Andrzej Bator

PRAWO

struktura i działanie

Wybór pism

Andrzej Bator
Prawo: struktura i działanie
Wybór pism

Andrzej Bator
Prawo: struktura i działanie
Wybór pism

Redaktorzy: Michał Błachut, Joanna Helios,
Paweł Jabłoński, Wioletta Jedlecka,
Przemysław Kaczmarek, Jacek Kaczor, Jakub Łakomy,
Michał Paździora, Maciej Pichlak, Adam Sulikowski,
Mateusz Wojtanowski

WYDAWNICTWO UNIWERSYTETU WROCŁAWSKIEGO
WROCŁAW 2026



Acta Universitatis Wratislaviensis
No 4458

Andrzej Bator
Prawo: struktura i działanie. Wybór pism

Redaktorzy: Michał Błachut, Joanna Helios, Paweł Jabłoński, Wioletta Jedlecka, Przemysław Kaczmarek, Jacek Kaczor, Jakub Łakomy, Michał Paździora, Maciej Pichlak, Adam Sulikowski, Mateusz Wojtanowski

Recenzent: Marek Zirk-Sadowski

Skład i łamanie: Violet Design / Wioletta Kowalska
na podstawie projektu makiety Grupy Projektor
Projekt okładki: Małgorzata Szałyga
Ilustracja na okładce: magnific.com
Zdjęcie Jubilata: Zuzanna Pelc

© Uniwersytet Wrocławski 2026

ISBN: 978-83-68858-06-8 (druk)
ISBN: 978-83-68858-07-5 (PDF)
ISSN: 0239-6661 (AUWr)
ISSN: 3071-6748 (AUWr online)

Uniwersytet Wrocławski | Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego

Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego
ul. F. Joliot-Curie 12, 50-383 Wrocław
tel. 71 3757684, e-mail: wydawnictwo@uwr.edu.pl

Spis treści

Wprowadzenie ... 9
Nota biograficzna ... 13
Karpackie spotkania naukowe ... 17

CZĘŚĆ PIERWSZA
O JĘZYKU NAUKI PRAWA

Język prawniczy wobec zmian w prawie (1991) ... 23
Debaty prawnicze. Rozmowa bez konsensusu (2007) ... 39
Czy prawo może być praktyką partykularną?
W związku z koncepcją juryscentryzmu (2012) ... 59

CZĘŚĆ DRUGA
PODZIAŁY GAŁĘZIOWE A INTEGRACJA
I AUTONOMIA PRAWA

Czy wyodrębniać prawo gospodarcze? (1993) ... 81
Uniwersalny charakter teorii wykładni prawa w związku z podziałem
na prawo publiczne i prywatne (2009) ... 87
Czy powinniśmy wyodrębniać prawo gospodarcze?
Powrót do dyskusji (2022) ... 107

CZĘŚĆ TRZECIA
PRAWO W KONSTYTUCJI

Prawo w konstytucji czy konstytucja prawa — w związku
z art. 8 Konstytucji RP (1999) ... 121
Ewolucja analitycznej teorii prawa a bezpośrednie
stosowanie konstytucji (2018) ... 145
Kim ma być wychowanek akademii prawniczej? O perspektywach
budowania edukacji prawniczej wokół konstytucji (2018) ... 173

CZĘŚĆ CZWARTA
TEORIA NORMY: MIĘDZY STRUKTURĄ I DZIAŁANIEM

Integracja prawoznawstwa a rozumienie kompetencji w szczegółowych naukach prawnych (2004) ... 191

Norma prawna jako wypowiedź doktryny prawniczej (2013) ... 213

O dwóch nietypowych koncepcjach normy oraz o ryzyku związanym z zewnętrzną integracją prawoznawstwa (2015) ... 231

CZĘŚĆ PIĄTA
INSTRUMENTALIZACJA PRAWA

Instrumentalizacja jako aspekt prawa (1999) ... 251

Prawna czynność konwencjonalna jako działanie zinstrumentalizowane (2000) ... 269

Prawo wobec polityki i polityczności. Czy instrumentalizacja prawa ma szansę odzyskać dobre imię? (2022) ... 295

CZĘŚĆ SZÓSTA
POSTANALITYCZNA FILOZOFIA PRAWA

Postanalityczna teoria i filozofia prawa. Nowe szanse, nowe zagrożenia? (2015) ... 311

Czy koniec teorii prawa? (2011) ... 337

Dogmatyka prawa wobec politycznej opresji. Czy historia myśli prawnej może nas czegoś nauczyć? (2021) ... 353

CZĘŚĆ SIÓDMA
VARIA

Wspomnienia o Arturze Kozaku (2010) ... 371

Esej o wyjątkowych (dla mnie) spotkaniach z ludźmi nauki ... 381

Wykaz publikacji Profesora Andrzeja Batora ... 391

Wprowadzenie

Oddajemy do rąk Czytelników księgę pamiątkową wydaną z okazji siedemdziesiątych urodzin Profesora Andrzeja Batora, wybitnego uczonego, cenionego nauczyciela akademickiego oraz wieloletniego kierownika wrocławskiej Katedry Teorii i Filozofii Prawa — naszego szefa i przyjaciela. Niniejszy tom stanowi zbiór jego najważniejszych artykułów, będących świadectwem niezwykłej erudycji, precyzji myślenia i głębokiego namysłu nad prawem jako zjawiskiem społecznym i kulturowym.

Dorobek naukowy Profesora Batora cechuje nie tylko wysoki poziom merytoryczny, lecz także otwartość na różnorodne perspektywy badawcze. Jego teksty tworzą przestrzeń dialogu pomiędzy analityczną tradycją naszej dyscypliny a (po)nowoczesnością, między teorią a praktyką, a nade wszystko między różnymi sposobami rozumienia prawa. Profesor Bator od lat inspiruje do odwagi intelektualnej, zachęcając do zadawania pytań i przekraczania utartych schematów myślowych.

Dla nas, przedstawicieli kolejnego pokolenia wrocławskich teoretyków i filozofów prawa, Profesor pozostaje nie tylko wybitnym badaczem, lecz także życzliwym mentorem, który potrafi połączyć naukową rzetelność z autentyczną troską o ludzi. Kierując Katedrą Teorii i Filozofii Prawa, stworzył miejsce, w którym panuje atmosfera twórczej swobody i przyjacielskiej współpracy. Dzięki jego postawie Katedra stała się przestrzenią otwartą na dialog i różnorodność poglądów, miejscem, w którym każdy głos jest wysłuchany, a każda idea może znaleźć swoje rozwinięcie. Podkreślają to również koleżanki i koledzy z innych ośrodków akademickich, którzy zauważają, że wrocławskie środowisko teoretyków i filozofów prawa wyróżnia się różnorodnością perspektyw, stylem myślenia oraz gotowością do życzliwej dyskusji z przedstawicielami odmiennych podejść badawczych. Jest to niewątpliwa zasługa Jubilata.

Profesor Bator w młodości grał w piłkę ręczną, dlatego pozwalamy sobie na metaforę odnoszącą się do sportu. Jako kapitan naszej drużyny potrafił stworzyć zespół zdolny do gry na najwyższym poziomie. O sile tego zespołu świadczy sukces karpackich konferencji, które stały się ważnymi spotkaniami środowiskowymi.

O Profesorze Andrzeju Batorze jako uczonym najlepiej mówią jego teksty. Zebrane w niniejszym tomie pisma zostały podzielone na sześć części tematycznych, aby ukazać rozległość jego zainteresowań badawczych. W każdej części znajdują się trzy artykuły lub rozdziały — zarówno wcześniejsze, jak i napisane w ostatnich latach — co pozwala śledzić ewolucję poglądów autora. Pierwsza część dotyczy języka nauki prawa, druga — podziałów gałęziowych, integracji i autonomii prawa. Trzecia poświęcona jest miejscu prawa w konstytucji, czwarta teorii normy, piąta problemowi instrumentalizacji prawa, a szósta postanalitycznej teorii prawa. Jest także część siódma, szczególna, na której dodaniu szczególnie zależało Jubilatowi. Zawiera ona artykuły wspomnieniowe poświęcone nauczycielom Profesora oraz przedwcześnie zmarłemu Profesorowi Arturowi Kozakowi — postaci niezwykle ważnej dla naszego środowiska, której odejście było dla nas wielką stratą.

Myślenie Profesora Batora zawsze pozostawało głęboko zakorzenione w doświadczeniu przemian, które kształtowały polski porządek prawny. Obejmuje ono zarówno okres transformacji lat dziewięćdziesiątych, jak i czas demokratycznej konsolidacji oraz wyzwania ostatnich lat. Jego refleksja nigdy nie miała charakteru doraźnego ani publicystycznego. Przeciwnie, Profesor zachowywał analityczny dystans wobec praktyki ustrojowej, traktując ją jako źródło materiału do formułowania uogólnień teoretycznoprawnych. Dzięki temu jego teksty stanowią świadectwo myślenia, które potrafi uchwycić istotę przemian bez ulegania ich chwilowej retoryce.

Droga naukowa Profesora układa się w spójną trajektorię intelektualną, pozwalającą nie tylko prześledzić zmianę obszarów badawczych, lecz także dojrzewanie postawy wobec prawa jako zjawiska teoretycznego i praktycznego. Punktem wyjścia tej refleksji był zawsze język, rozumiany jako podstawowe narzędzie porządkowania doświadczenia oraz źródło precyzji i odpowiedzialności badawczej. Z analizy języka wynikały kolejne pytania o strukturę prawa, jego systematykę i granice autonomii poszczególnych gałęzi.

Naturalną konsekwencją tego namysłu była koncentracja na konstytucji jako przestrzeni, w której ścierają się napięcia między jednością systemu a wielością wartości. Refleksja nad normą i jej obowiązywaniem otwierała z kolei drogę do pogłębionej analizy społecznego

funkcjonowania prawa, w tym zjawiska jego instrumentalizacji, które zawsze rozgrywa się na styku teorii i praktyki, historii i polityki. W ostatnich latach myśl Profesora przesunęła się w stronę ujęć postanalitycznych, w których prawo nie jawi się już jako zamknięta struktura, lecz jako dynamiczna praktyka wymagająca jednoczesnego rozumienia norm, instytucji i kultury prawnej. W ten sposób jego twórczość nie tylko porządkuje istniejące obszary wiedzy, lecz także wyznacza kierunki rozwoju współczesnej teorii prawa.

Jak każda selekcja, również wybór tekstów do niniejszego tomu wiązał się z koniecznością pozostawienia poza jego strukturą wielu wartościowych prac Profesora. Wierzymy jednak, że wybrane artykuły i rozdziały są reprezentatywne i dobrze opowiadają naukową historię Jubilata. Historię, która — jesteśmy o tym przekonani — będzie pisana jeszcze przez wiele lat.

W imieniu Komitetu Redakcyjnego
Adam Sulikowski
Michał Paździora

Nota biograficzna

Andrzej Bator urodził się w 1956 roku w Kłodzku, gdzie spędził dzieciństwo oraz wczesną młodość. Uczęszczał do Szkoły Podstawowej nr 7 im. Tadeusza Kościuszki, a następnie do Liceum Ogólnokształcącego im. Bolesława Chrobrego w miejscu zamieszkania. Po egzaminie maturalnym podjął w 1975 roku studia prawnicze na Uniwersytecie Wrocławskim, które ukończył w roku 1979. Bezpośrednio po ukończeniu studiów pracował w Sądzie Rejonowym w Kłodzku. Następnie został zatrudniony na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Wrocławskiego. W latach 1985–1987 uczestniczył w seminariach naukowych prowadzonych w Katedrze Prawniczych Zastosowań Logiki, kierowanej przez prof. Zygmunta Ziembińskiego. W 1988 roku uzyskał stopień naukowy doktora na podstawie pracy „Normy planowania gospodarczego a system prawa PRL". Promotorem rozprawy doktorskiej był prof. Stanisław Kaźmierczyk, a recenzentami prof. Zygmunt Ziembiński i prof. Alfred Klein. Jego praca doktorska została wyróżniona II nagrodą w konkursie redakcji „Państwa i Prawa" na najlepsze prace doktorskie i habilitacyjne. W 2000 roku otrzymał stopień naukowy doktora habilitowanego nauk prawnych w zakresie prawa o specjalności teoria prawa na podstawie rozprawy „Użycie normy prawnej w regulacji stosunków gospodarczych". W 2003 roku objął stanowisko profesora nadzwyczajnego w Katedrze Teorii i Filozofii Prawa. W 2004 roku otrzymał od prezydenta Aleksandra Kwaśniewskiego tytuł profesora nauk prawnych. Od dnia 1 października 1980 roku jest zatrudniony w Zakładzie Teorii Państwa i Prawa, następnie w Katedrze Teorii i Filozofii Prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Wrocławskiego. Od 2005 roku pełni funkcję kierownika Katedry Teorii i Filozofii Prawa. Poza Uniwersytetem Wrocławskim wykładał w Międzywydziałowym Instytucie Prawa i Administracji Uniwersytetu Opolskiego. Pracował także w Państwowej Wyższej Szkole Zawodowej imienia Angelusa

Silesiusa w Wałbrzychu. Jest współtwórcą i dyrektorem Instytutu Administracji Publicznej PWSZ w Wałbrzychu. W latach 2003–2008 był prorektorem tej uczelni. Profesor Bator to autor około 100 prac naukowych i dydaktycznych, których przedmiot stanowi teoria i filozofia prawa — głównie problematyka analitycznej teorii norm, zagadnienia języka prawnego i prawniczego, język nauki prawa, prawo w konstytucji, problemy autonomii i instrumentalizacji prawa, postanalitycznej filozofii prawa, kompetencji prawnej i prawniczej, teorii prawa gospodarczego i cywilnego, także problematyka prawa w kontekście globalizacji. Należy do cenionych ekspertów przygotowujących opinie zamawiane przez liczne instytucje publiczne, w tym Kancelarię Sejmu RP. Jest członkiem rad programowych między innymi „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej", „Opolskich Studiów Administracyjno-Prawnych", serii wydawniczej „Jurysprudencja". W 2017 roku został członkiem Rady Programowej Archiwum imienia Wiktora Osiatyńskiego.

Wypromował jedenastu doktorów: Marcina Matczaka, Monikę Tomaszewską, Michała Paździorę, Katarzynę Schmidt-Kwiecińską, Grzegorza Góralczyka, Jagodę Szpak, Michała Stambulskiego, Ernesta Bojek-Pohla, Justynę Jezierską, Jakuba Łakomego oraz Marlenę Mądry-Olszewską.

Profesor Bator zrecenzował osiem dysertacji doktorskich: Jacka Kaczora, Pawła Jabłońskiego, Marcina Myszogląda, Andżeliki Godek, Magdaleny Rak-Rozmysłowskiej, Wojciecha Rowińskiego, Wojciecha Rzepińskiego oraz Kai Ptak.

Był recenzentem w sześciu postępowaniach habilitacyjnych (Przemysława Kaczmarka, Mileny Koryckiej-Zirk, Agnieszki Bielskiej-Brodziak, Wojciecha Cyrula, Agnieszki Choduń i Karola Dobrzenieckiego), członkiem komisji oceniającej dorobek w przewodach habilitacyjnych (Wioletty Jedleckiej, Joanny Jemielniak, Adama Dyrdy, Hanny Duszki-Jakimko i Jacka Jaśkiewicza) oraz przewodniczącym komisji (Tomasz Bekrycht i Magdalena Frańczuk).

Opiniował również wnioski o nadanie tytułu profesora (Zbigniew Pulka, Paweł Chmielnicki i Jarosław Mikołajewicz) oraz wniosek o nadanie tytułu doktora *honoris causa* (Marek Zirk-Sadowski).

Prace projektowe, opinie, ekspertyzy przygotowane przez Profesora Batora to:

1. Opinia prawna sporządzona na zlecenie Wydziału Studiów Budżetowych — Biura Studiów i Ekspertyz Kancelarii Sejmu w sprawie nowelizacji art. 359 Kodeksu cywilnego oraz ustawy o kredycie konsumenckim i zgodności projektu tej nowelizacji z art. 227 Konstytucji RP.

2. Opinia prawna sporządzona na zlecenie Wydziału Studiów Budżetowych — Biura Studiów i Ekspertyz Kancelarii Sejmu w sprawie posłużenia się terminem „stopa lombardowa" w związku z projektem nowelizacji art. 359 Kodeksu cywilnego.
3. Ocena prawna sporządzona na zlecenie Wydziału Studiów Budżetowych — Biura Studiów i Ekspertyz Kancelarii Sejmu w sprawie raportu pt. Efekty kontroli odsetek w innych krajach opracowanego na zlecenie Brytyjskiego Ministerstwa Handlu i Przemysłu przez ośrodek badawczy Policis.

Granty badawcze, w których uczestniczył Profesor, to:

1. Zasada sprawiedliwości a granice instrumentalizacji prawa podatkowego — praca przygotowana w ramach grantu Komitetu Badań Naukowych: Instrumentalny i pozainstrumentalny charakter prawa — nr: 1 HO2A 013 15, Wrocław 2001 (niepubl.), s. 28.
2. Stopień instrumentalizacji prawa a niezgodności norm i luki w prawie — praca przygotowana w ramach grantu Komitetu Badań Naukowych: Instrumentalny i pozainstrumentalny charakter prawa — nr: 1 HO2A 013 15, Wrocław 2001 (niepubl.), s. 25.
3. Kompetencja w prawie i prawoznawstwie — praca przygotowana w ramach grantu Komitetu Badań Naukowych: Kompetencja w prawie publicznym i prywatnym — nr: 0154/H02/2003/24, Wrocław 2004 (niepubl.), s. 180.
4. Instrumentalizacja jako założenie ekonomicznej analizy prawa — praca przygotowana w ramach grantu Komitetu Badań Naukowych: Ekonomiczna analiza prawa i sfinansowana ze środków budżetu na naukę w latach 2004–2006, Kraków 2007 (niepubl.), s. 30.

W imieniu Komitetu Redakcyjnego
Wioletta Jedlecka
Joanna Helios

Karpackie spotkania naukowe

Kiedy w gronie osób pracujących we wrocławskiej Katedrze Teorii i Filozofii Prawa zrodził się pomysł, aby do przygotowywanej publikacji wybranych artykułów Profesora Andrzeja Batora dołączyć krótki tekst poświęcony cyklicznym konferencjom w Karpaczu, wszyscy zgodnie uznali jego zasadność. Spotkania naukowe w Karkonoszach są bowiem ważną częścią historii i dokonań Katedry, istnieją zaś przynajmniej dwa powody, by uznać związek Pana Profesora z tymi wydarzeniami za wyjątkowo silny. Pierwszy jest oczywisty — ponad połowa z tych konferencji organizowana była pod jego kierunkiem. Powód drugi jest mniej znany, a więc tym bardziej zasługuje na odnotowanie — otóż to właśnie Pan Profesor, wraz z Profesorem Zbigniewem Pulką, byli pomysłodawcami obrad dających początek opisywanej tu tradycji.

Zacznijmy od przypomnienia najważniejszych faktów. Wrocławskie spotkania w Karpaczu odbywają się od 1989 roku, a pierwsze trzy zostały zorganizowane z inicjatywy wyżej wskazanych osób przez Profesora Henryka Rota. Kolejno były to następujące wydarzenia (dla ścisłości zaznaczmy, że drugie i trzecie z niżej wymienionych miały oficjalny status nie konferencji, lecz warsztatów naukowych):

1989 — „Struktura i funkcje teorii państwa i prawa",
1990 — „Prawo i prawoznawstwo wobec zmian społecznych",
1993 — „Demokratyczne państwo prawne. Aksjologia, struktura, funkcje".

