportunities.

The reticence of the state to enact imperative substantive legal norms, the proceduralisation of law and the argumentative model of law application that favours these tendencies lead to a shift of focus in reflections on the instrumentalisation of law from lawmaking to judicial practice. This is confirmed by the American debate between so-called formalists, emphasising the importance of the autonomy

of law (positivist affiliation) and instrumentalists, emphasising the causality and functionality of law (realist affiliation). In this debate, one can find positions on both sides by authors willing to take into account the rationale put forward by their opponents. In this book, I make extensive reference to the views of the pragmatist John Dewey and his realist research approach (empirical methods, including experiment and observation) which is also open to the formal conditions of legal facts (thesis of research/action as a feedback correlation of ideas/norms and facts). On the other side of this argument, I draw on the views of Robert S. Summers, a legal theorist embedded in the tradition of legal positivism, and his concept of “balanced realism,” going beyond the dispute between formalists and realists. Both of these evocations are meant to support the thesis that it is not so much (or not only) the decision-making practice of creating general norms, but the practice of the action of the person involved in legal process (the judge, the parties to the proceedings and the courtroom) that form the perspective appropriate for understanding the meaning, importance and inevitability of the dispute between legal formalism and instrumentalism—that this dispute, for some cumbersome and irresolvable, for others has heuristic added value. For it legitimises the view that the autonomy of law exposed by the formalists should be (Dewey) or at least can be (Summers) interpreted as a premise relevant to intentional-instrumental action.

The assertion of the necessary (conditioning) and primary (temporally anticipatory) character of the autonomy of law vis-à-vis decisional acts of legal instrumentalisation leads to the recognition of instrumental rationality as secondary to communicative rationality. This position may raise doubts from the point of view of the assumptions on which the Polish theory of the rational legislator operates. This allegation can be challenged by tracing the transformations that have taken place in this theory in the last few decades: from (a) attempts to build, based on the assumption of instrumental rationality, a scientific programme of explaining the interpretative activities of lawyers, through (b) the formal (non-repealable) assumption of instrumental rationality adopted in the process of interpretation (*de nomine* rationality attributed to the legislator, *de facto* legitimising the adaptive-corrective interpretative activities of lawyers), to (c) the communicative rationality (competence) of lawyers regarded as a variant of the so-called “universal pragmatics.” A brief lesson on the history of the idea of the rational legislator highlights the process of transition from structuralist thinking, attempting to remove the specifics and needs of legal decision-making practice from the field of legal studies (a), through practicism

legitimised by the cultural autonomy of the legal community (b), to a vision of practice as legal communicative competence conditioning correct decision-making and understanding. The evoked direction of change can be described as a process of pragmatism of the theory of the rational legislator. A similar trend can also be observed in the derivational conception of interpretation.

The monograph closes with a *Postscript*, which is a return to the Polish debates on the instrumentalisation of law from a quarter of a century ago, and in fact to just one proposal put forward by Artur Kozak, our prematurely deceased in 2009 colleague from the Wrocław Chair of the Theory and Philosophy of Law. This proposal was to introduce into the language of the theory of instrumentalisation of law the concept of “instrumentality” understood as the potential ability to perform acts of instrumentalisation. This concept has an indisputable cognitive value, useful for describing the relationship between the formal character of the rationale for action (instrumentality) and the action itself (instrumentalisation). The formal status of instrumentality fits well with the leading thesis of this book that the autonomous-symbolic dimension of law conditions acts of instrumentalisation. I do, however, argue with Kozak’s proposed development of the claim about the formal character of instrumentality. Kozak locates the instrumentality of law at the level of a very general, purely formalised idea of law (*LAW*), which consists of ‘sheer drawers’, into which an acting subject, through his/her choice (act of instrumentalisation), may place various “objects” acceptable on the grounds of Western culture, such as legislative authority, rules of conduct or values. Ultimately, the author opts for values. My choice falls on the rule, but in the strict sense previously (following von Wright) adopted. From the broader context of Kozak’s reflections, one judges that even when he hypothetically considers taking “rule” out of the drawer, he does not have in mind the meaning of the term adopted in this work. He is closer to “rule” conceived as an imperative norm of conduct. Such a shift in meaning disorganises (and for Kozak must have rendered incomprehensible) the idea of such an arrangement of the normative order in the relations between the state legislator and social actors that would favour the democratic instrumentalisation of law.