Następnych siedem spotkań aranżowanych było pod kierunkiem Profesora Stanisława Kaźmierczyka i były to kolejno:

1997 — „Z zagadnień teorii wykładni prawa",
1999 — „Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Konstytucja",
2000 — „Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Instrumentalizacja prawa",
2001 — „Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Autonomia prawa",

2003 — „Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Autonomia ze stanowiska teorii i filozofii prawa",
2004 — „Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Kompetencja ze stanowiska teorii i filozofii prawa",
2005 — „Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Teoria prawa europejskiego".

Dzięki częstotliwości oraz owocności wymienionych wyżej edycji konferencji, „Karpacz" zaczął funkcjonować jako cykliczne, ogólnopolskie wydarzenie naukowe, co w tamtym czasie było w naszej dyscyplinie czymś unikalnym — nie miało chyba żadnego odpowiednika poza zjazdami katedr oraz zapoczątkowanymi w 2003 roku zjazdami młodych teoretyków i filozofów prawa. Bez wątpienia więc Profesor Kaźmierczyk jest tą osobą, która odegrała kluczową rolę w wykształceniu się i ustabilizowaniu tradycji konferencji karpackich.

Kolejne spotkania organizowane były już pod kierunkiem Profesora Andrzeja Batora. Daty i tytuły tych wydarzeń przedstawiają się następująco:

2006 — „Z zagadnień teorii i filozofii prawa. W poszukiwaniu podstaw prawa",
2007 — „Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Ponowoczesność",
2009 — „Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Lokalny a uniwersalny charakter interpretacji prawniczej",
2011 — „Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Czy koniec teorii prawa?",
2013 — „Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Postanalityczna filozofia prawa",
2015 — „Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Systemowość prawa",
2017 — „Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Konstytucjonalizm",
2019 — „Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Polityczność nauki i praktyki prawniczej",
2021 — „Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Odpowiedzialność" (konferencja przeprowadzona w formie hybrydowej — częściowo online),
2023 — „Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Autonomia prawa, teorii i praktyki prawniczej",
2025 — „Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Praworządność w czasach kryzysów".

Karpackie konferencje organizowane w latach 2006–2025 z jednej strony kontynuowały zapoczątkowaną i utrwaloną wcześniej tradycję, z drugiej jednak łączyły się z pewnymi przekształceniami formuły, z których za najważniejsze można uznać wzrost stopnia inkluzywności tych wydarzeń. To z kolei doprowadziło do znacznego zwiększenia się

liczby uczestników spotkań karpackich, w tym do szerokiego włączenia w tryby ich pracy młodych badaczek i badaczy spoza ośrodka wrocławskiego. Warto odnotować, że w rekordowej pod względem frekwencji XXI edycji konferencji, mającej miejsce w roku 2025, do Karpacza przybyło 79 osób.

Konferencje w Karpaczu cenimy nie tylko z tego powodu, że są, ale przede wszystkim w związku z tym, jakie są. Spróbujmy zatem wskazać kilka cech tych wydarzeń naukowych, nie czyniąc przy tym tajemnicy z nieuchronnego uwikłania poniższej charakterystyki w pewne przesądzenia o charakterze interpretacyjno-wartościującym. Jest jasne, że nie mówimy tutaj o tym, jak „Karpacz" „powinien być postrzegany" przez innych, lecz o tym, jak my go postrzegamy.

Przede wszystkim warto przyjrzeć się tematyce podejmowanej podczas poszczególnych edycji konferencji, potraktowanych jako części pewnego rodzaju całości. Wydaje się bowiem, że w takiej perspektywie można wyróżnić trzy podstawowe i wzajemnie na siebie wpływające „impulsy teoretyczne", które ukierunkowywały problematykę dyskutowaną w Karpaczu. Po pierwsze więc, jeśli zestawimy daty poszczególnych spotkań z ich tematami, to widoczna stanie się tendencja do podejmowania tych kwestii, które w danym czasie były palące i jako takie wymagające teoretycznoprawnej odpowiedzi. Gdy Polska przekształcała się w państwo w pełni demokratyczne, dyskutowano o roli prawa, prawoznawstwa, w tym o zadaniach teorii prawa, a także o idei demokratycznego państwa prawnego; gdy uchwalono nową ustawę zasadniczą — rozmawiano o konstytucji; gdy wchodziliśmy do Unii Europejskiej — podejmowano problematykę prawa europejskiego; gdy do polskiego prawoznawstwa dotarła postmodernistyczna fala — dyskutowano o ponowoczesności; gdy nadszedł kryzys konstytucyjny, a emocje polityczne zaczęły przenikać do kultury prawniczej — wrócono do problematyki konstytucyjnej oraz podjęto zagadnienia takie jak polityczność nauki i praktyki prawniczej czy idea odpowiedzialności; gdy wreszcie na początku trzeciej dekady obecnego stulecia stało się jasne, że jesteśmy świadkami i zarazem uczestnikami tak radykalnych zmian oraz napięć polityczno-społecznych, jakich nie było od dziesięcioleci, w Karpaczu rozmawiano o praworządności w czasach kryzysów. Ujmując rzecz krótko, ważną częścią tradycji spotkań karpackich wydaje się dostrzeganie i podejmowanie tych pytań, które stawia sama rzeczywistość społeczna, w jakiej funkcjonujemy.

Za drugi kluczowy „impuls teoretyczny", ściśle związany z poprzednim, ale jednak z nim nietożsamy, można uznać zainteresowania naukowe tego pokolenia wrocławskich badaczy, które miało znaczenie

formacyjne dla naszego sposobu i kierunku uprawiania ogólnej refleksji o prawie, a zatem Profesorów: Andrzeja Batora, Włodzimierza Gromskiego, Artura Kozaka i Zbigniewa Pulki. Każda osoba zorientowana w dorobku polskiej teorii prawa bez trudu przyporządkuje takie podejmowane na konferencji problemy jak kompetencja, autonomia prawa, instrumentalizacja prawa czy specyfika poznania prawniczego, do poszczególnych, wymienionych wyżej Autorów.

I trzeci wreszcie „impuls teoretyczny", znów ściśle związany z poprzednimi, ale z nimi nietożsamy, to pewien dający się zaobserwować cyrkularny ruch między podejmowaniem teoretycznoprawnej problematyki przedmiotowej a formułowaniem metateoretycznego pytania o sam sposób uprawiania ogólnej refleksji o prawie. Te dwa poziomy nie funkcjonowały tutaj jako w pełni autonomiczne względem siebie obszary badawcze, lecz raczej jako wzajemnie się współkształtujące i od siebie zależne dyskursy. Dyskusje prowadzone na poziomie przedmiotowym rodziły pytania metateoretyczne, zaś odpowiedzi udzielane na poziomie metateoretycznym skłaniały do ponownego podejmowania — w nieco już zmodyfikowany sposób — pytań przedmiotowych.

Mówiąc o podejmowanej w Karpaczu tematyce, należy zaznaczyć, że ważnym i cenionym przez nas elementem tradycji organizowania tych konferencji jest też to, że ich problematyka wybierana jest podczas poświęconego temu posiedzenia Katedry, gdzie każda osoba uczestnicząca w nim może mieć wpływ na kierunek i ostateczny kształt wspólnie konstruowanego tematu.

Nawet najkrótsza charakterystyka teoretycznoprawnych spotkań w Karpaczu nie powinna poprzestawać na opisie tego, o czym na tych konferencjach rozmawiano, lecz powinna także wspomnieć o tym, jak rozmawiano. Wydaje się, że w tym kontekście warto wskazać na przynajmniej dwie cechy obrad karpackich. Po pierwsze, konferencje te zawsze przebiegały w przyjaznej atmosferze, która stwarzała dobre warunki do prezentowania bardzo różnych poglądów naukowych i otwartego toczenia sporów merytorycznych. Po drugie, ważnym i konsekwentnie kultywowanym elementem spotkań karpackich jest to, że intensywne, wielogodzinne sesje naukowe uzupełniane są wspólnym spędzaniem czasu w mniej oficjalnych okolicznościach, przy czym istotnym punktem programu jest zwykle wędrówka po górskich szlakach Karkonoszy lub — gdy pogoda nie dopisuje — spacer po Karpaczu.

W imieniu Komitetu Redakcyjnego
Paweł Jabłoński
Wrocław, listopad 2025

CZĘŚĆ PIERWSZA

O JĘZYKU NAUKI PRAWA

Język prawniczy wobec zmian w prawie*

I. Termin „język prawniczy" używany jest w prawoznawstwie niemal powszechnie. Zwykło się nim obejmować wypowiedzi zawarte w tekstach orzeczeń oraz zwroty formułowane w ramach nauki praw[1].

W pracy tej interesować mnie będzie jedynie język prawniczy obejmujący wypowiedzi nauki prawa. Kwestię, na ile uzasadnione jest posługiwanie się terminem „język prawniczy" jedynie w odniesieniu do wypowiedzi nauki prawa, obecnie pominę. Wiąże się ona bowiem z pytaniem bardziej zasadniczym, mianowicie z problemem odrębności języka nauki prawa od języka tekstów aktów normatywnych (języka prawnego). Zależność pomiędzy nauką prawa i badanym przez tę naukę przedmiotem (głównie językiem prawnym) jest zależnością dość szczególnego rodzaju. Zamierzam zinterpretować ją nieco bliżej, analizując konsekwencje, jakie dla kształtowania się języka nauki ma pojawienie się zmian w jej przedmiocie.

Wyrażenie „zmiana w prawie", pomimo że używane jest równie często, to jednak jego znaczenie jest daleko mniej doprecyzowane. Termin ten nie był w prawoznawstwie przedmiotem odrębnych analiz, a jego użycie było zawsze mniej lub bardziej intuicyjne. Zapewne w jakimś stopniu jest to następstwem powszechności terminu „zmiana". Posługiwanie się nim jest tak częste, a znaczenie wydaje się tak oczywiste, że zasadniczo nie wyraża się potrzeby jego bliższej eksplikacji. W rozważaniach prawniczych termin „zmiana w prawie" pojawia się raczej wtórnie, poprzez różnorodne konteksty — najczęściej w związku

---

* Tekst pierwotnie opublikowany w: „Studia Prawnicze" 1991, nr 1, s. 3–16.

1 K. Opałek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969, s. 40; T. Gizbert-Studnicki, *Język prawny a język prawniczy*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace Prawnicze" 1972, z. 55, s. 224.

z problemem dynamiki systemu prawa[2]. Sądzić można, iż na użytek większości tekstów prawniczych za wystarczające uznane byłoby określenie zmian w prawie rozumiane jako każde ustanowienie lub każda derogacja normy prawnej. Zmiana taka może obejmować całą normę (grupę norm) lub też ograniczyć się do modyfikacji niektórych elementów zakresu normy (zmiana adresata, zmiana okoliczności, zmiana wzoru zachowania się, zmiana modalności normatywnej — na przykład z nakazu na zakaz, z zakazu na uprawnienie itp.). Zauważmy, że już samo określenie zmian w prawie, wespół z innymi jego wariantami, może być dokonane w zasadzie wyłącznie na podstawie języka nauki prawa, w tym przede wszystkim przy użyciu aparatu pojęciowego teorii prawa. Wszystkie użyte wyżej na określenie zmian w prawie terminy należą do języka nauki prawa (norma prawna, ustanowienie normy, adresat normy, wzór zachowania się itp.). A zatem pomimo tego, że zmiany w prawie następują w wyniku decyzji prawodawcy, to już ich opis i — co szczególnie istotne — kwalifikacja jako „zmiana w prawie" dokonywana jest na podstawie języka nauki. „Określenie zmiany prawa zależy — jak powiada J. Wróblewski — od koncepcji teoretycznych [...]. Ostatecznie pojęciowy aparat teorii prawa decyduje o relacji ciągłości i nieciągłości prawa"[3].

Ażeby aparat pojęciowy nauki prawa mógł być użyteczny dla opisu i kwalifikacji zmian dokonujących się w prawie, muszą istnieć określone założenia teoretyczne wyznaczające granice tego, co się przez „zmiany w prawie" rozumie. Zasób pojęć nauki konstruowany jest bowiem na podstawie pewnego typu praktyki prawnej. Wszelkie zmiany dokonujące się w ramach praktyki danego typu nie wymagają modyfikacji zastanego zasobu pojęć. Można powiedzieć, że każdy aparat pojęciowy dostosowany jest do określonego typu praktyki, w tym także do możliwości pojawiania się zmian w prawie mieszczących się w granicach danej praktyki. Wystąpienie jednak zmian wykraczających poza dany typ praktyki może spowodować swoisty „kryzys pojęciowy", polegający na nieadekwatności zastanego zasobu pojęć do zmienionej praktyki prawnej. Objawem takiego kryzysu będzie niemożność opisania i zakwalifikowania zjawisk prawnych nowego typu bez istotnych modyfikacji zastanej aparatury pojęciowej.

Zasób pojęć, którym dysponuje nauka, wykształca się w następstwie rozwiązywania typowej dla danej dziedziny problematyki badawczej. Staje się ona typowa początkowo głównie dzięki powtarzalności

2 Por. na przykład „momentalny system prawa" (J. Raz, *Concept of a Legal System*, Oxford 1973, rozdział VIII) czy problem przeciwdziałania styczności systemów prawa za pomocą tak zwanych *rules of change* (H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1961, s. 69 i n.).

3 J. Wróblewski, *Zmiany społeczne a prawo*, „Państwo i Prawo" 1984, z. 11, s. 5.

pojawiania się. Później, gdy aparatura pojęciowa już się w miarę wykształci, znamieniem typowości problemów jest to, że dają się one łatwo rozwiązywać na podstawie języka, którym dysponuje nauka. Typowe jest wtedy nie tyle to, co powtarzalne, ile raczej to, co daje się łatwo opisać i zakwalifikować. Wszelka zmiana w prawie, która wykraczać będzie poza zastane standardy pojęciowe, stać się wtedy może dylematem, którego rozwiązanie wymagać będzie krytycznego rozważenia przyjmowanych dotąd założeń teoretycznych.

Uwagi powyższe prowadzą do wniosku, że termin „zmiana w prawie" pojmować można nie tylko jako ustanowienie lub derogację normy prawnej, ale nadać mu można także znaczenie szersze, odwołujące się do kryterium adekwatności języka wobec badanego przedmiotu. Na podstawie tego kryterium zachodzące w prawie zmiany zróżnicować będzie można na takie, które: a) nie będą miały wpływu na zastaną aparaturę pojęciową nauki prawa, i na takie, b) w których taki wpływ się uwidoczni. Scharakteryzuję bliżej sytuację *sub* a) i b), posługując się przykładem.

Jeżeli jako przykład pojęcia prawniczego weźmiemy termin „tworzenie prawa" w jednym z tradycyjnie używanych w prawoznawstwie jego znaczeń (niech „tworzenie prawa" znaczy tyle, co stanowienie przez państwo norm rodzajowo określających adresata i okoliczności — norma generalna i rodzajowo określających zachowanie — norma abstrakcyjna[4]), to większość sytuacji intuicyjnie nazywanych „zmianami w prawie" nie będzie miała wpływu na pojęcie tworzenia prawa, o ile tylko nowe normy będą również normami generalnymi i abstrakcyjnymi. Pomimo tego, że prawo poddawane jest tu zmianom, to jednak pojęcie tworzenia prawa zachowa swoją „ważność". Jest tak dlatego, że tak rozumiane zmiany mieszczą się w granicach przyjętego znaczenia terminu „tworzenie prawa". Zarówno normy uchylane, jak i nowo wprowadzane do systemu uznawane będą za normy tworzenia prawa. Żadna z tego rodzaju zmian w prawie nie powinna podważać dotychczasowej użyteczności pojęcia, dotyczą one bowiem „z natury rzeczy" zmiennych elementów treściowych normy, mieszczących się w granicach zastanego zakresu znaczeniowego rozważanego pojęcia. Mamy tu zatem przykład na sytuację *sub* a).

Zmiany w prawie mogą mieć jednak również inny charakter. Norma wprowadzona przez prawodawcę do systemu może nie posiadać cechy (cech) wyróżnionej danym pojęciem prawniczym. Może być bowiem tak, że korzystając nadal z przykładu pojęcia tworzenia prawa, zmiany

4 Terminów „generalność" i „abstrakcyjność" używam za: Z. Ziembiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 129 i n.

w prawie spowodują, iż określona norma lub grupa norm nie będzie miała cechy generalności lub abstrakcyjności, a więc nie będzie spełniała wymogów przyjętego kryterium uznawania norm za normy tworzenia prawa. Gdy jednak okaże się, że posiadane przez taką normę właściwości nie będą również dawały się ująć w ramy pozostałych pojęć prawniczych (a więc gdy na przykład norma nie da się również ująć jako indywidualno-konkretna norma stosowania prawa), to będziemy mieli do czynienia z sytuacją, w której zachodzące w prawie zmiany nie będą mogły być opisane (zakwalifikowane) przy użyciu zastanej aparatury pojęciowej. Sytuacja taka jest przykładem na wariant *sub* b).

Zmiany w prawie drugiego rodzaju mają więc zupełnie inny charakter. Są one następstwem bardziej ogólnych procesów, którym podlega prawo. Fakt, iż pomimo istotnych odmienności tych norm jesteśmy nadal skłonni uznawać je za normy wyrażające „zmiany w prawie" (przyjmujemy, że norma nowo wprowadzona jest także normą prawną), wynika stąd, że taka odmienna norma — pomimo różnic — spełnia pewne inne, pozajęzykowe cechy, które prawnicy zwykle z prawem łączą (na przykład posiada odpowiednią formę, jest ustanowiona przez kompetentny organ państwowy, jest przestrzegana itp.). A to już sprawia, że prawoznawstwo, choć nie dysponuje odpowiednim zasobem pojęć, aby te normy badać, nie może jednak z zadania tego zrezygnować. Z dylematem tego rodzaju nauka prawa spotkała się już kilkakrotnie. Najbardziej znanym przypadkiem był spór wokół tak zwanych norm planowania gospodarczego. Również kilka innych typów norm stwarzało podobne kłopoty (normy budżetowe, wytyczne w administracji)[5]. Wydaje się, że tego typu problemy powstawać mogą nie tylko w związku z pojęciami dotyczącymi norm. Podobne sytuacje istnieją, gdy chodzi o użyteczność wielu tradycyjnych pojęć prawniczych w badaniu na przykład prawa gospodarczego (podstawa prawna w prawie gospodarczym, prawa podmiotowe w prawie gospodarczym i inne).

W rozważaniach dalszych interesować mnie będą zmiany w prawie pojmowane szeroko i to wyłącznie takie, które są nieobojętne z punktu widzenia zastanych standardów pojęciowych. Na podstawie sporu wokół norm planowania gospodarczego przedstawię konsekwencje, jakie spowodowało w języku prawniczym pojawienie się zmian w prawie związanych z tymi normami. Zaznaczam, że nie jest dla mnie istotna merytoryczna wartość tego sporu (wiele z dyskutowanych wtedy tez obecnie straciło swoją aktualność), lecz jedynie pewne jego metodologiczne

5 W. Brzeziński, *Nowe typy norm prawnych w prawie administracyjnym*, „Państwo i Prawo" 1966, z. 9.

konsekwencje. Zrekonstruuję mianowicie sposoby, jakimi prawoznawstwo usiłowało rozstrzygnąć kolizję pomiędzy specyfiką tych norm a ukształtowanym na tle tradycyjnego modelu normy prawnej zestawem pojęć.

II. Dyskusja wokół norm planowania gospodarczego powstała w literaturze z zakresu szczegółowych nauk prawnych, głównie nauki prawa administracyjnego, na tle praktycznie bardzo doniosłego pytania: czy normy te mogą być uznawane za podstawę prawną dla aktów stosowania prawa (przede wszystkim decyzji administracyjnych)? Przy braku sprecyzowanej normatywnej koncepcji źródeł prawa[6] oraz — dodajmy — istotnych niedomagań z zakresu teorii planowania gospodarczego[7] dyskusja ta już w punkcie wyjścia stwarzała niewielką szansę na rozwikłanie tego problemu. Brak takiej normatywnej koncepcji próbowano zastąpić pewnymi spopularyzowanymi w naukach szczegółowych kryteriami rozstrzygania prawotwórczego charakteru norm postępowania. Takimi kryteriami są generalność i abstrakcyjność normy (nie zawsze zresztą jednakowo pojmowane). A zatem większość argumentów w tej dyskusji skupiono na tym, by wykazać, że norma planowania jest (nie jest) normą generalną i (lub) abstrakcyjną. Mniej ważne są tu konkluzje, do jakich literatura ta doszła, lecz przede wszystkim to, w jaki sposób korzystała ona z obu tych pojęć i jaką rolę pojęciom tym wyznaczono w procesie badania tych norm. Analizując stosunek literatury do obu tych pojęć, wyodrębnić można w tym sporze dwie zasadnicze orientacje. Tym, co je łączy, jest wspólne przekonanie, że zastane pojęcia prawnicze (generalność i abstrakcyjność normy) są nieadekwatne jako instrumenty badania normy planowania, lecz mimo tego sposób przezwyciężania tej nieadekwatności był w obu przypadkach różny.

Autorzy pierwszej orientacji dowodzą, iż dotychczas terminy „generalność" i „abstrakcyjność" były nazbyt schematycznie interpretowane[8]. Tkwi tu sugestia, że zastane terminy mogą być użyteczne także w związku z normami planowania, o ile korzystać się z nich będzie odstępując od dotychczasowych, nazbyt schematycznych rygorów interpretacji. Do poglądów tej grupy zaliczyć można także twierdzenia, których autorzy opowiadają się za odrzuceniem pewnych pojęć, nie zgłaszając jednak

6 Por. Z. Ziembiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, s. 252 i n.

7 T. Kotarbiński, *Ogólne pojęcie planu*, [w:] *Sprawność i błąd*, Warszawa 1970, s. 141; C. Bobrowski, *U źródeł planowania socjalistycznego*, Warszawa 1961, s. 95 i n.

8 W. Brzeziński, *Miejsce i rola planu gospodarczego w systemie prawnym PRL*, [w:] W. Brzeziński, J. Kaleta, L. Morton, M. Weralski, *Problemy prawne planowania gospodarczego*, Warszawa 1964, s. 78; J. Langrod, *Instytucje prawa administracyjnego*, Kraków 1948, s. 152 i n.

w zamian pojęć nowych. W rozpatrywanym sporze dotyczy to przede wszystkim pojęcia abstrakcyjności, dość często kwestionowanego jako nieużyteczne dla analizy norm planowania[9].

Z brakiem propozycji terminologicznych, charakterystycznym dla tej grupy poglądów, koresponduje z drugiej strony ta część wypowiedzi prawniczych, w których wskazuje się na pewne zewnętrzne podobieństwo istniejące pomiędzy normami planowania a niektórymi innymi rodzajami norm prawnych[10]. Wykazywanie tych podobieństw opiera się milcząco na założeniu, że skoro niezmodyfikowana aparatura pojęciowa jest wystarczająca z punktu widzenia pewnych typów norm (a przynajmniej z punktu widzenia tych norm nikt jej dotychczas nie kwestionował), to jeżeli wykażemy empiryczne podobieństwo wypowiedzi aktów planowania do tych norm, to tym samym uzasadnimy ich użyteczność także i co do norm planowania.

Alternatywą dla takiej orientacji będzie postawa, zgodnie z którą właściwości norm zmuszają po prostu do zaniechania korzystania z zastanych pojęć, ich odrzucenia i wprowadzenia nowych, bardziej odpowiadających właściwościom zmienionego przedmiotu badań. A zatem normy planowania nie powinny być analizowane przy zastosowaniu tradycyjnych pojęć generalności i abstrakcyjności, lecz za pomocą nowych pojęć, takich na przykład jak: ogólność (jednostkowość), zbiorowość (pojedynczość), kompleksowość (jednorodność) i wielokrotność (jednokrotność)[11]. Pojęcia te lepiej niż dotychczasowe miałyby nadawać się do objaśniania norm prawnych, w tym także i norm planowania[12].

Dla obu tych grup stanowisk znaleźć można także i wariant pośredni, wedle którego nie należy odrzucać zastanej siatki pojęciowej i wprowadzać całkowicie nowej. Wystarczy jedynie zmienić to, co niezbędne, dbając zarazem, ażeby — na ile to możliwe — zachować pojęcia zastane. Taki pogląd w rozważanej literaturze zdawał się reprezentować W. Brzeziński, który w wielu swoich pracach dowodził, że norma planowania jest normą generalną[13], jednak ze względu na sposób, w jaki wyznacza zachowanie, nie może być nazywana normą abstrakcyjną. Z tego powodu

---

9 M. Jaroszyński, *Polskie prawo administracyjne*, Warszawa 1956, s. 135 i 136.

10 H. Rot, *Norma planowa a prognoza*, „Przegląd Prawa i Administracji" 3, 1973; J. Gosiewski, *Charakter prawny planów społeczno-gospodarczych na tle planowania badań naukowych*, „Państwo i Prawo" 1975, z. 5–6.

11 J. Wróblewski, *Norma generalna i norma indywidualna*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego. Nauki Społeczno-Humanistyczne", Seria I, z. 23.

12 K. Opałek, *Z zagadnień teorii norm prawa socjalistycznego*, „Studia Prawno-Ekonomiczne" 1, 1968, s. 38.

13 Należy tu zaznaczyć, że W. Brzeziński używał terminu „generalność" niezupełnie w znaczeniu tu przyjętym (rodzajowe określenie adresata i okoliczności). Wydaje się, że terminem

autor ten zaproponował, aby zrezygnować z generalno-abstrakcyjnego modelu normy prawnej i dopuścić także model normy generalno-ogólnej. „Ogólność" miałaby tu wyrażać normy „rozwijane przez długi szereg aktów prawnych i czynności materialno-technicznych"[14]. W ten sposób zachowane zostaje pojęcie normy generalnej (co łączy pogląd ten z orientacją pierwszą), abstrakcyjność zaś ustępuje tu miejsca pojęciu ogólności normy (co z kolei zbliża pogląd ten do orientacji drugiej).

Na przykładzie norm planowania widzimy więc, że pojawienie się zmian w prawie powodować może ukształtowanie się dwojakich postaw w nauce prawa. Postawa druga (zmiany w aparaturze pojęciowej odpowiednie do zmian zachodzących w przedmiocie badań) jest zgodna z zasadniczymi wskazaniami metodologii opartej na założeniu akceptującym spełnianie przez pojęcie naukowe funkcji poznawczej. Z tego punktu widzenia niezrozumiała może się wydawać postawa pierwsza (unikanie modyfikacji zastanego zasobu pojęć). Być może tego typu postawy badawcze miał na uwadze L. Petrażycki, gdy pisał o „prawniczym sposobie tworzenia i rozumienia pojęć", prowadzącym do tego, że „jedne przedmioty nie chcą się zmieścić w formule definicyjnej, wypada więc podciągnąć je do niej gwałtem, za pomocą różnych operacji, bardzo śmiałych i bolesnych pod względem logicznym, inne zaś nieproszone same pchają się do ram pojęcia [...] Gdy zaś się tworzy pojęcia klasowe nie według wyrazów i zwyczajów ich stosowania, lecz według cech przedmiotów [...] wówczas nie mogą się znaleźć żadne przedmioty »sprzeczne« z tak tworzonym pojęciem"[15]. Jest to stanowcze opowiedzenie się za drugą z przedstawionych wyżej postaw.

Nierzadko ta prawnicza skłonność do unikania zmian zastanego języka łączona bywa z poglądem o prawniczym konserwatyzmie[16]. Sądzę jednak, że to nie jakaś skłonność do konserwatyzmu sprawia, że prawoznawstwo na wszelkie zmiany w prawie nie zawsze reaguje odpowiednimi zmianami swego języka. Rozważmy zatem bliżej, co uzasadniać może fakt istnienia obu zarysowanych wyżej postaw nauki prawa jako reakcji na zmiany w prawie.

---

tym posługiwał się trochę intuicyjnie, nie łącząc z nim wyraźnie określonego odrębnego znaczenia. „Generalność" uzyskiwała u tego autora bliżej określoną treść dopiero w kontekście zróżnicowania typów norm generalnych (por. przypis 14).

14 W. Brzeziński, *Miejsce i rola planu gospodarczego w systemie prawnym PRL*, s. 81 i 82.

15 L. Petrażycki, *Tworzenie pojęć klasowych i budowanie teorii naukowych*, [w:] *O nauce, prawie i moralności. Pisma wybrane*, Warszawa 1985, s. 46.

16 Zob. J. Bardach, *Themis a Klio, czyli o potrzebie podejścia historycznego w prawoznawstwie*, [w:] *Zagadnienia metodologiczne prawoznawstwa*, red. J. Wróblewski, Wrocław 1982, s. 29 i 30.

III. W literaturze prawniczej ukształtował się pewien model językowy normy prawnej oparty na obserwacji norm prawa sądowego o randze ustawowej. Chociaż, jak każdy model, upraszczał odwzorowaną rzeczywistość, to jednak powszechnie uważany był za wystarczające przedstawienie cech posiadanych przez normy prawne. Pojęcia generalności i abstrakcyjności — elementarne składniki tego modelu — można więc było traktować jako odwzorowanie kształtu językowego typowych norm prawnych. Należy pamiętać jednak o tym, że modele służą nie tylko odwzorowywaniu rzeczywistości, lecz również mogą być wykorzystywane jako wzory dla rzeczywistości[17]. O ile pierwsza funkcja modelu ma charakter poznawczy, o tyle druga (modele-wzory) ma sens praktyczny[18]. Modele-wzory mogą być pomocne przy projektowaniu lub kwalifikowaniu rzeczywistości. W przypadku kwalifikacji (bo ona mnie tu interesuje) model-wzór traktowany jest jako pewien standard służący wyszukiwaniu pewnych cech przedmiotu, które model formułuje po to, ażeby — stwierdzając ich odpowiedniki w badanym przedmiocie — dokonać jego określonej oceny. Posługując się analizowanym przykładem, stwierdzić można, iż o ile w przypadku modelu-odwzorowania pojęcia generalności i abstrakcyjności służyły przedstawieniu pewnych właściwości posiadanych przez badany przedmiot (o którym ze względów pozajęzykowych wiadomo było, że jest normą prawną), o tyle pełniąc funkcje modelu-wzoru, te same pojęcia powodują następstwa odmienne: ustalenie, że dana wypowiedź jest generalna i abstrakcyjna spowoduje w konsekwencji uznanie jej przez prawnika za normę prawną. Jeżeli w pierwszym przypadku badacz stwierdzał będzie pewne cechy językowe wypowiedzi, co do których zakłada, że są normami prawnymi, to w drugim przypadku, odnajdując w wypowiedzi na podstawie modelu-wzoru takie, a nie inne cechy językowe, przypisze wypowiedzi tej status normy prawnej (normą prawną jest to, co ma cechy modelu-wzoru normy prawnej). Punkt wyjścia oraz kolejność czynności poznawczych i czynności kwalifikujących są więc odmienne[19], choć pojęcia służące realizacji tych różnych czynności mogą być takie same.

Zarysowane wyżej odmienne funkcje spełniane przez pojęcia prawnicze mają zasadniczy wpływ na postawy badawcze prawników wobec zmian w prawie. Pierwszą z tych postaw (unikanie modyfikacji pojęć pomimo zmian w przedmiocie badań) łączyć można właśnie

17 I. Dąmbska, *Dwa studia z teorii naukowego poznania*, Toruń 1962, s. 22.
18 *Ibidem*, s. 23 i 24.
19 Por. A. Peczenik, *Płaszczyzny badania prawa*, „Państwo i Prawo" 1968, z. 2, s. 237.

z tym, że towarzyszy jej traktowanie pojęć jako elementów jakiegoś modelu-wzoru. Chcąc uzyskać odpowiedź na pytanie, czy określona norma jest (nie jest) normą prawną, autorzy sięgają do wykształconego w literaturze standardu językowego normy prawnej, którego wiodącymi elementami są pojęcia generalności i abstrakcyjności. Nie kierują nimi względy poznawcze, nie chodzi bowiem o rozpoznanie rzeczywistych cech posiadanych przez rozpatrywaną normę; kieruje nimi potrzeba rozstrzygnięcia istotnego problemu walidacyjnego, tj. ustalenia, czy dana norma jest normą prawną (prawnie obowiązuje, może być uznana za podstawę prawną decyzji, może być sankcjonowana itp.). Taki typ problematyki charakterystyczny jest, jak wiadomo, dla dogmatyki prawa[20], a to tłumaczyć może, dlaczego właśnie w dogmatyce prawa widoczna jest szczególna skłonność do unikania zmian zastanych pojęć. Takie podejście do pojęć prawniczych określić można jako podejście praktyczne[21]. Nie jest ono bowiem zorientowane na poznawczą funkcję nauki, lecz na potrzebę podejmowania decyzji, przydatnych dla praktyki prawniczej, w tym głównie dla orzecznictwa.

Dla podejścia praktycznego stabilność aparatury pojęciowej jest niezbędna, gdyż stanowi warunek właściwego spełniania przez dogmatykę swej roli. Rozstrzygane tu bowiem problemy walidacyjne, skoro uzależnione są w jakimś stopniu od przyjmowanej aparatury pojęciowej, nie mogą ponosić następstw jej niestabilności. Rozumienie pojęć powinno być odpowiednio trwałe i powszechne, dając jednolitą i stabilną podstawę do rozstrzygania zagadnień walidacyjnych. Ustalenie, czy dana norma postępowania jest, czy też nie jest normą prawną (podstawą prawną decyzji), powinno być stanowcze i nie może ponosić następstw zmienności kryteriów, wedle których decyzje tego rodzaju będą podejmowane. I to, jak sądzę, w dużej mierze sprawia, że zorientowane na problemy walidacyjne prawoznawstwo na zmiany zachodzące w prawie nie reaguje odpowiednimi, zgodnymi z postulatami metodologii naukowej, zmianami pojęć prawniczych. Prawnicy o takiej orientacji będą zatem zmuszeni podlegające zmianom, nieadekwatne do zastanych pojęć prawo mimo wszystko „zmieścić — jak powiadał L. Petrażycki — w formule definicyjnej", będą „dociągać go do niej gwałtem, za pomocą różnych operacji [...]". Sytuacja taka nie musi być zatem wcale wynikiem braków w edukacji metodologicznej prawników czy też ich skłonności do petryfikacji zastanego języka, lecz bierze się przede wszystkim

20 Zob. L. Nowak, *Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawoznawstwa*, Warszawa 1973, s. 29 i n.

21 Tak A. Peczenik, *Norma planowa a nauka prawa*, „Państwo i Prawo" 1966, z. 11, s. 696.

z potrzeby rozwiązywania specyficznego typu problematyki, która wymusza taką postawę.

Postawa druga (modyfikowanie pojęć odpowiednio do zaobserwowanych zmian przedmiotu) przyjmuje założenia modelu odwzorowującego. Punktem wyjścia jest tu przekonanie, że istnieje nieadekwatność pomiędzy cechami ujętymi w zastanych pojęciach a przedmiotem, do którego cechy te mają być odnoszone. Pojęcia nowo wprowadzone (na przykład ogólność, zbiorowość i inne w kontekście charakterystyki norm postępowania) precyzyjniej aniżeli dotychczasowe objaśniają zmieniające się prawo[22]. Model zbudowany z takich pojęć ma więc znacznie większą wartość poznawczą od tego, który budowany był z pojęć poprzednich. Odzwierciedla on niewidoczne z perspektywy tradycyjnych pojęć właściwości nowych norm prawnych. Model ten nie może jednak pełnić funkcji kwalifikacji, gdyż jest on wytworem podejścia teoretycznego[23], zorientowanego na rekonstruowanie i objaśnianie rzeczywistości. Nie uzyskamy między innymi na jego podstawie odpowiedzi na interesujące dogmatykę prawa pytania walidacyjne. Posługując się tym modelem, badacz z góry bowiem zakłada, że opisywany przedmiot jest normą prawną (w ten sposób uzasadnia swoją prawniczą kompetencję badawczą), wprowadzone zaś pojęcia służą jedynie badaniu jego cech. Problem interesujący praktyka — czy norma postępowania jest normą prawnie obowiązującą, czy też nie — jest wtórny dla teoretyka, którego interesują cechy badanego przedmiotu niezależnie od praktycznych skutków, jakie powodować będzie posiadanie takich lub innych cech.

Nie wydaje się również, aby przedstawiona tu kolizja pomiędzy podejściem praktycznym i teoretycznym w analitycznych badaniach prawniczych mogła być przezwyciężona jakimś wariantem pośrednim, łączącym oba te podejścia[24], a więc czyniącym zadość częściowo funkcji poznawczej, częściowo zaś funkcji kwalifikującej pojęć prawniczych. O ile kompromis taki był możliwy, a nawet użyteczny z punktu widzenia funkcji poznawczej (lepiej, ażeby język nauki był adekwatny wobec przedmiotu częściowo niż w ogóle), o tyle nie wydaje się on możliwy ze względu na funkcję praktyczną. Kwalifikacja powinna bowiem stanowczo i jednoznacznie przesądzać swój wynik. Norma postępowania nie może przecież prawnie obowiązywać tylko „częściowo", „w jakimś stopniu" lub — jak nazywał to W. Brzeziński w odniesieniu do norm planowania w sposób „szczególny"[25]. Wniosek taki ma bowiem znikomą

22 K. Opałek, *Z zagadnień teorii norm prawa socjalistycznego*, s. 38.
23 Tak A. Peczenik, *Norma planowa a nauka prawa*, s. 696.
24 Inaczej twierdził A. Peczenik, *Norma planowa a nauka prawa*, s. 697.
25 W. Brzeziński, *Miejsce i rola planu gospodarczego w systemie prawnym PRL*, s. 82.

wartość praktyczną i w zasadzie uniemożliwia wykorzystywanie go jako uzasadnienia dla rozstrzygnięć walidacyjnych. To skłania do bardziej ogólnego wniosku: jeżeli w nauce ukierunkowanej poznawczo dopuszczalne jest używanie pojęć powodujących stopniowanie występowania cech w badanych przedmiotach (tak zwanych „pojęć porządkujących")[26] — to nie powinno się już korzystać z pojęć powodujących takie skutki w sytuacji, gdy funkcją nauki jest kwalifikacja przedmiotów. Kwalifikacja nie może bowiem powodować stopniowania cech, a tym samym wymaga ona pojęć odmiennego typu („pojęć klasyfikujących")[27].

Z dokonanej tu analizy wynika, że pojawienie się zmian w prawie może mieć dwojaki wpływ na kształtowanie się pojęć prawniczych: raz będzie to skłonność do trwania przy zastanym zasobie pojęć języka prawniczego, drugim razem pojawienie się zmian w prawie wyraźnie uwidoczni się w języku nauki prawa. Pomimo że konsekwencje te są skrajnie odmienne, to jednak każda z nich — jak to starałem się wykazać — daje się uzasadnić. Każda z nich wiąże się z określoną rolą, jaką ma do spełnienia nauka prawa. To zaś zdaje się wskazywać, iż prawoznawstwo nie dysponuje jednolitymi, wspólnymi dla tej nauki założeniami badawczymi.