The present monograph grew out of a paper I delivered in 1998 and an article published a year later entitled *Instrumentalisation as an aspect of law*. Its aim was to develop the theses formulated more than 25 years ago, including those that would dispel such ambiguities and misunderstandings as Arthur Kozak’s reading.



Uniwersytet
Wrocławski



Wydawnictwo Uniwersytetu
Wrocławskiego

Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego

ul. F. Joliot-Curie 12
50-383 Wrocław
wydawnictwo@uwr.edu.pl

Instrumentalizacja prawa ma złą sławę. Naturalną reakcją na zło jest stawianie granic. W pozytywizmie prawniczym, monopolizującym aktywizm po stronie państwowego prawodawcy, granice te budowane są na zewnętrznych wartościach (moralność), a w jego nowszej wersji na wartościach wewnętrznych (praworządność, *rule of law*). Autonomia prawa staje się granicą instrumentalizacji.

W monografii próbuję podważyć mit złej lub podejrzewanej o nieczne intencje instrumentalizacji prawa. Punktem wyjścia do tej rewaloryzacji będzie odwrócenie relacji między instrumentalizacją i autonomią. Autonomia prawa staje się legitymacją otwierającą drogę do działania, którego cel wybierany jest przez aktywnego społecznie aktora. Przesuwa to czynności instrumentalizacji prawa w obszar praktyki demokratycznej, ze „świata systemów” do „świata życia” (Habermas).

Proponowanemu ujęciu instrumentalizacji zarzucić można nadmierny optymizm oraz nieliczenie się z zastaną praktyką kulturową. Istotnie, teorie nie zmieniają świata, mogą natomiast zmieniać sposób jego postrzegania. Przyjęta w pracy perspektywa badawcza opiera się na założeniach pragmatycznego instrumentalizmu Johna Deweya. Co warte podkreślenia, amerykański pragmatysta wcale nie walczył z pozytywizmem prawniczym — przeciwnie, swoją teorię działania-poznawania (uczenia się) lokuje w ramy relacji między regułą ogólną (formalizm) i faktami tworzącymi kontekst działania (realizm). Jest to perspektywa bliska nie tylko prawnikom, ale wszystkim, którzy próbują sobie radzić z życiowymi wyzwaniami.

Andrzej Bator — profesor zwyczajny Uniwersytetu Wrocławskiego, od 2005 roku kierownik Katedry Teorii i Filozofii Prawa Uniwersytetu Wrocławskiego. Zainteresowania badawcze obejmują zagadnienia analitycznej teorii prawa i metodologii badań prawniczych, ewolucji ogólnej teorii prawa pod wpływem współczesnych wyzwań społecznych i doktrynalnych (filozofia pragmatyczna, ponowoczesność, polityczność) oraz wpływu dorobku ogólnej teorii na rozwiązywanie problemów z zakresu szczegółowych dyscyplin prawoznawstwa (prawa gospodarcze, konstytucyjne, europejskie i inne). Autor ponad stu pozycji bibliograficznych, w tym monografii *Użycie normy prawnej w regulacji stosunków gospodarczych* (2000), *Kompetencja w prawie i prawoznawstwie* (2004). Współautor i redaktor: *Legal Theory and Philosophy of Law: Towards Contemporary Challenges* (2013), *Wielkiej encyklopedii prawa, t. 7 Teoria i filozofia prawa* (2016) oraz podręcznika akademickiego *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny* (2006, pięć wydań).



Wydawnictwo
Uniwersytetu
Wrocławskiego