IV. Kolizja pomiędzy podejściem praktycznym i teoretycznym kryje w sobie jeszcze konflikt innego rodzaju — konflikt, który prawoznawstwu zdaje się towarzyszyć nieustannie: pomiędzy poznawczym charakterem nauk prawnych (nauka opisująca normy) i ich funkcją normatywną (nauka współuczestnicząca w kształtowaniu norm)[28]. Tylko na gruncie prawoznawstwa, pojmowanego jako nauka wyłącznie opisująca normy, możliwe jest spełnianie dyrektywy metodologicznej postulującej adekwatność pomiędzy językiem nauki i jej przedmiotem. Jedynie przy tak rozumianej nauce odpowiednio do zmian zaobserwowanych w normach prawnych możliwe jest modyfikowanie aparatury pojęciowej. W tej części natomiast, w której nauka prawa ma udział w kształtowaniu norm, nie może być mowy o spełnianiu postulatu adekwatności pojęć

26 Zob. T. Pawłowski, *Tworzenie pojęć w naukach humanistycznych*, Warszawa 1986, s. 169 i n.

27 *Ibidem*.

28 Używając zwrotu „nauka współuczestnicząca w kształtowaniu norm", mam na uwadze specyficzną rolę nauki prawa w rozwiązywaniu tak zwanej problematyki dogmatycznoprawnej (por. Z. Ziembiński, *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, Warszawa-Poznań 1983, s. 10 i n. „Rozwiązywanie zasadniczych problemów dogmatycznych w prawoznawstwie ma charakter operacji nie wyłącznie intelektualnej, ale ma też charakter decyzyjny [...]" (*ibidem*, s. 15). Por. także M. Zieliński, Z. Ziembiński, *Uzasadnianie twierdzeń, ocen i norm w prawoznawstwie*, Warszawa 1988, s. 83 i 84.

prawniczych w stosunku do norm. Charakterystyka relacji pomiędzy prawem a językiem nauki prawa staje się utrudniona, gdyż granica między prawem i nauką prawa po prostu zanika. Elementarne rozróżnienie języka prawnego jako przedmiotu badań i naukowego języka prawniczego, a więc wypowiedzi, za pomocą których badamy, traci tu swoją ostrość.

W tej części, w której nauka prawa reprezentuje podejście praktyczne, pojęcia, którymi się posługuje, uczestnicząc w rozwiązywaniu problemów walidacyjnych, decydują w jakimś stopniu o tym, co jest przedmiotem jej badań (prawem). A zatem prawoznawstwo w jakiejś mierze samo kreuje swój przedmiot badań[29]. Przedmiot ten w tej części, w której jest wytworem działań prawodawcy, nie stanowi zbioru zamkniętego. Istotną rolę spełnia tu także nauka prawa. Dookreślając ten zbiór, wypowiedzi nauki prawa kształtują go, stając się zarazem jego elementami. Już jako element zbioru norm prawnych wypowiedzi te mogą następnie — co jest chyba oczywiste — stać się przedmiotem badań nauki. Sytuacja ta zdaje się przypominać pewien dobrze znany błąd w rozumowaniu. Język — powiada A. Schaff, referując B. Russella tak zwany paradoks klasy klas — nie może być tak uniwersalny, by dopuszczał wypowiedzi o wszystkich elementach pewnego zbioru, jeśli całość zbioru nie została uprzednio ściśle określona i zamknięta. Albo, mówiąc inaczej, wypowiedzi o wszystkich elementach zbioru nie mogą być jednym z elementów tego zbioru. Wypowiedź o całości może być prawomocna tylko „z zewnątrz" tej całości. Nie przestrzegając tej zasady, dochodzimy do wypowiedzi pozbawionych sensu, paradoksalnych, leżących u podstaw błędnego koła w rozumowaniu[30].

Czy prawoznawstwo w tej jego części, która reprezentuje podejście praktyczne, ma szansę, aby jego wypowiedzi były wypowiedziami „z zewnątrz", nienależącymi do zbioru, który nauka ta bada? Wydaje się, że nie jest to możliwe. Obecny udział doktryny w kształtowaniu normatywnej koncepcji źródeł prawa jest tylko jednym z elementów bardziej ogólnego zjawiska — braku możliwości konsekwentnego oddzielenia sytuacji prawnika-badacza prawa od sytuacji prawnika-współtwórcy prawa[31]. Nie wydaje się zatem prawdopodobne, aby prawoznawstwo mogło ustawić się na pozycji „z zewnątrz" w stosunku do swego przedmiotu.

---

29 Por. F. Longchamps, *O używaniu pojęć w naukach prawnych*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Wrocławskiego. Prawo" 1960, nr 7, s. 14–16; F. Longchamps, Z *problemów poznania prawa*, Wrocław 1968, s. 14; Z. Ziembiński, *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, s. 14.

30 A. Schaff, *Wstęp do semantyki*, Warszawa 1960, s. 55–56.

31 F. Longchamps, *O używaniu pojęć w naukach prawnych*, s. 16.

Skoro zarysowanej tu sprzeczności usunąć się nie da, to pozostaje rozważyć skromniejszy postulat, aby dbać o możliwie wyraźne i konsekwentne odróżnianie wypowiedzi formułowanych w ramach każdego z tych odmiennych podejść do badanego przedmiotu. Czy można sformułować tu jakieś praktycznie użyteczne kryterium?

W związku z cytowanym wyżej paradoksem klasy klas logicy poszukiwali takiego kryterium w ramach teorii typów[32], później zaś, z lepszym skutkiem, w zróżnicowaniu stopni języka[33]. To ostatnie kryterium wykorzystywane było również w prawoznawstwie[34]. Czy może być ono przydatne także dla wyodrębniania interesujących mnie typów wypowiedzi? Sądzę, że tak. Wymaga to jednak odstąpienia od dotychczasowych poglądów prawniczych na temat następstw, jakie zastosowanie tego kryterium powoduje.

Stopni języka używano dotąd jako podstawy do wyodrębniania języka prawnego i prawniczego, czyli odróżniania wypowiedzi tekstów aktów normatywnych od wypowiedzi nauki prawa i orzecznictwa. Pierwsze z nich określone zostały jako wypowiedzi I stopnia, pozostałe zaś jako wypowiedzi II stopnia[35]. Podział ten nie uwzględnia jednak tego, na co starałem się tu zwracać uwagę: że język nauki prawa jest zróżnicowany, że oprócz podejścia teoretycznego (opis norm, a więc język II stopnia) nauka ta realizuje również podejście praktyczne, w czym mają udział także wypowiedzi normatywne I stopnia[36]. Prawoznawstwo jest niejednolite, stąd, jeżeli mamy posługiwać się kryterium stopni języka, to granica wykreślona na podstawie tego kryterium nie będzie oddzielać tekstów aktów normatywnych od tekstów nauki prawa (wespół z orzecznictwem), lecz rozgraniczać będzie także samą naukę prawa. A zatem zróżnicowanie stopni języka może stanowić poszukiwane kryterium, o ile jednak zaakceptujemy pogląd o konieczności przesunięcia granicy, którą kryterium to wyznacza.

W literaturze prawniczej znajdujemy inne jeszcze kryterium proponowane jako podstawa wyróżniania języka prawnego i prawniczego. Jest nim podział na wypowiedzi produktywne i reproduktywne[37]. Użycie tego kryterium również nie może być wykorzystane jako argument na

---

32 A. Schaff, *Wstęp do semantyki*, s. 55.

33 *Ibidem*, s. 71.

34 K. Opałek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii prawa*, s. 53.

35 *Ibidem*, s. 45 i 54.

36 „Niewątpliwe jest, że wypowiedzi dogmatyki prawa są w pewnym stopniu »wtórne« w odniesieniu do wypowiedzi zawartych w aktach normatywnych. Nie wydaje się jednak, aby wtórność ta polegała na metanormatywnym charakterze" — T. Gizbert-Studnicki, *Język prawny a język prawniczy*, s. 226.

37 *Ibidem*, s. 230.

uzasadnienie tezy o jednolitości nauki prawa. Poglądu, że prawoznawstwo posługuje się wyłącznie wypowiedziami reproduktywnymi[38], można bronić jedynie przy akceptacji pewnych wyidealizowanych założeń dotyczących prawotwórstwa.

Użyciem produktywnym wypowiedzi jest spełnianie funkcji kwalifikacji stanów rzeczy. Kwalifikacja zaś to „każde określenie stanu rzeczy, które nie jest stwierdzeniem jego cech empirycznych". Jeżeli jednak w określonej sytuacji „kwalifikacja została stanowi rzeczy skutecznie nadana, to może być ona następnie o tym stanie rzeczy stwierdzana, tzn. następne użycie wypowiedzi, orzekające o tym stanie rzeczy taką samą kwalifikację, nie nadaje jej tej kwalifikacji, lecz zdaje z niej sprawę"[39]. To ostatnie użycie wypowiedzi ma oczywiście już reproduktywny charakter. Z interesującego mnie punktu widzenia w rozumowaniu tym istotne jest stwierdzenie, że skoro „kwalifikacja została stanowi rzeczy skutecznie nadana", to dalsze wypowiedzi o tej kwalifikacji zdają już z niej jedynie sprawę. Uważam, iż nie ma podstaw, aby owej „skutecznie nadanej kwalifikacji" szukać jedynie w tekstach prawodawcy. Wpływ na nią ma przecież także nauka prawa, o ile oczywiście aprobujemy tezę uznającą rolę nauki w kształtowaniu norm prawnych. Uczestnictwo nauki w kształtowaniu czynności kwalifikujących nie przeszkadza, aby później tę skutecznie nadaną kwalifikację powielać w innych tekstach naukowych, upowszechniać ją z nastawieniem już tylko reproduktywnym.

Niewątpliwie wykazywanie, że w dogmatyce prawa mamy do czynienia również z produktywnym użyciem wypowiedzi jest nieco bardziej utrudnione aniżeli podobny dowód oparty na kryterium stopni języka. Jest tak dlatego, że działalność dogmatyki prawa opiera się na mniej lub bardziej świadomie przyjmowanych założeniach ukrywających jej produktywną rolę, głównie dzięki założeniu o racjonalności prawodawcy. Stąd można powiedzieć, iż w swoich „intencjach" dogmatyka prawa formułuje wypowiedzi reproduktywne, gdyż to właśnie prawodawcy, a nie sobie, dogmatycy prawa przypisują wiedzę o prawidłowościach życia społecznego, konsekwentne oceny, znajomość języka itp., to jest założenia będące podstawą formułowania reguł egzegezy tekstu prawnego[40]. Reguły takie dogmatycy prawa skłonni są przypisywać również prawodawcy, pomimo oczywistej tu roli nauki prawa. Wnikając zatem w pewne założenia, na których opiera się dogmatyka, należy zweryfikować tym samym pogląd o jedynie reproduktywnym charakterze

38 *Ibidem*, s. 232.
39 *Ibidem*, s. 229.
40 Z. Ziembiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, s. 273 i 274.

twierdzeń nauki prawa. Dowodząc, że owe założenia mają charakter idealizujący, wykazujemy zarazem, że idealizacją jest także teza o wyłącznie reproduktywnym posługiwaniu się przez prawodawstwo swoim językiem. Jeżeli więc oceniać dogmatykę prawa po jej „intencjach", to używa ona wypowiedzi tylko reproduktywnie. Analizując jednak rzeczywiste jej postępowanie, zmodyfikować należy granicę pomiędzy wypowiedziami produktywnymi i reproduktywnymi: przebiega ona poprzez naukę prawa, wyodrębniając jej dwa opisane wyżej warianty.

Problematyka zależności pomiędzy zmianami w prawie i językiem prawniczym odsłania złożone i wewnętrznie niespójne relacje wewnątrz nauki prawa. Brak wspólnych założeń, do których mogłyby się odwoływać podejścia praktyczne i teoretyczne, sprawia, iż rzeczą ważną staje się odróżnianie obu tych podejść oraz uświadamianie sobie następstw wynikających z ich stosowania. Kształtowane w obu tych podejściach badawczych pojęcia nie dają się też ująć w jakiś jednolity język, wyodrębniony na podstawie określonego kryterium. Dotychczas proponowane w prawoznawstwie kryteria różnicowania języka takiego oczekiwania zdają się nie spełniać. W jakiejś mierze wskazuje to zapewne na względność podziału na język prawny i prawniczy. Aprobując zasadność wyodrębniania w ramach nauki prawa podejścia praktycznego i teoretycznego, dostarczamy natomiast niewątpliwie argumentów potwierdzających potrzebę różnicowania języka samej nauki prawa (wyodrębniania języka dogmatyki i języka teorii prawa)[41].

Wydaje się, że w dotychczasowej dyskusji nad kryteriami wyróżniania języka prawnego i prawniczego nazbyt mocno dominowało przekonanie o jednolitości wypowiedzi nauki prawa, o istnieniu jakiejś naturalnej odrębności języka nauki od języka tekstów prawnych, a problem polegać miał jedynie na znalezieniu odpowiedniego kryterium potwierdzającego te różnice. Proponowane kryteria, być może wbrew pokładanym w nich intencjom, bardziej dowodzą zróżnicowania aniżeli jedności języka nauki prawa. Tak jak w odniesieniu do prawa prawnicy dość dawno zrezygnowali już z prób ujmowania go na wzór systemu dedukcyjnego, tak też być może wypadnie zrezygnować z analogicznych zamierzeń w odniesieniu do nauki prawa.

Widzenie nauki prawa jako działalności wewnętrznie zróżnicowanej, w tym także współuczestniczącej w kształtowaniu swego przedmiotu, może w praktyce naukowej dać więcej korzyści niż usilne dążenie do

41 Por. J. Wróblewski, *Język i kultura — zagadnienia teoretyczno-prawne w pracach Bronisława Wróblewskiego*, „Studia Prawnicze" 1983, z. 3, s. 39; K. Opałek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii prawa*, s. 40 i 41.

jakiegoś jednolitego wzoru nauki. Na marginesie warto może zauważyć zbieżność pomiędzy przedstawionym podejściem praktycznym a pewnymi założeniami hermeneutyki prawniczej. Wydaje się, że podejście praktyczne w jakimś stopniu wyznaczać może granice przydatności metod hermeneutycznych w badaniach prawa. Na pewno zaś uwikłane w swój przedmiot prawoznawstwo tkwi w tym, co zwykło się nazywać kręgiem hermeneutycznym[42].

42 „Sądzę, że uprawiając naukę nie powinniśmy ograniczać się do obserwacji uporządkowań i przyglądać się im z zewnątrz. Tym samym jednak nie możemy unikać wejścia w hermeneutyczny krąg, jak to nazywam, który czyni mnie samego jednym z segmentów rzeczywistej treści znajdującej swą interpretację za moim własnym pośrednictwem. Jeżeli znaczenie nie jest segmentem rozumienia samego siebie, to zaiste nie wiem, czym ono jest" — P. Ricoeur, *Structure et herméneutique*, „Esprit" 30, 1963.

Debaty prawnicze. Rozmowa bez konsensusu*

W polskich debatach prawniczych odwołujących się do argumentacji z kręgu myśli ponowoczesnej — jeżeli można tym nieco na wyrost użytym określeniem nazwać rodzącą się dopiero dyskusję w tym obszarze — dostrzegam pewną dwuznaczność. Odnieść można bowiem wrażenie, że argumentacje odwołujące się do języka ponowoczesności służą nie tyle krytyce, w jakikolwiek sposób zidentyfikowanej, wizji „prawoznawstwa nowoczesnego" (a właściwie różnych wizji, bo przecież trudno tu mówić o jednej), ale raczej wykorzystywane są dla wewnętrznej konfrontacji i krytyki pomiędzy zastanymi, dobrze już ugruntowanymi („nowoczesnymi") sposobami prawniczego teoretyzowania i myślenia. Nawet tekst, któremu — jeśli wziąć dosłownie jego tytuł — można by przypisać intencję jakiegoś prawniczego manifestu postmodernistycznego[1], nie sugeruje jakichś nowych sposobów ujmowania zjawisk prawnych, a raczej kwalifikuje (w większym stopniu dyskwalifikuje) pewne zastane sposoby problematyzowania prawa[2]. Pewne znane nam już wcześniej prawnicze spory doktrynalne dzięki literaturze postmodernistycznej zdają się po prostu pozyskiwać nowe typy argumentacji.

Tego rodzaju postawa umiarkowania wydaje się właściwa nie tylko z racji ciągle jeszcze silnego oporu niektórych teoretyków prawa wobec ponowoczesnego sposobu myślenia, ale także dlatego, że narzędzia (pojęcia, sposoby argumentacji), których dostarcza postmodernizm, są na tyle wewnętrznie nieuporządkowane (jak wiadomo, systemowość i zasada konsekwencji oparta na postulacie niesprzeczności jawnie

---

* Tekst pierwotnie opublikowany w: *Ponowoczesność*, red. M. Błachut, „Z zagadnień teorii i filozofii prawa", Kolonia Limited, Wrocław 2007, s. 35–53.

1 Mam tu na uwadze pracę L. Morawskiego, *Co może dać nauce prawa postmodernizm?*, Toruń 2001.

2 Autor niechętny jest pozytywizmowi prawniczemu, ale tylko w pewnej jego wersji, generującej bardzo określony typ problematyki z obszaru tak zwanej analitycznej teorii prawa — takiej, którą określa „odmianą buchalteryjną" — zob. *ibidem*, s. 13 i n.

odrzucane są w obrębie tego nurtu), że można je wykorzystywać na różne sposoby i dla różnych potrzeb. Nie oceniam tego jednak jako wady postawy postmodernistycznej, a raczej odbieram jako sugestię wskazującą potrzebę przewartościowania dotychczasowego prawniczego sposobu teoretyzowania. Inaczej mówiąc, nasze przyzwyczajenia, iż krytyka ma być konstruktywna, że powinna zawsze proponować „coś w zamian", służyć zastępowaniu gorszych teorii (słabiej wewnętrznie usystematyzowanych, mających mniejszą moc eksplanacyjną) ich bardziej uporządkowanymi i adekwatnymi odpowiednikami — otóż, taki sposób tradycyjnego myślenia teoretyków nie daje się utrzymać, jeśli chcemy konfrontować go z argumentacją ponowoczesną. Tego rodzaju porządkujące spojrzenie na funkcję teorii i filozofii prawa powinno być raczej, jak się wydaje, zastąpione postawą wrażliwości wobec jednostkowych i społecznych skutków, które wynikają z formułowanych twierdzeń. Powiedziałbym zatem, że dobrym wzorcem naukowego postępowania dla teoretyków i filozofów prawa bardziej powinna być przyjmowana postawa etyczna aniżeli klarowność i spójność wywodów czy eksplikatywna siła argumentacji.

Na początek warto, jak sądzę, poczynić jeszcze jedną uwagę, która pozwoli uniknąć ewentualnych nieporozumień przy próbach wykorzystania w prawoznawstwie argumentacji ponowoczesnej. A mianowicie, powszechnie znana wrażliwość tego sposobu myślenia wobec różnorakich form opresywnego kształtowania postaw ludzkich może prowadzić do tezy, która, w moim mniemaniu, uczynić może zasadniczo wątpliwym sens prawniczych aplikacji poglądów pochodzących z kręgu ponowoczesności. Stanie się tak, jeżeli tego rodzaju argumentację odnosić będziemy wprost do samego prawa. Poszukiwanie bowiem takiej wizji pojmowania prawa, która pozbawiona byłaby elementu choćby hipotetycznego przymusu, musi zostać ocenione jako przedsięwzięcie niewykonalne, nawet przez orędowników skrajnie wolnościowych koncepcji prawa. Dlatego też, jeżeli chcemy uczciwie wykorzystywać w prawoznawstwie twierdzenia zapożyczone z filozofii ponowoczesnej, to należy, moim zdaniem, określić na wstępie dziedzinę, której twierdzenia te powinny (mogą) dotyczyć, a ponadto funkcję, jaką można im przypisać.

W pierwszej kwestii (dziedzina rozważań) wydaje się, że przedmiotem analizy powinny stać się przyjęte w teorii prawa twierdzenia charakteryzujące pewne podstawowe cechy (założenia pojmowane jako empirycznie nieweryfikowalne aksjomaty), jakimi powinno się legitymować prawo. Będą to przypisywane prawu właściwości, które zazwyczaj służyć mają legitymizacji poszczególnych reguł i technik argumentacyjnych wykorzystywanych w praktyce i doktrynie prawniczej.

Mam tu na uwadze twierdzenia dotyczące prawa — a pochodzące właśnie z obszaru teorii i filozofii prawa — bez których samo prawo, a także zawodowa praktyka prawnicza, zazwyczaj mogą się bez większej szkody obejść, a które żywią się potrzebą realizacji jakiegoś wariantu esencjonalizmu epistemologicznego. Być może dobrym testem pozwalającym wykrywać tego rodzaju twierdzenia byłoby wykazanie, iż preferowany pogląd może znaleźć dla siebie stanowisko radykalnie przeciwne, co mogłoby oznaczać bądź to, że użyteczność (bezużyteczność) dla praktyki prawniczej każdego z nich jest taka sama, bądź też, że stanowiska takie służą nie tyle sporom o właściwe rozumienie (opisywanie, wyjaśnianie) określonego problemu, a raczej pełnią rolę racji na rzecz określonego, konkurencyjnego rozstrzygnięcia[3].

Celem rozważań posiłkujących się argumentacją ponowoczesną stać się powinny zatem przede wszystkim konstrukcje pojęciowe określane w manierze pozytywistycznej jako założenia badawcze, a mające nierzadko do spełnienia co najmniej ukrytą funkcję normatywną[4]. Wskażmy na kilka dalszych przykładów: pogląd o systemowym charakterze prawa (jego wersja epistemologiczna, uznająca systemowość za sposób rozumienia prawa), założenie o racjonalności prawodawcy, przekonanie o sylogistycznej wywodliwości decyzji sądowych czy pogląd o odtwórczym charakterze wykładni prawa itp. Poglądy tego rodzaju z jednej strony można potraktować jako pewien rodzaj metafizyki prawniczej wyrastającej z prawniczych przyzwyczajeń do konstrukcji geometrycznych (uniwersalizm, zasada konsekwencji), a z drugiej strony jako wyraz niezaspokojonych tęsknot teoretyków i filozofów prawa za władzą nominalnie przynależną sędziom i prawodawcom. Twierdzenia tego rodzaju sami teoretycy prawa zwykli sytuować w obrębie ideologii prawa (ideologii stosowania czy wykładni prawa) lub kultury prawnej, a więc poniekąd ze świadomością ich sytuacyjnego uwikłania, jednak zazwyczaj już bez stanowczej deklaracji, iż sądy tego rodzaju nie mogą aspirować do uniwersalizmu właściwego dla standardów teorii naukowej. Taka postawa powoduje, iż w obrębie prawoznawstwa zasadnicza

3 Niech jako przykład posłuży twierdzenie teorii prawa, że standardy składające się na porządek prawny powinny mieć takie właściwości, które umożliwiają wyprowadzenie z nich jednego poprawnego rozstrzygnięcia (R. Dworkin). Założenie takie wcale nie jest konieczne jako normatywna przesłanka dla takich na przykład reguł dyskursu, jak wymóg prowadzenia argumentacji z przekonaniem o jej słuszności czy roszczenie do poszanowania zasady prawdomówności. Twierdzenie przeciwne (potencjalna wielość poprawnych rozstrzygnięć) da się w takim samym stopniu pogodzić z przytoczonymi wyżej regułami — por. J. Stelmach, *Kodeks argumentacyjny dla prawników*, Kraków 2003, s. 21 i n.

4 Jak pisze J.-F. Lyotard, „akcent może też padać na potęgę władzy pojmowania, na jej, by tak rzec »nieludzkość«" — J.-F. Lyotard, *Postmodernizm dla dzieci*, Warszawa 1998, s. 24.

odmienność między preskrypcją (postulaty praktyczne, w których chodzi o sprawiedliwość) ulega pomieszaniu z deskrypcją i denotacją (postulaty teoretyczne, w których chodzi o prawdę). Problem tkwi nie tyle jednak w zacieraniu granic, ale przede wszystkim w uznaniu dominacji dyskursu teoretycznego nad praktycznym w imię arbitralnego założenia, iż prawda powinna mieć prymat nad sprawiedliwością. „Za relacją podporządkowania odsłania się konflikt dwóch rodzajów dyskursu, z których każdy jest autonomiczny w swojej dziedzinie i z których żaden nie może dyktować warunków drugiemu”[5]. „Nauka gra swoją własną grę, ale nie może legitymizować innych gier językowych. Wymyka się jej na przykład gra preskrypcji”[6]. Tymczasem w prawoznawstwie nie dość, że nie mamy ochoty przestrzegać tych autonomii, to jeszcze staramy się upowszechniać przekonanie, iż to argumenty z obszaru dyskursu teoretycznego dyktują warunki dla rozstrzygnięć mających miejsce w ramach dyskursu praktycznego[7]. W prawoznawstwie za dopuszczalną, a nawet konieczną uznaje się nie tylko interwencję nauki w badany przedmiot na poziomie legitymizacji prawa, ale również wprost, to jest na poziomie rozstrzygnięć (ustalania, co jest lub nie jest prawem obowiązującym).

Nie prawo zatem jako pewien fakt społeczny (akt językowy pochodzący od prawodawcy) powinno być zderzone z filozofią ponowoczesną, lecz ujawniane przez teorię prawa prawnicze sposoby konceptualizowania prawa oraz identyfikowane na poziomie filozofii prawa prawnicze sposoby wartościowania i legitymizowania prawa aspirujące do związków z prawdą (obiektywizacją, uniwersalnością). Myśl ponowoczesna wydaje się zatem wrażliwa nie tyle na jawne czy oficjalne akty społecznej represji (te zawsze były, a ich próba eliminowania byłaby utopią)[8], ile na represywność ukrytą, tkwiącą w zastanych schematach myślenia, a ujawnianą przede wszystkim w języku, w przyjętych sposobach narracji[9]. W języku Z. Baumana można powiedzieć, że „ponowoczesność, to nowoczesność pozbawiona złudzeń” — również co do

5 M. Kowalska, *Mała opowieść tłumacza*, [w:] J.-F. Lyotard, *Kondycja ponowoczesna. Raport o stanie wiedzy,* Warszawa 1997, s. 11.

6 J.-F. Lyotard, *Postmodernizm dla dzieci*, s. 116.

7 „Przecież zawsze proces interpretacji rozpoczynamy od ustalenia stanu faktycznego”; „w trakcie toczącego się dyskursu praktycznego możemy go zawsze przerwać lub zawiesić, odwołując się do dyskursu teoretycznego” — cyt. za: J. Stelmach, *Kodeks argumentacyjny dla prawników*, s. 46.

8 Jawna przemoc — jak zauważa J.-F. Lyotard — po prostu kończy grę. „Gra w prawo” (dyskurs praktyczny) nie jest grą opartą na przemocy, raczej ma ją wyeliminować (jest przecież wymianą opartych na wspólnym idiomie argumentów), choć jest to zapewne gra, której wynik (na przykład wyrok) może otwierać drogę do przemocy (sankcji). Faktycznego wykonywania sankcji prawnej nie nazwiemy już jednak „językową grą w prawo”.

9 W wykładzie wygłoszonym w Wisconsin w 1986 r. J.-F. Lyotard ujawnia takie oto przesłanie: „byśmy przepisując (*ré-écriture*) modernę uniknęli prze(d)sądów i wydobyli na jaw to,

uprzywilejowanej roli intelektualisty w życiu społecznym. Oznaczałoby to między innymi pozbawienie teoretyka i filozofa prawa etycznego tytułu do uzurpowania sobie roli prawodawcy i sprowadzenie go na pozycję spolegliwego tłumacza pozwalającego przeprowadzić przez życie zdezorientowaną jednostkę[10], na przykład jednostkę zagubioną w meandrach i pułapkach życia prawnego.

Gdy chodzi o możliwą funkcję, którą współczesne prawoznawstwo łączyć może z formacją ponowoczesną, to wydaje się, że przede wszystkim stwarza ona sposobność do przewartościowania roszczeń normatywnych teorii i filozofii prawa, ambicji w kierunku kształtowania praktyki decyzyjnej, korygowania błędów prawodawcy i twórczego modyfikowania jego decyzji. Nie chodzi tu jednak o odebranie nauce prawa jakichkolwiek roszczeń normatywnych (gdyż to, w konsekwencji, mogłoby prowadzić do odebrania jednostce istotnego dla niej wsparcia etycznego w konfrontacji z państwowym prawodawcą), ale takich, które opierają się na argumentacji uniwersalizującej, fundującej jakąś postać instytucjonalizowanych wartości czy prowadzących do jakiegoś wariantu doktrynalnej „etyki zasad" czy „etyki kodeksowej"[11]. Zawsze zauważalne uwikłanie nauk prawnych w praktykę komentatorsko-orzeczniczą, a współcześnie dodatkowo jeszcze dowartościowane popularnością hermeneutyki filozoficznej, prowadzą do przekonania, iż teorię i filozofię prawa można traktować jako dogmatykę trudnych przypadków (A. Kaufman, R. Dworkin). Postawę taką utwierdzają również poglądy o autonomii prawa (językowej, kulturowej) dyktowane potrzebą ograniczania dyskrecjonalności sędziowskiej (prawniczej) władzy sądzenia. Skutek tego jest jednak taki, że punkt ciężkości z władzy tworzenia prawa przez prawodawców i sądzenia przez sędziów — oczywistej w odbiorze społecznym, bo umocowanej w demokratycznej procedurze — przenoszony zostaje na mniej już zrozumiałą przez społeczeństwo (ukrytą pod płaszczem nauki) władzę „naukowego" wyjaśniania i komentowania tekstów prawnych.

Argumenty odwołujące się do prawniczego dorobku nowoczesności pozwoliły podważyć mit ukształtowany pod wpływem pierwotnej wersji

---

co w modernie — gąszczu pre-sądów (wstępnych założeń), projektów, programów i propozycji — skryte" — przedruk wykładu w *Substance*, Jesień 1987, cyt. za: K. Wilkoszewska, *Wariacje na postmodernizm*, Kraków 2000, s. 25.

10 Por. Z. Bauman, *Prawodawcy i tłumacze*, Warszawa 1998.

11 „Rozpuszczenie fundamentów kończy rzekomo etykę, bo zasady etyczne powinny się na czymś opierać — na »wartościach«. Odpowiedź etyki postmodernistycznej nie jest tu oryginalna. Etyka ta każe zrezygnować w tej sytuacji z zasad. Etyka niekodeksowa jest starszym wynalazkiem niż postmodernizm i podobnie odwołuje się do jednostkowej kompetencji moralnej, czyli do odpowiedzialności" — B. Baran, *Czy pusta rozpusta?*, [w:] *Postmodernizm. Teksty polskich autorów*, red. M.A. Potocka, Kraków 2003, s. 270.

pozytywizmu prawniczego, a mianowicie o nieograniczonej władzy państwa dającej się realizować poprzez stanowienie prawa. Mit ten, choć ciągle jeszcze kultywowany jest przez wielu polityków, dyskredytowany jest przez prawników-akademików, na przykład poprzez odwoływanie się do wypracowanych przez siebie samych koncepcji systemu prawa czy konstrukcji „państwa prawa". Walka z tym mitem budowana była głównie na twierdzeniach teorii prawa o inherentnych, niemających statusu empirycznego, właściwościach systemu prawnego (Kelsen, Hart), dla którego legitymacją było założenie o racjonalności prawodawcy. Można powiedzieć, że mieliśmy tu do czynienia z — jeżeli można posiłkować się znaną metaforą M. Webera — odczarowaniem świata (prawniczego „mikroświata") ufundowanego na przekonaniach o wszechwładzy państwowego prawodawcy.

Ponowoczesność próbuje zdyskredytować inny mit, tym razem oparty na wyrafinowanej wersji pozytywizmu prawniczego, a mianowicie o prawoznawstwie sięgającym do wielce skomplikowanych, naukowych technik służących wyłącznie potrzebie ujawniania prawdy (poszukującym „zobiektywizowanych" kryteriów) o tym, co jest lub nie jest prawem (zewnętrzny punkt widzenia w pojmowaniu reguł). Jednak twierdzenia te zarejestrowane i uogólnione przez badacza-obserwatora służyć miały następnie, już w perspektywie wewnętrznej, jako uzasadnienie dla reguł działania uczestnika życia prawnego, stając w ten sposób nieomal w jednym szeregu z regułami pochodzącymi od prawodawcy[12]. Ten ostatni mit można z kolei nazwać mitem akademików, pozwalającym trzymać w ryzach polityków — co niewątpliwie samo przez się jest korzystne — jednak już bez gotowości do deklaracji, iż i w tym przypadku chodzi o to samo, czyli o władzę nad praktyką społeczną. Jest to zatem rodzaj władzy ukrytej, na tyle etycznie dwuznacznej, że pozbawionej odpowiedzialności (w końcu tylko dla dobra publicznego poprawiamy błędy prawodawcy), a ponadto fałszywie legitymowanej, bo formułowanej w idiomie podporządkowanym kryterium prawdy, gdy tymczasem w istocie rzeczy chodzi o uwarunkowane kulturowo i kontekstowo sprawiedliwość i słuszność. Postmodernizm możemy potraktować jako propozycję powrotu teorii prawa do zewnętrznego punktu widzenia[13], a tym samym przywrócenia jej statusu nauki empirycznej.

---

12 W interpretacji J. Woleńskiego charakteryzować to ma stanowisko H. Harta o „stwierdzeniach eksternalnych jako presupozycjach dla internalnych" — zob. J. Woleński, *Wstęp*, [w:] H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998, s. XX.

13 Por. D.E. Litowitz, *Postmodern Philosophy and Law*, University Press of Kansas 1997, s. 22.

Myśl ponowoczesna nadaje się do tego, aby uwrażliwić nas na konsekwencje wynikające z tego drugiego mitu; można ją potraktować jako próbę jego zdyskredytowania. Konsekwencja ta jest trudniejsza do zaakceptowania przez środowiska akademickie, gdyż dotyczy ona pewnej opowieści (jest krytyką opowieści) o nas samych. Można ją potraktować jako rodzaj diagnozy, którą na użytek naszego „świata teoretyków i filozofów prawa" ukształtowanego głównie w kulturze pozytywizmu prawniczego nazwać można drugim jego odczarowaniem[14]. Teorii prawa trudno przychodzi polemizować z takim sposobem argumentacji, gdyż u jego podstaw nie znajdujemy alternatywnego programu pozytywnego[15]. Postmodernizm jest bowiem bodaj pierwszym typem refleksji z obszaru kultury, która nie tworzy założeń teoretycznych i metodologicznych uprawiania własnej praktyki badawczej[16]. Jednak przez to, że takiego konkurencyjnego programu nie proponuje, jego krytyka wydaje się bardziej autentyczna.

W dalszej partii niniejszego referatu uwagi oparte na argumentacji ponowoczesnej chcę odnieść do dwóch bardziej szczegółowych przypadków argumentacji z obszaru teorii prawa, a mianowicie sposobu badania problematyki norm w ramach analitycznej teorii prawa oraz zastosowania we współczesnej prawniczej praktyce badawczej założeń Habermasowskiej koncepcji konsensusu (elementy tej koncepcji będę chciał odczytać na tle dyskusji o rolę konstytucji jako metareguły rozstrzygania sporów prawnych). Oba te pola problemowe wydaje się niewiele ze sobą łączyć, poza tym że każdy — z różnych jednak powodów — wydaje się współcześnie wielce wpływowym w polskiej teorii prawa. Jednak za skonfrontowaniem ze sobą właśnie tych dwóch typów zagadnień tkwi myśl także nieco przekorna. Pierwszy obszar badawczy bywa z perspektywy ponowoczesnej dezaprobowany, gdyż łączony jest z zawiłymi i zniekształcającymi rzeczywistość konstrukcjami pojęciowymi — drugi, oceniany jest dużo życzliwiej, gdyż dostarczać

14 „Aktywność myśli postmodernistycznej jest w dużej mierze nakierowana na to, aby [...] dokonać kolejnego procesu odczarowania świata, ukazując jego do głębi kulturowy i konwencjonalny charakter. Służyć to ma m.in. walce z dogmatyzmem tego sposobu myślenia, który uznaje za istniejące w sposób obiektywny i absolutny (esencjalny) to, co *de facto* historyczne i kulturowo wykreowane. Ten typ myślenia dotyka przede wszystkim praktyki naukowej, traktowanej w optyce postmodernistów jako praktyka uzurpująca sobie nadrzędność [...]" — A. Szahaj, *Co to jest postmodernizm*, [w:] *Postmodernizm. Teksty polskich autorów*, s. 47.

15 „Nie można uprawiać postmodernizmu ani realizować jego postulatów. Można jedynie realizować własne postawy, korzystając z pewnych postmodernistycznych refleksji" — M.A. Potocka, *Manieryzm po modernizmie*, [w:] *Postmodernizm. Teksty polskich autorów*, s. 135.

16 „Postmodernizm programowo nie dąży do sformułowania jakiejkolwiek poetyki, gdyż byłaby to śmierć zadana samemu sobie [...]". Jego „podstawowy paradygmat" głosi bowiem „jednorazowość i niekonkluzywność jakiejkolwiek sztuki czy jakiejkolwiek procedury epistemicznej [...]" — M. Dąbrowski, *Postmodernizm: myśl i tekst*, Kraków 2000, s. 177.

ma aparatury służącej rozwiązywaniu istotnych problemów[17]. Nie jest moim zamiarem obrona dotychczasowego sposobu uprawiania prawoznawstwa w Polsce, ale raczej pokazanie, że również składniki teorii argumentacyjno-komunikacyjnych, w niemniejszym stopniu niż założenia współczesnego pozytywizmu prawniczego, podlegać mogą ocenie krytycznej.

Teoretycznoprawne debaty ostatnich kilkudziesięciu lat mieszczące się w nurcie analitycznej teorii prawa wydają się oscylować wokół takiego oto dylematu: czy standardy normatywne służące wyrażaniu powinności prawnych dadzą się sprowadzić na poziomie teorii prawa do jakiegoś jednolitego, w miarę prostego językowego wzorca normy postępowania, czy też może — zważywszy na złożoność współczesnych stosunków prawnych i towarzyszący im rozrost regulacji o charakterze metaprawnym — w ślad za tym iść powinno w refleksji naukowej uszanowanie tej wielości, a co za tym idzie, pojęciowa wielość standardów służących charakterystyce zachowań prawnych.

Pierwsze podejście z punktu widzenia zakładanej w nich koncepcji badań oraz docelowej wizji języka nauk prawnych (język jako udoskonalony i zuniwersalizowany model rzeczywistych zachowań językowych) określane jest jako postawa rekonstrukcjonistyczna[18]. Podejście takie prowadzi do upraszczania (redukcji) wielości standardów językowych służących praktyce do wyrażania powinności prawnych. Na poziomie teorii prawa oznacza to sprowadzenie pojęcia normy do jakiegoś jednego, uniwersalnego (ponaddyscyplinarnego) schematu językowego, zazwyczaj wyrażanego za pomocą nakazu lub zakazu zachowania się (tak zwane predyktywne ujęcie normy). Uznaje się bowiem, że skoro już mamy wskazać na jakąś konstytutywną i uniwersalną cechę prawa, to najlepiej do tego celu nadaje się kategoria obowiązku. Konsekwencją takiego rozumowania będzie konstrukcja normy prawnej pojmowana jako dyrektywa stanowcza (zbiór norm zagrożonych przymusem ze strony państwa), która w sposób jednoznaczny nakazuje lub zakazuje określony rodzaj zachowań. Ujęcie to

17 „Odróżnienie reguł od zasad, *open texture of law*, performatywy, teoria trudnych przypadków, czy teoria argumentacji, to przykłady analiz, w których rozwiązujemy istotne problemy, z kolei odróżnienie norm od przepisów, różne teorie budowy normy prawnej, cudaczne klasyfikacje źródeł prawa, uprawnień czy reguł dowodowych, to klasyka buchalterii prawniczej, która nie służy do niczego więcej niż do męczenia studentów w trakcie egzaminów" — L. Morawski, *Co może dać nauce prawa postmodernizm?*, s. 13.

18 Por. J. Woleński, *Język prawny w świetle współczesnych metod analizy semantycznej*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace Prawnicze" 1967, z. 31, s. 144 i n.; Z. Ziembiński, *Deskrypcjonistyczna i rekonstrukcjonistyczna analiza języka w prawoznawstwie*, „Studia Prawnicze" 1985, nr 3–4.

ma w teorii prawa silne umocowanie, a reprezentowane jest przez tak znaczące postacie jak J. Austin, H. Kelsen czy A. Ross, a w polskiej teorii prawa — Z. Ziembiński i M. Zieliński.

Podejściem opozycyjnym będzie jakiś wariant (jest ich wiele) nieredukcyjnego ujmowania pojęć określających zachowania prawne, a więc dopuszczający obok imperatywnych norm także dyspozytywne reguły (reguły dokonywania czynności prawnych, normy proceduralne), strukturalnie otwarte zasady prawa czy wreszcie argumenty czerpiące swoje uzasadnienie z kultury prawnej. Już nie analiza formalna (syntaktyczna, zakresowa) kształtu wypowiedzi językowej będzie tu celem badań, ale pragmatyka tych wypowiedzi wspierająca się warsztatowo na osiągnięciach socjolingwistyki czy teorii aktów mowy. Pojęciowy pluralizm pojęć języka teorii prawa będzie tu naturalną konsekwencją. Również to podejście ma silną — żeby nie powiedzieć „współcześnie nawet silniejszą" — reprezentację: H. Hart, w jakiejś mierze także G. von Wright oraz cały, dziś już w dużym stopniu wyemancypowany wobec analitycznej teorii prawa, nurt przedstawicieli hermeneutyki prawniczej oraz zwolenników prawniczych teorii systemowych i argumentacyjnych. Z tym drugim podejściem badawczym korespondować będzie deskrypcjonistyczny program badań językowych[19] — program, dodajmy, zasadniczo życzliwy wobec zastanej praktyki językowej, nieroszczący sobie aspiracji w kierunku konstruowania jakichś wyidealizowanych (uniwersalizujących) modeli językowych, za to dużo bardziej otwarty na dyscyplinarne odmienności i specyfiki, tradycje uprawiania „własnej nauki" i lokalne idiomy. Tak widoczna, i nierzadko nawet denerwująca teoretyków prawa, argumentacja odwołująca się na przykład do autonomii współczesnej cywilistyki czy doktryny prawa podatkowego znacznie lepiej korespondować będzie z tego rodzaju postawą badawczą[20].

Niewątpliwie ostrze krytyki budowanej na ponowoczesnych sposobach myślenia nakierowane będzie przede wszystkim w stronę tego pierwszego sposobu teoretyzowania. Jak można sądzić, dzieje się tak co najmniej z dwóch przyczyn: po pierwsze, języka, jaki wykształcił się w ramach, nazwijmy ją, „monistycznej" wizji pojmowania prawa (nie zawsze w potocznym odbiorze komunikatywna narracja wzorowana na

19 *Ibidem*.

20 Przykładowo A. Szpunar uznał, iż przenoszenie pojęć ukształtowanych w innym prawniczym obszarze badawczym (na przykład teorii prawa czy doktrynie prawa publicznego) na grunt cywilistyki „jest tylko grą pojęciową". „Przenoszenie tego pojęcia [chodziło o pojęcie kompetencji — A.B.] na teren prawa cywilnego, w którym musi ono mieć zupełnie inne znaczenie prowadzi jedynie do nieporozumień. Po cóż zresztą przyjmować, że danemu podmiotowi przysługuje kompetencja do czynności prawnych? Wystarczy odwołać się zasady autonomii woli stron [...]" — A. Szpunar, *Udzielenie pełnomocnictwa*, „Przegląd Sejmowy" 1993, z. 9, s. 19–20.

lingwistyce strukturalnej, a docelowo nawet na logice formalnej — a te sposoby uprawiania nauki, jak wiadomo, nie należą do świata ponowoczesnego), i po drugie, ze względu na jawny (deklarowany wprost przez zwolenników tego nurtu) pojęciowy uniwersalizm podejścia monistycznego, które nie tylko nie toleruje innych standardów normatywnych niż nakazy i zakazy (eliminuje je z języka nauki poprzez mechanizm redukcji ugruntowany na wyjściowym rozróżnieniu na normę prawną i przepis prawny), ale także niechętne jest pojęciom opartym na gałęziowych podziałach prawa (autonomicznych językach poszczególnych dyscyplin prawoznawstwa). Uznaje się tu, że wszystkim reprezentacjom powinności na poziomie przepisów prawnych towarzyszyć powinien w badaniach prawniczych ten sam lub podobny schemat językowy wyrażania obowiązków prawnych[21].

Idąc za takim tokiem rozumowania, należałoby dojść do wniosku, iż podejście deskrypcjonistyczne w badaniach nad językiem nauki prawa powinno lepiej asymilować się z argumentacją ponowoczesną. Po pierwsze dlatego, że łatwiej toleruje prawnicze „lokalne narracje", za jakie można uznać względnie autonomiczne praktyki językowe szczegółowych nauk prawnych. A po drugie, większą wagę przypisuje „naturalnemu przedmiotowi" badań, jakim jest dla prawnika-dogmatyka tekst prawny, co powoduje odciążenie prostych faktów językowych (przepisów prawnych) od ocierającego się o „prawniczą metafizykę" pojęcia normy prawnej. Norma postępowania, szczególnie wtedy, gdy przez teorię prawa określana bywa jako konstrukt doktryny prawniczej (jakiejś „jednej doktryny prawniczej"), prowadzić może do narzucania znaczeń, z którymi doktryny te (poszczególne dyscypliny prawoznawstwa) zgadzać się już nie muszą[22]. Inaczej mówiąc, podejście deskrypcjonistyczne nie tylko łatwiej toleruje poszczególne, wykształcone w tradycyjnych dogmatykach prawa narracje, ale także nie pozwala ogólnej teorii prawa przejąć prymatu nad tymi narracjami. Oznaczałoby to między innymi odstąpienie od idei integracji wewnętrznej prawoznawstwa pod patronatem teorii i filozofii prawa. Deskrypcjonizm powstał

21 „Nasuwa się tedy następująca koncepcja scharakteryzowania rozbieżności terminologicznych i pojęciowych w naukach prawnych [...]. Należy mianowicie rozpocząć od przyjęcia określonej, ubogiej w elementy treściowe, formalnej aparatury pojęciowej, a następnie pokazać, na czym polegają rozbieżności między sposobem pojmowania kompetencji przez reprezentantów poszczególnych kierunków prawoznawstwa" — Z. Ziembiński, *O zawiłościach związanych z pojmowaniem kompetencji*, „Państwo i Prawo" 1991, z. 4, s. 15.

22 J. Nowacki zwracał kiedyś uwagę, iż język prawny potrafi obyć się bez pojęcia normy prawnej, a w języku w szczegółowych naukach prawnych występują daleko sięgające różnice i niekonsekwencje w rozumieniu tego pojęcia, co sprawiło, że pojawił się postulat eliminacji pojęcia normy z języka prawniczego — J. Nowacki, *Przepis prawny a norma prawa (ustalenia wyjściowe)*, „Studia Iuridica Silesiana" 1984, z. 9.

bowiem jako odpowiedź na formalizm, dlatego też — w imię programu naturalizmu lingwistycznego — nie dąży do nadania formułowanym twierdzeniom postaci ogólnej teorii, a analizy obracają się głównie w wymiarze pragmatyki języka. Obce są tu wskutek tego jakiekolwiek „próby reformy języka naturalnego zmierzające do podniesienia jego sprawności logicznej [...], gdyż niedostatki języka naturalnego — które dla rekonstrukcjonistów są punktem wyjścia i powodem, dla którego podejmuje się zabiegi reformatorskie — traktowane są przez deskrypcjonistów jako inherentna i dodatnia własność, stanowiąca nawet niezbędny warunek funkcjonowania języka [...]”[23]. Czy zatem to właśnie podejście badawcze polecić można jako dobry wzorzec uprawiania teorii w dobie postmodernizmu? I tu jednak pojawiają się wątpliwości.

Zauważmy, że pomimo zwiększonej tolerancji dla zastanych praktyk i konwencji językowych również i tej postawie wobec języka nauki nieobca jest potrzeba uogólniania będącego — nazwijmy to — „słabszym wariantem uniwersalizacji” pojęciowej. Widać to choćby na przykładzie *Pojęcia prawa* H. Harta, który — pomimo że sytuowany jest w obrębie nurtu deskrypcjonistycznego[24] — to jednak nie unika językowej uniwersalizacji, tyle że rozumianej raczej jako pewna postać pojęciowej systematyzacji materiału empirycznego[25]. Brak jawnych roszczeń normatywnych w metodologicznej procedurze budowania jego teorii (tolerancja wobec zastanych sposobów użycia terminów prawniczych) nie powoduje przecież, że uzyskujemy jakiś całkowicie neutralny obraz pojęciowy prawa, a przede wszystkim obraz możliwy do zaakceptowania w idiomie poszczególnych dogmatyk prawniczych czy budowanych na alternatywnych paradygmatach teoriach prawa (znany spór z R. Dworkinem dowodzi, że przynajmniej w tej ostatniej kwestii wątpliwości mieć nie można). Z perspektywy argumentacji postmodernistycznej wydaje się, że problemem nie jest sam sposób budowania teorii naukowej, to jest samo gromadzenie danych o faktycznych praktykach językowych oraz ich indukcyjne kwantyfikacje, które to zabiegi przebiegać przecież mogą z zachowaniem nie tylko merytorycznej rzetelności, ale i tolerancji oraz szacunku dla tych praktyk.

---

23 J. Woleński, *Język prawny w świetle współczesnych metod analizy semantycznej*, s. 146.

24 J. Woleński, *Wstęp*, s. XVII.

25 Hartowskie pojęcia ogólne mają charakter otwarty, co pozwala rozróżniać tak zwane przypadki wzorcowe i graniczne. I tutaj zatem nie odżegnujemy się od pewnego wariantu esencjalizmu — tyle że nie służy on kwalifikacji (dyskwalifikacji) jakiejkolwiek praktyki językowej jako poprawnej (prawnej) — widać to na przykładzie rozważań Harta o prawie międzynarodowym — lecz ma na celu pokazanie złożoności zjawisk identyfikowanych za pomocą nazw. Mielibyśmy tu do czynienia z uogólnianiem poprzez posłużenie się metodą typologii, której funkcją jest przede wszystkim potrzeba systematyzacji zróżnicowanych zjawisk prawnych.

Problemem nie będzie również nazwanie tych praktyk w nowym, innym języku, który nie jest już tożsamy z językiem, który jest przedmiotem badań. Każdy ma tytuł do tego — jest to wyrazem wolności, a nawet formą bycia w społeczeństwie — aby funkcjonować w obrębie pewnego idiomu, a nawet próbować budować własny idiom (teoria Harta, i wiele innych, są czymś takim). Problemem jest dopiero próba uczynienia z własnego idiomu metareguły, zdolnej wyrażać coś więcej niż własną formę obecności w określonej wspólnocie. Jak zauważa W. Welsch, „nieistnienie metareguły [...] stanowi jądro koncepcji Lyotarda, a zarazem całego postmodernizmu"[26]. I tu dopiero znajdujemy miejsce dla — możliwych również w ramach działalności naukowej — aktów ukrytej, a manifestującej się poprzez język, niesprawiedliwej opresji.

Jak zatem widać, przywołane wyżej zróżnicowanie podejść w badaniach nad językiem nie wydaje się z tej perspektywy najistotniejsze. To, w jaki sposób dochodzi do utworzenia określonego idiomu: czy drogą uogólnienia zastanych praktyk prawniczych (a więc w istocie rzeczy tylko poprzez ich „nazwanie"), czy też poprzez z góry przyjęty program reformy języka realizującego jakiś rozumny model nauki — zdaje się być drugorzędne. Istotniejsze wydaje się to, w jaki sposób będziemy wykorzystywać idiom, w którego obrębie funkcjonujemy oraz jak potraktujemy inne, równoległe sposoby artykulacji świata.

Jedno wydaje się pewne: teoria i filozofia prawa (a właściwie teoretycy i filozofowie prawa) mają pełne prawo, aby mówić „własnym tekstem". Muszą jednak zgodzić się uznać swoje teksty za rodzaj lokalnej narracji, i to w podwójnym wymiarze: zarówno wzajemnie wobec siebie, to jest w ramach teorii i filozofii prawa odwołującej się do różnych kultur, języków i wartości (na przykład autentyczna wartość sporu między Hartem a Dworkinem polega na zarysowaniu konfliktu kulturowego, językowego, a być może nawet politycznego, którego rozwiązanie nie jest jednak ani możliwe, ani potrzebne), jak i tym bardziej wobec przedstawicieli szczegółowych nauk prawnych. W tym ostatnim obszarze, poza odmiennym typem gry językowej, będziemy jeszcze zmuszeni uwzględnić odmienność celów działania i właściwych im porządków[27]. W istocie

26 W. Welsch, *Nasza postmodernistyczna moderna*, Warszawa 1998, s. 318.

27 J.-F. Lyotard określa to jako „wrażliwość na różne cele" — zob. J.-F. Lyotard, *Le Différend*, Paris 1983, s. 32. Postmoderniści chętnie przywołują przy tej okazji *Myśli* B. Pascala i wyodrębnione przez niego porządki: miłości (na przykład religia), ducha (nauka) i ciała (polityka). W myśl tak zwanej reguły Pascala „roszczenia danego porządku mogą być uprawnione jedynie w obrębie tego porządku, nieuprawnione są natomiast w obrębie innych porządków, gdzie ich forsowanie jest totalitaryzmem" — W. Welsch, *Nasza postmodernistyczna moderna*, s. 392. Wedle B. Pascala tyrania ma właśnie polegać na domaganiu się władzy poza własnym porządkiem (zob. B. Pascal, *Myśli*, Warszawa 1952, s. 332).

bowiem każda nauka (każda sfera kultury lub życia społecznego) ustanawia własne kryteria, którym usiłuje się podporządkować — a w takim razie jakakolwiek dyscyplina ogólna nie może się wypowiadać na temat kryteriów obowiązujących w określonych naukach szczegółowych (w innych dziedzinach kultury lub życia społecznego)[28].

O ile dyskusje wokół pojmowania normy i związanych z tą problematyką postaw badawczych mogą skupić uwagę wąskiego środowiska teoretyków, to już drugi przykład dyskusji doktrynalnej, na której chciałbym zatrzymać uwagę ma — przynajmniej w polskich warunkach — daleko szerszy wymiar. Chodzi mi o rolę konstytucji (a zatem również sądownictwa dokonującego rozstrzygnięć na podstawie konstytucji) jako swoistego zbioru metareguł służących rozstrzyganiu interpretacyjnych sporów prawnych.

Z punktu widzenia postmodernistycznego sposobu myślenia problem ten może mieć zarówno prostą, jak i nieco bardziej złożoną odpowiedź. Jeśli bowiem przyjąć — za Lyotardem — rozróżnienie dwóch rodzajów konfliktów, to jest dające się rozstrzygać „spory" (*litige*) oraz nierozstrzygalne w przestrzeni mowy „zatargi" (*différend*)[29], to uznając, iż spór (na przykład spór prawny wokół konstytucyjności ustawy) to taki typ konfliktu, który może być rozwiązany za pomocą jakiejś nadrzędnej wobec niego reguły (a taką funkcję standardowo wiążemy przecież z konstytucją), to problem, jak można by sądzić, dzięki tej analitycznie nieskomplikowanej dystynkcji można by uznać za zamknięty. Samo istnienie konstytucji oznacza bowiem również akceptację reguł rozpatrywania sporów, które powstają na gruncie konstytucyjnego porządku prawnego.

Jeśli jednak zauważymy, że owa nadrzędna, konstytucyjna reguła nie jest tylko hierarchicznie wyższą regułą z obszaru tego samego idiomu (jakiejś powszechnie wśród prawników zrozumiałej i akceptowanej pragmatyki), ale odwołuje się do specyficznej narracji doktrynalnej, języka tak zwanych niepisanych wartości konstytucyjnych (na przykład koncepcji państwa prawa) czy semantycznie otwartych zasad prawa, to argumenty formułowane w tego rodzaju filozoficzno-prawnym języku mogą okazać się nie tylko niezrozumiałe dla wielu pozytywistycznie ukształtowanych prawników i polityków, ale mogą być przez nich wręcz odczytane jako ukryta w niezrozumiałym dla nich języku ingerencja w społeczny podział ról (na przykład stanowiącego obowiązki prawodawcy oraz prawnika — biernego czytelnika tekstów). Prosty

28 M. Kowalska, *Mała opowieść tłumacza*, s. 12.
29 J.-F. Lyotard, *Le Différend*.

„spór" prawny zamienia nam się wtedy w niemożliwy do rozstrzygnięcia Lyotardowski „zatarg" ufundowany na „oboksobnych, niewspółmiernych dyskursach, dla których nie istnieje żadna metareguła"[30]. Konflikt prawny zostaje w ten sposób przeniesiony w przestrzeń mowy służącej artykulacji odmiennych tradycji i wartości. Jeżeli aktualna kultura prawna nie jest w pełni autonomiczna — a w społeczeństwach zglobalizowanych taką nie jest i być nie może — to otwiera się droga do konfliktów politycznych niemających szans na ogólnie akceptowane rozstrzygnięcie. Dla konfliktów takich formalny spór prawny (*loco* sala posiedzeń Trybunału Konstytucyjnego) jest tylko miejscem, medium rozgrywania się konfliktu.

Wydaje się, że zaliczane do nurtu „nowoczesnego" dwie współcześnie dominujące w tradycji kontynentalnej koncepcje filozoficzno-prawne, tj. koncepcja pozytywizmu prawniczego oraz ujęcie komunikacyjno-argumentacyjne nie są zdolne do eksplikacji podniesionego problemu. Owszem, i tutaj — podobnie jak to miało miejsce w przywołanych wcześniej dwóch nurtach analitycznej teorii prawa — możliwe jest różnicowanie ocen pod kątem adekwatności tych koncepcji do opisu i diagnozowania współczesnych konfliktów prawnych (tradycja pozytywistyczna należy do tych „wielkich opowieści" o prawie i prawnikach, która wydaje się łatwiej podlegać ponowoczesnej krytyce aniżeli koncepcje komunikacyjne i argumentacyjne, czerpiące w dużo większym stopniu z dorobku powstałego w następstwie tak zwanego przełomu pragmalingwistycznego). Jednak również koncepcje z tego drugiego nurtu nie są wolne od zarzutu opresywności — a szeroki wydźwięk w środowisku filozofów niezgody Lyotarda na ideę powszechnego konsensusu[31] uczynił koncepcję komunikacyjną celem bardziej nawet spektakularnej krytyki czynionej z pozycji ponowoczesnych aniżeli miało to miejsce wobec założeń filozofii pozytywistycznej. Wydaje się, że przeważyła tu zarówno większa wrażliwość myślenia ponowoczesnego wobec ukrytych form represji (ujęcia komunikacyjno-argumentacyjne deklarują przecież otwartość na dialogowe sposoby zachowań, a przez to uznawane są za bardziej adekwatne narzędzie charakterystyki zachowań w warunkach społeczeństwa obywatelskiego), jak i większy społeczny zasięg idei konsensusu, wykraczający poza problematykę właściwą teorii i filozofii prawa. Pozytywizm prawniczy ze swoją wizją państwa i prawa

30 A. Burzyńska, *Postmoderna: pomiędzy wieżą Babel a Biblioteką Babel*, [w:] *Postmodernizm. Teksty polskich autorów*, s. 65.

31 Zob. J.-F. Lyotard, *Kondycja ponowoczesna*, s. 174 i n.; J. Habermas, *Modernizm — niedokończony projekt* — przeł. M. Łukasiewicz, [w:] *Postmodernizm. Antologia przekładów*, red. R. Nycz, Kraków 1997.

wydaje się myśleniem daleko bardziej peryferyjnym, a przez to mniej interesującym jako obiekt krytyki z pozycji postmodernizmu.

Tym bowiem, co dla prezentacji problematyki konstytucyjnej wykładni prawa wydaje się dla pozytywistycznego sposobu myślenia najbardziej reprezentatywne, jest przekonanie, że istnieje określony system organów państwa i odpowiadających im funkcji, w obrębie których dla Trybunału Konstytucyjnego zaplanowano rolę kontrolną wobec prawodawstwa, natomiast treść konstytucji ma określać reguły (metareguły) tej kontroli. W porządku tym Trybunał Konstytucyjny nie tylko nie ma tworzyć prawa wprost (konstytucja nie przyznała mu takiej kompetencji), ale także dokonując wykładni prawa w kontekście orzekania o konstytucyjności aktów prawnych, sędziowie nie powinni kreować nowych znaczeń, a jedynie wybierać spośród tych, które można przypisać prawodawcy. Tego rodzaju ideologia prowadzi do poglądu, iż zarówno stwierdzenie konstytucyjności (udana próba przeprowadzenia wykładni w zgodzie z konstytucją), jak też uznanie przepisu za niekonstytucyjny jest aktem deklaratywnym. Takiemu sposobowi myślenia bliska jest również zasada domniemania konstytucyjności ustaw. „Trybunał Konstytucyjny powinien jako ostateczność traktować uznanie przepisów ustawy za niekonstytucyjne, [gdyż — przyp. aut.] jego obowiązkiem jest poszukiwanie wykładni w zgodzie z konstytucją”[32]. U podstaw takiego przekonania leży pogląd, iż zasadniczą funkcją TK jest potrzeba zapewnienia wewnętrznej koherentności systemu prawa[33]. Temu też powinny służyć wszelkie dostępne prawnikowi reguły egzegezy tekstu. Oczywiście utrzymywanie tezy, że stosowanie tych reguł jest tylko techniką służącą zapewnieniu wewnętrznej spójności systemu (a nie jest *sui generis* źródłem prawa), wymaga zaakceptowania założenia o racjonalności prawodawcy.

Tradycyjna, referencjalna koncepcja znaczenia, na jakiej oparta jest powyższa argumentacja (skrótowo rzecz ujmując — znak jako reprezentacja rzeczywistości; odpowiednio, tekst prawny jako wyraz jakiejś „rzeczywistości prawnej”, na przykład tak zwanej woli prawodawcy) jest nieadekwatna wobec współczesnej, wielokulturowej rzeczywistości. W obrębie argumentacji prawniczej koncepcji tej można przypisać racjonalną funkcję (na przykład wygodnie dla prawnika rozkłada ciężar odpowiedzialności za podejmowane decyzje). Jest zresztą charakterystyczne, że chętniej nawiązuje do niej dogmatyka i praktyka prawnicza aniżeli

32 P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady nadrzędności (wybrane problemy)*, Kraków 2003, s. 219. Podobnie sędzia L. Garlicki, powołując się na obszerne orzecznictwo (zob. orzeczenie TK z dnia 28 maja 1997 r., K 26/96, OTK 1997, nr 2, poz. 19).

33 P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady nadrzędności*, s. 219.

teoria prawa[34]. Z empirycznego punktu widzenia mamy tu do czynienia po prostu z wygodną fikcją umiejętnie zakrywaną przez konstrukcję racjonalności prawodawcy. Fikcję tę w wielu wypadkach prawnikowi-praktykowi, poprzez wykorzystanie arsenału dostępnych mu środków egzegezy, udaje się w sposób przekonujący dla środowiska podtrzymywać. Jednak bywają i takie przypadki, w których jest to już mocno wątpliwe[35]. Obie sytuacje prowadzą zresztą do dość paradoksalnych konsekwencji. Trybunał Konstytucyjny — powołując się na argumenty z obszaru kultury prawnej, w tym także na założenie o racjonalności prawodawcy — popada tu bowiem w konflikt z rzeczywistym prawodawcą, który broni „własnego tekstu" (lub określonej, intuicyjnej wykładni tego tekstu) przed jakimś innym tekstem (jego interpretacją?) przypisywanym przez sędziów TK „racjonalnemu prawodawcy". Zróżnicowanie na konstruowane przez doktrynę, jednoznaczne normy prawne oraz bezpośrednio odczytywane przepisy prawne są, jak można sądzić, jednym z objawów takiego podwójnego wyobrażenia o tekście prawnym. Nie powinno zatem dziwić, że rzeczywisty prawodawca — poszczególni posłowie, przyzwyczajeni do „jednowymiarowej rzeczywistości" — bywają zdziwieni uzasadnieniem decyzji TK, w których znajdują argumentację z poziomu jakiejś, nieznanej im, prawniczej „głębszej rzeczywistości" językowej. Który z tych tekstów jest prawem, a który jego reprezentacją? Teoretyk prawa mógłby odpowiedzieć, że prawem są rekonstruowane przezeń normy, a przepisy to techniczny język z poziomu redagowania treści obowiązków ustanowionych przez prawodawcę. Polityk łączył będzie prawo ze swoim własnym aktem performatywnego wykonania kompetencji konstytucyjnych, a argument teoretyka o potrzebie rekonstruowania norm z przepisów potraktuje zapewne jako nadużycie reprezentacji (niezrozumiałe przekształcenie przepisu-komunikatu o prawie w samo prawo). Dobrego rozstrzygnięcia nie ma — i być nie może.

Dla myślenia ponowoczesnego „fundamentalnym zdarzeniem w kulturze staje się uzyskanie przez reprezentację autonomii, przez co odsłonięta zostaje fikcyjność referencji"[36]. W procesie rozwoju prawoznawstwa zjawisko to jest zauważalne w fazie tak zwanego wyrafinowanego pozytywizmu, gdzie tekst prawny (mowa) przestaje być prostym sprawozdaniem o podjętych wcześniej przez prawodawcę

34 Por. na przykład T. Gizbert-Studnicki, *Teoria wykładni Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Teoria prawa. Filozofia prawa. Współczesne prawo i prawoznawstwo*, Toruń 1998, s. 81 i n.

35 L. Morawski zauważa, iż „teksty bywają mądre i bywają głupie, a prawodawcy bywają racjonalni, ale bywają też nieracjonalni i taki powinien być punkt wyjścia dojrzałej teorii interpretacji" — L. Morawski, *Co może dać nauce prawa postmodernizm?*, s. 62.

36 M.P. Markowski, *Krótka encyklopedia postmodernizmu*, [w:] *Postmodernizm. Teksty polskich autorów*, s. 95.

decyzjach (rozkazach), a staje się koniecznym zapośredniczeniem w procesie poznania prawa. W warunkach tych „niemożliwe jest bezpośrednie poznanie aktów woli składających się na prawo. Są one rekonstruowane z języka, w którym uczestnictwo jest możliwe dzięki przynależności do pewnej grupy”[37]. W następstwie tego prawo z istoty swej nabiera cech fenomenu językowego[38], a spory i decyzje prawne stają się aktami społecznej komunikacji w obrębie pewnego akceptowanego przez prawników idiomu. Językowa autonomia prawa prowadzi do środowiskowej autonomii prawników. Prawodawca-suweren odsunięty zostaje na inny, polityczny plan, który oceniany jest przez prawnika jako obcy, a nawet wrogi mu wymiar. Prawnik reprezentować ma zobiektywizowaną naukę i kulturę prawną.

Znak (tekst prawny) nie tylko nie jest traktowany jako odbicie rzeczywistości (woli prawodawcy, suwerena), ale zaczyna ją przesłaniać, maskuje brak związku z rzeczywistością, a wreszcie, może utracić wszelki związek z rzeczywistością[39]. Jeżeli przyjmiemy, że cechą społeczeństwa ponowoczesnego jest ogólny kryzys (emancypacja) reprezentacji, to oznaczać to będzie w takim samym stopniu kryzys legitymizacji polityki (miejsce deklarowanych programów i wartości zajmuje medialna popularność), nauki (prawda zastępowana ilością cytowań), jak i wreszcie prawa (z jednej strony sprawiedliwość rozmywana w sporach o koncepcję normy, a z drugiej strony chętnie „wymierzana” na konferencjach prasowych). Teza o autonomii reprezentacji pozwala przynajmniej zrozumieć konflikt między politykami i prawnikami (ze znaczącym udziałem naukowców). Czy możliwy jest „powrót do rzeczywistości”? Wydaje się, że w wersji właściwej dla pozytywizmu prawniczego już nie, gdyż wymagałby rehabilitacji przekonań opartych na pozytywizmie pierwotnym — do czego na pewno środowisko prawnicze nie byłoby skłonne (choćby ze względu na utratę władzy związaną z powrotem do pozycji „tłumacza”).

Atrakcyjniejszą odpowiedź na ten dylemat *prima facie* zdaje się dostarczać idea powszechnego konsensusu. Tym mianowicie,

---

37 *Ibidem*, s. 33.

38 M. Zirk-Sadowski, *Prawo a uczestniczenie w kulturze*, Łódź 1998, s. 28.

39 Według M.P. Markowskiego (*Krótka encyklopedia postmodernizmu*, s. 95) tak zwana autonomia reprezentacji ma przebiegać w czterech fazach: a) znak przestaje być bezpośrednim odbiciem rzeczywistości, ale jej „głębszego wymiaru”, b) znak przesłania i wynaturza głębszą rzeczywistość, c) znak maskuje brak związku między nim a rzeczywistością oraz d) znak traci wszelki związek z rzeczywistością. Podział na przepisy i normy prawne, połączony na przykład z koncepcją idealizacyjną teorii wykładni L. Nowaka, mógłby być egzemplifikacją fazy a. Warunkowe odrzucenie założenia o racjonalności prawodawcy przez L. Morawskiego (*Co może dać nauce prawa postmodernizm?*) mogłoby uchodzić za reprezentację fazy b. Zjawisko określane jako ustawodawstwo symboliczne lub pozorne można usytuować w wariancie c. Faza d to już Baudrillardowskie *simulacrum*. Z ostrożności nie podejmuję się wskazywać na przykłady.

co z perspektywy ujęcia komunikacyjnego wydaje się najistotniejsze, jest fakt, że wszystkich uczestników życia prawnego można tu potraktować jako podmioty zbiorowego dyskursu, uczestniczące w publicznej debacie nad treścią obowiązującego prawa. Przyznane przez prawo kompetencje (sądów, organów administracji, TK, parlamentu) wyznaczają odmienne role, które jednak obligują wszystkie te podmioty do działań w podobnym kierunku: organy stosowania prawa do interpretacji zgodnej z zasadami konstytucyjnymi, TK do kontroli poprawności tych interpretacji z możliwością wydania orzeczenia wykładniczego lub uchylenia przepisu niezgodnego z konstytucją, wreszcie prawodawcę, do wykonywania swoich kompetencji w zgodzie z regułami i zasadami zawartymi w konstytucji (do takiego formułowania tekstu prawnego, aby umożliwiał on wykładnię zgodną z konstytucją). Teoria prawa miałaby tu formułować warunki poprawnej komunikacji, a doktryna prawnicza definiować środowiskowo akceptowalne rozumienie słownika składającego się na język debaty publicznej. Pojmowana instrumentalnie racjonalność prawodawcy zastąpiona tu zostaje wariantem racjonalności komunikacyjnej.

Z perspektywy ponowoczesnej zmiana ta nie stanowi jednak radykalnego przełomu. Samo bowiem uznanie, że jakiś przepis jest lub nie jest zgodny z konstytucją nie wydaje się szczególnie istotne, podobnie jak krąg podmiotów zaangażowanych lub aprobujących takie rozstrzygnięcie. Ważniejsza jest zasada, iż powinno się dążyć do powszechnie uznawanych poglądów interpretacyjnych. Nie chodzi zatem o kompetencję do podejmowania decyzji, ale o sposób uzasadniania jej wykonania. Wrażliwość postmodernistyczna pokazuje nam, że nie jakakolwiek próba straży praw spotyka się z zarzutem władczej opresji, ale przede wszystkim ta ukryta (widoczna przede wszystkim na poziomie interpretacji tekstu)[40]. Dlatego też umocowanie Trybunału do orzekania zgodności lub niezgodności ustaw z konstytucją możemy uznać za rodzaj prawnej metareguły służącej rozwiązywaniu rozstrzygalnych sporów prawnych (*litige*), natomiast już postulowany przez doktrynę, a niemający wprost umocowania w konstytucji, wymóg interpretowania ustaw w zgodzie z ustawą zasadniczą może być potraktowany jako otwarcie pola do ryzykownego zatargu niepodlegającego standardowej regule prawnej (*différend*)[41]. W tym drugim przypadku

40 „Interpretacja nie jest stopniowym wydobywaniem na jaw jednego ukrytego znaczenia, docieraniem do źródła wszystkich odpowiedzi, lecz aktem przemocy, zawładnięciem systemem prawideł [...]" — M. Foucault, *Filozofia, historia, polityka. Wybór pism*, Warszawa 2000, s. 28.

41 „Właściwością sądu jest istnienie wspólnego gruntu, do którego odnoszą się obie strony i który stanowi podstawę orzekania prawa. Przypadki, w których warunek ten nie jest spełniony,

rozwiązania nie będziemy przecież szukać w prostej metaregule prawnej, ale w niekonkluzywnych, quasiprawnych zasadach, wartościach konstytucyjnych oraz poglądach doktryny dotyczących pojmowania państwa prawa. Oczywiście akt wykonania kompetencji, stwierdzający konstytucyjność lub niekonstytucyjność ustawy, zakłada określoną interpretację konstytucji (ustawy), co ujawnia się w uzasadnieniu, a co może być (i często jak wiadomo bywa) źródłem odrębnego zatargu. Konflikt pomiędzy praktycznymi postulatami kierowanymi wobec Trybunału (sprawiedliwość) i oczekiwaniami adresowanymi wobec nauki prawa (prawda) przenika się nawzajem i nie jest chyba możliwy do oddzielenia[42]. Być może odebranie w 1997 roku TK formalnej kompetencji do dokonywania powszechnie obowiązującej wykładni prawa było swoistym znakiem czasu — okolicznością, która choć nie zlikwidowała ryzyka nierozstrzygalnych konfliktów, to jednak sprzyjała względnej separacji *litige* wobec *différend*, była krokiem w kierunku wyemancypowania „gry o sprawiedliwość" z „gry o prawdę".

W ponowoczesnych dyskusjach nad funkcją nauki nie kwestionuje się obecności naukowego języka jako narzędzia artykulacji poglądów i stanowisk, a tym samym również potrzeby budowania w ramach tego języka odpowiedniej teorii interpretacji. Walczy się jedynie z uniwersalistycznymi roszczeniami argumentacji — dominacją określonych idiomów uprawiania nauki czy poglądów na interpretację, czemu służyć ma również separacja różnych „gier językowych". Reguły zatem obowiązują, ale mają z natury rzeczy lokalny, środowiskowy charakter. Do ich przestrzegania trzeba przekonać partnerów, nie tyle jednak w imię prawdy, co wspólnoty niezbędnej dla uprawiania zbiorowej przyjemności, jaką jest debata naukowa. Wątpliwą jest natomiast porządkująca i legitymizująca funkcja nauki wobec praktyki społecznej. Również prawoznawstwo nie jest po to, aby dostarczać języka, który by prowadził do jakiegoś geometrycznego obrazu porządku prawnego. A nawet — w duchu pragmatyki — język nauki prawa nie powinien pełnić roli medium zdolnego wyrażać potrzeby wolnych jednostek i grup, jeżeli za tym ostatnim postulatem kryć by się miało roszczenie do akceptacji tego języka przez drugą stronę sporu (oznaczałoby to bowiem uniwersalizację

oczywiście nie podlegają procedurze sądowej" — W. Welsch, *Nasza postmodernistyczna moderna*, s. 350 — pogląd przypisany przez autora J.-F. Lyotardowi.

42 Jak zauważa W. Welsch, autor zaliczany do kręgu postmodernistów i otwarcie sympatyzujący z Lyotardem, „w rzeczywistości autonomia i heterogeniczność [...] rodzajów dyskursów nigdy nie jest absolutna, jak to Lyotard sugeruje" (*ibidem*, s. 353); i w innym miejscu: „albo opowiadamy się za ścisłą autonomią i heterogenicznością, lecz wówczas nie tylko instytucja sądu nie jest możliwa, ale nawet samo oczekiwanie rozsądzania jest niesłuszne, a prawna interpretacja problemów jest z gruntu chybiona" (*ibidem*, s. 350).

idiomu, przemieszczenie go z kontekstu, w którym powstał na inny, a więc jego opresywne użycie). Podważa to faworyzowany, szczególnie na gruncie polskiej teorii prawa, „wolnościowy" mit o regulatywnej roli Habermasowskiej koncepcji idealnej sytuacji komunikacyjnej wraz z ideą konsensu[43] — a przynajmniej zdolność tej koncepcji do pełnienia roli eksplanacyjnej wobec wszelkich prawniczych sytuacji użycia języka[44]. Zainspirowany Wittgensteinem, a chętnie przywoływany przez literaturę postmodernistyczną, w tym także Lyotarda[45], pogląd, iż gry językowe są formą społecznego działania, jeszcze bardziej zawęża znaczenie idei konsensu. Każda wypowiedź jest zachowaniem się w obrębie gry. O ile jednak gra o sprawiedliwość (dyskurs prawny) zorientowana jest na rezultat (sukces, porażka) — a akceptacja takiego wyniku wymaga uprawomocnienia w jakiejś metaregule (na przykład w uznaniu kompetencji TK do rozstrzygania sporów) — o tyle już uprawianie nauki nie zakłada rozstrzygnięcia, a tym samym potrzeby uprawomocnienia. Spór naukowy zakończony rozstrzygnięciem lub inaczej pojętym „powszechnym konsensusem" oznaczałby bowiem koniec nauki. Uprawianie nauki jest raczej obecnością poprzez język w środowisku, a każdy głos w dyskusji naukowej jest śladem takiej obecności. Postmodernistyczny dyskurs naukowy, choć intencjonalnie jest „mówieniem o czymś", od samego początku jest zamaskowanym „mówieniem o sobie samym". Z uprawianiem nauki jest podobnie jak z biblijnym słowem: jest ono samo w sobie aktem sprawczym będącym jednocześnie sztuką i rzeczywistością, znakiem i desygnatem.

Pod tym względem w debatach naukowych i politycznych znaleźć można więcej cech podobnych aniżeli w sporach mających miejsce przed sądami i trybunałami. Ogólnie akceptowany w środowisku prawniczym postulat separowania praktyki prawniczej od polityki wymagałby wtedy rozszerzenia o — chyba trudniejszy do zaakceptowania w elitach tego środowiska — postulat separowania profesorów prawa od wpływu na prawodawców, sądy i trybunały.

---

43 „Doceniam szlachetne intencje Habermasa, ale po latach dostrzegam jego projekt jako przedsięwzięcie chybione [...]. Dążenie do eliminacji sporu na rzecz porozumienia (konsensu) jest w tym kontekście dążeniem do likwidacji samej polityki [...], to, co najtrudniejsze do uzgodnienia jest już bowiem uzgodnione z góry" — A. Szahaj, *Czy potrzebujemy konsensusu*, [w:] *Przełom komunikacyjny a filozoficzna idea konsensu*, red. B. Sierocka, Wrocław 2003, s. 191 i n.

44 „Co zaś do uniwersalności zasad komunikacji językowej, na których opiera się cała konstrukcja Habermasa, to trzeba zauważyć, że dotyczy ona najprawdopodobniej tylko pewnego specyficznego sposobu komunikowania się, typowego dla nowożytnej kultury europejskiej. Chociaż nawet tutaj nie każde mówienie bywa zarazem argumentowaniem, to jednak niewątpliwie argumentacyjna funkcja mowy wysuwa się na czoło" — *ibidem*, s. 197.

45 Zob. J.-F. Lyotard, *Kondycja ponowoczesna*, s. 44.

Czy prawo może być praktyką partykularną? W związku z koncepcją juryscentryzmu*

Współczesna dyskusja wokół juryscentryzmu wydaje się symptomatyczna dla momentu historycznego, w jakim znalazła się współczesna teoria i filozofia prawa. Tradycyjne spory zdają się zanikać. Tak jak klasyczne systemy filozoficzno-prawne odchodzą na drugi plan — a dzisiaj, może poza dydaktyką, już mało kto jest zainteresowany sporem między pozytywizmem prawniczym i prawem natury (wszystkie bardziej wpływowe poglądy sytuują się gdzieś w ramach tak zwanej trzeciej drogi bądź są ujmowane jako wyraz ewolucji koncepcji wcześniejszych) — tak też, gdy chodzi o przyjmowane podejścia badawcze, zastane opozycje teoriopoznawcze (naturalizm — antynaturalizm, lingwistyka strukturalna — socjolingwistyka, deskrypcjonizm — rekonstrukcjonizm) zdają się tracić swoją siłę jako konkurencyjne kategorie poznawcze. Jeszcze do niedawna, wydawałoby się adekwatne poznawczo, nazywanie twierdzeń aspirujących do całościowej refleksji o prawie przy użyciu metafory „trzeciej drogi" również nie wydaje się już odpowiednie. Multiplikowanie różnych wariantów myślenia o prawie w duchu idei konwergencji zakłada przecież, że wyjściowe, tradycyjne koncepcje prawa jako pewne modele rzeczywistości mają się zasadniczo dobrze, a jedynie wzrastająca złożoność praktyki prawniczej w multikulturowym świecie zmusza do adaptacji takich (upraszczających rzeczywistość) modelowych ujęć.

Jeszcze jakiś czas temu byłbym zasadniczo skłonny uznać teoretyczną (a przynajmniej heurystyczną) doniosłość propozycji zróżnicowania prawniczych procedur badawczych realizowanych na potrzeby ogólnej refleksji o prawie na poglądy budowane „od prawa ku filozofii" oraz na takie, które idą w kierunku przeciwnym, to jest od „filozofii do prawa"[1].

---

* Tekst pierwotnie opublikowany w: *Profesjonalna kultura prawnicza*, red. M. Pichlak, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2012, s. 37–59.

1 M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Kraków 2000.

Obecnie — a skłania mnie do tego między innymi wyzwanie teoretyczne, jakim jest juryscentryzm — i tutaj można mieć wątpliwości. Bo przecież w obu kierunkach postępowania zakładamy, że refleksja z zakresu jakiejś (jakiejkolwiek) filozofii ogólnej jest dla rozważań o prawie czymś nieuchronnym, tyle że wektor narzucający kierunek prawniczego postępowania może być różny. Juryscentryczna koncepcja prawa może być dowodem na to, że ogólne rozważania o prawie i prawoznawstwie — bliższe raczej filozofii prawa (politycznej filozofii prawa) aniżeli tradycyjnie pojmowanej teorii — wcale nie muszą być oparte na założeniach określonej koncepcji filozoficznej ani też do budowania tego rodzaju ogólnofilozoficznej refleksji prowadzić. Pod tym względem juryscentryczna argumentacja, choć ma pewne wiodące filozoficzne inspiracje, wydaje się jednak dość eklektyczna. Korzysta bowiem z wielu, często odległych od siebie, nurtów i poglądów filozoficznych i socjologicznych, dobierając je — a nierzadko także polemizując z nimi — głównie po to, aby niejako „z zewnątrz" wzmocnić argumentację na rzecz przekonań juryscentrycznych. Nie jest też łatwo usytuować omawianą propozycję w obrębie zastanych koncepcji prawa. Niewątpliwie daje się ona lokować w ramach tych ujęć, które opowiadają się na rzecz autonomii prawa i praktyki prawniczej. Osobną kwestią jest związek juryscentryzmu z postmodernizmem. Związek taki można, moim zdaniem, dostrzec, ale jest on dość zawiły — powiedziałbym, że „trudny", tyleż dla juryscentryzmu inspirujący w pewnych obszarach, co myśli ponowoczesnej jawnie niechętny w innych. Ta ostatnia kwestia będzie się notorycznie pojawiać w tle niniejszych rozważań.

Rozważania o juryscentryzmie w ujęciu zaproponowanym przez A. Kozaka — pokazują, że możliwa jest postawa odsuwająca na drugi plan troskę o konsekwencje prowadzonych rozważań wobec zastanych prawniczych systemów teoretyczno-filozoficznych czy koncepcji znanych z historii myśli filozoficznej. Zasada konsekwencji nie jest tym, co w myśl juryscentryzmu powinno najbardziej obchodzić teoretyka i filozofa prawa. Współcześnie stoją bowiem przed nim zadania dużo ważniejsze aniżeli obawa przed krytyczną metanauką (filozofią), kontrolującą uprawianie metanauki kontrolującej wewnętrzną spójność prowadzonych rozważań czy stawiająca pytania „o kierunek, w jakim zmierza współczesne prawoznawstwo". Jak bowiem napisał kiedyś Z. Ziembiński w ostatnim zdaniu jednej ze swoich książek — co zabrzmiało jako swoiste memento, choć dotyczyło już minionego okresu — są takie momenty historyczne, gdy potrzebny jest „dystans abstrakcji". „Jest bowiem czas tworzenia i czas porządkowania"[2]. Można odnieść

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

wrażenie, że czasy nam współczesne, jak mało które, słabo poddają się potrzebie pojęciowego porządkowania i systematyzacji.

Idea juryscentryzmu A. Kozaka niewątpliwie nie wpisuje się w „czas porządkowania". Wyrasta z troski o prawo i praktykę prawniczą we współczesnym świecie, jest próbą zajęcia stanowiska w warunkach kryzysu tradycyjnych legitymizacji prawa — dodatkowo wzmacnianego, z jednej strony, dość powszechnym przekonaniem o nieuchronnej dominacji polityki nad prawem, a z drugiej, argumentacją ponowoczesną, co do zasady niechętną próbom ugruntowywania czegokolwiek, co sytuuje się w obszarze humanistyki. Współczesne prawoznawstwo, z przyczyn przez siebie „niezawinionych", znalazło się w takich kleszczach (a jeżeli już dostrzegać tu jakieś przyczynienie, to chyba tylko przez nazbyt mocne zaangażowanie się w analityczną teorię prawa, co nie pozwoliło dostrzec zagrożenia). Przekonanie, że naukowej i zawodowej praktyce prawniczej potrzebny jest jakiś mocny punkt oparcia — a dostarczyć jej powinna zintegrowana z praktyką ogólna nauka o prawie — wydaje się zasadniczym zadaniem, jakie stawia przed sobą juryscentryczna koncepcja prawa.

Roli takiej nie może już współcześnie spełniać założenie o racjonalności prawodawcy. I wcale nie najważniejszą kwestią jest to, że pojęcie racjonalności z przyczyn niejako „zasadniczych" coraz trudniej jest tolerowane z perspektywy ponowoczesnej. Dla środowiska prawniczego nie dylematy postmodernistów wydają się najważniejsze (to na przykład, na ile założenie o racjonalności prawodawcy mistyfikuje praktykę prawniczą, ukrywając jej kreatywny i władczy charakter). Środowisko prawnicze bardziej obchodzą jego własne kłopoty — w tym dwa wydają się zasadnicze. Pierwszy, to kłopot z polityką — politycznym prawodawcą, którego zmiennych i nieprzewidywalnych działań prawnik nie jest często już w stanie korygować w ramach założenia o racjonalnym prawodawcy. Skala błędów i niekonsekwencji — czy po prostu trudnych politycznie wyborów i okazjonalnych kompromisów — staje się niekiedy niemożliwa do skorygowania (przysłonięcia) na poziomie egzegezy tekstu, z powołaniem się na założenie o racjonalności prawodawcy. U podstaw idei juryscentryzmu legło przekonanie o potrzebie politycznej emancypacji prawników, pokazania, na czym polega rzeczywista rola prawnika i jego warsztatu w procesie komunikacji między parlamentem i sędzią. Prawnik nie chce już być anonimowym, „rozszerzonym biurem legislacyjnym" parlamentu, ale politycznie odrębnym bytem, ponoszącym odpowiedzialność już tylko za własne zawodowe zabiegi dokonywane na tekstach prawnych. Sprzyjają temu już od dłuższego czasu obecne na gruncie humanistyki teorie interpretacji, uwalniające rozumienie komunikatu

językowego od jego nadawcy (począwszy od R. Barthes'a, pomysłodawcy idei „śmierci autora" tekstu). W juryscentryzmie A. Kozaka demonopolizacja władzy nad porządkiem prawnym nie oznacza jednak podzielenia się przez parlament władzą polityczną z prawnikiem, ale raczej oznaczać ma odpolitycznienie czy wyhamowanie polityczności prawa. Prawnik powinien raczej stabilizować prawotwórstwo rozchybotane przez rozpolitykowany parlament, aniżeli wprawiać go w jakiś konkurencyjny ruch. Racjonalność prawodawcy miałaby tu być zastąpiona racjonalnością prawniczą (pojawia się metafora „rozumu prawniczego").

Drugi kłopot, otwierający drogę do juryscentryzmu, to problem z analitycznością nauk prawnych. Dorobek analitycznego nurtu nauk prawnych okazuje się być najmocniejszym i niewykorzystanym w pełni do tej pory atrybutem w prawniczym dyskursie o władzy. Odrzucając bądź limitując zasięg wykorzystania w praktyce zawodowej założenia o racjonalności prawodawcy, prawnik niejako przeformułował dotychczasową funkcję analitycznego dorobku teorii prawa. Wcześniej, jeszcze w duchu Kantowskiej teorii poznania, aparatura pojęciowa nauk prawnych, głównie ta związana z teoriami wykładni tekstów prawnych — była urabiana jako pewna quasiaprioryczna forma służąca poznawaniu (porządkowaniu) danych językowych zawartych w tekstach prawodawcy. Analityczna nauka prawa znakomicie separowała się tu od polityki. Okazało się jednak już dość dawno (L. Nowak), że teoria wykładni nie jest teorią historycznego prawodawcy, a czynności prawnika nie są prostą deskrypcją faktów językowych udostępnianych prawnikowi przez odpowiednie akty promulgacji, ale w gruncie rzeczy mamy tu do czynienia z teorią adaptacyjną, aplikującą przy użyciu dostępnego prawnikowi warsztatu analitycznego potencjalne rozstrzygnięcia interpretacyjne na potrzeby definiowane przez samego interpretatora[3]. W tej sytuacji oczekiwanie, że teoria prawa może być li tylko neutralną teorią „form pojęciowego porządkowania" językowych wytworów pochodzących od prawodawcy nie było już możliwe do utrzymania. Powoływanie się przez egzegetów tekstów prawnych na założenie o racjonalności prawodawcy stało się w jakiejś mierze już tylko ideologicznym podtrzymywaniem samej zasady „zachowania władzy" przy państwowym prawodawcy. Juryscentryzm jest, jak się wydaje, zapowiedzią definitywnego rozwodu teorii prawa z ideologią państwowego monopolu na władztwo nad prawem. Pod tym względem — przez to, że jest bliżej prawniczej rzeczywistości — wydaje się etycznie uczciwszy aniżeli tak zwany prawniczy

3 L. Nowak, *Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawoznawstwa*, Warszawa 1973, s. 175 i n.

pozytywizm wyrafinowany, ukrywający za rozbudowanymi badaniami analitycznymi rzeczywisty podział władzy normodawczej pomiędzy prawodawcą i prawnikiem.

Sensowne w takiej sytuacji staje się pytanie: co w zamian? W jaki sposób można ominąć zarzut, iż delegitymizacja państwowego władztwa nad tekstem prawnym będzie prowadzić bądź to do anarchizmu interpretacyjnego, bądź też do powstania społecznie niekontrolowanej prawniczej (sędziowskiej) dyskrecjonalności? Juryscentryczną odpowiedzią ma być zawodowa praktyka prawników, społecznie ugruntowana w zastanych instytucjach — pojmowanych szeroko jako głównie doktrynalne (naukowe i orzecznicze) standardy interpretacji i stosowania prawa, historycznie ukształtowane w kulturze prawnej, ze szczególnym akcentem położonym na dorobek analitycznej teorii prawa. Chodzi tu nie tylko o doniosłość faktyczności (przeszłości) w kształtowaniu zachowań prawniczych oraz kultury prawnej pojmowanej jako niedyspozytywna tradycja, ale przede wszystkim o rolę środowiska prawniczego. Ma ono stać się wyłącznym użytkownikiem analitycznych narzędzi „badawczych", co nie tylko pozwoli prawnikowi być obecnym w „świecie prawa", ale przede wszystkim trzymać swoistą pieczę nad tymi narzędziami, bronić procedur i wewnętrznych wartości prawa przed zakusami innych środowisk, głównie polityków. Juryscentryzm nie tylko zatem aspiruje do diagnozowania zastanej praktyki prawniczej, ale swoje tezy traktuje jako rodzaj zobowiązania.

W czasach zaniku tradycyjnych fundamentów aksjologicznych — twierdzi A. Kozak — prawo i powiązana z nim wiedza prawnicza są i zapewne pozostaną lokalne. Stawia to prawnika w epistemologicznie uprzywilejowanej roli. Jest to niewątpliwie niedemokratyczna sytuacja („społeczna wiedza potrzebna do uruchomienia prawa [...] stała się własnością partykularnej grupy"[4]). Władza prawników nieodwracalnie uwolniła się spod kontroli społecznej. Podział pracy rozszczepił uniwersa znaczeniowe na partykularne narracje. Jednak deuniwersalizacja idei prawa nie oznacza jej subiektywizacji, a tym samym nie musi prowadzić do decyzyjnej dyskrecjonalności. Pozostają bowiem niedyspozytywne instytucje, które — z jednej strony — gromadzą w sobie historyczne doświadczenia prawnicze, a z drugiej — definiują dopuszczalne sposoby działania współczesnych prawników. Społeczne (środowiskowe) struktury instytucjonalne legitymizują ich bieżącą praktykę zawodową, uwalniając ją zarazem od zarzutu dyskrecjonalności i polityczności.

4 A. Kozak, *Myślenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej*, wstępem opatrzył A. Bator, do druku przygotował M. Pichlak, Wrocław 2010, s. 49.

Mamy tu do czynienia ze zjawiskiem, które można chyba nazwać uspołecznieniem filozoficznej idei transcendentalizmu. Kategorie służące pierwotnie jako narzędzia identyfikacji warunków poznania, a później także poznania-działania poszczególnych jednostek, stają się, poprzez społeczny podział pracy, kryteriami decydującymi o przynależności do grupy, a także wyrazem jej autonomii wobec społecznego otoczenia. Zawodowa pragmatyka prawnicza, zbudowana w głównej mierze na podstawie dorobku analitycznej teorii prawa, wykreowuje zjawisko, które autor odważnie nazywa — za C. Martyniakiem — „rozumem prawniczym”[5].

Uspołecznienie ma tu zatem partykularny charakter. Pozwala oddalić zarzut dyskrecjonalności prawnika (sędziego decydenta), nie uchyla jednak zarzutu społecznej alienacji prawa i prawników. Emancypacja światopoglądowa i środowiskowa jest, zdaniem autora, tyleż stanem faktycznym, co pożądanym. Prawnicy z ich analitycznym „rozumem” wpisują się w ponowoczesną diagnozę o lokalnych narracjach i ukrywającej się za nimi walce o władzę. Od myślicieli z kręgu postmodernizmu różni A. Kozaka to, iż ci pierwsi zasadniczo nie czynią sobie złudzeń co do perspektyw wyjścia z izolacji stwarzanej przez tego rodzaju wyizolowane spojrzenia na świat, gdy tymczasem A. Kozak ufa jeszcze w to, że „rozziew pomiędzy powszechnością działania prawa oraz ekskluzywnością umiejętności pozwalających zachować wpływ na owo działanie, generuje silne polityczne napięcie, które musi być w jakiś sposób rozładowane [...]”[6]. U podstaw takiego zaufania leży, jak można sądzić, przekonanie, że prawo wraz ze współkształtującym go „rozumem prawniczym” — ze względu na siłę społecznego oddziaływania — nie może być po prostu zepchnięte do poziomu jakiejś jednej z wielu narracji o świecie. „Myślenie prawnicze” poprzez partycypację w procesie podejmowania decyzji prawnych nie może służyć egoistycznym celom prawnika czy jego środowiska zawodowego, gdyż jest rodzajem roli społecznej.

Pytanie, jak wyjść z tego zapętlenia, ma jednak, zdaniem A. Kozaka, charakter już wyłącznie polityczny i socjotechniczny, a nie badawczy czy filozoficzny. „Wszystko, co można osiągnąć, to wynegocjowanie takiej idei, której społeczne konsekwencje będą akceptowalne dla głównych grup interesów, uwikłanych w grę władzy. I tu pojawia się miejsce dla filozofii prawa, która w tych procesach ma do odegrania kluczową rolę”[7]. Jednocześnie autor pisze, że „struktura i treść [myśli prawniczej — A.B.]

5 *Ibidem*, s. 50.
6 *Ibidem*, s. 51.
7 *Ibidem*, s. 52.

nie mają charakteru przygodnego, lecz — w znacznym stopniu — konieczny, ukształtowany przez społeczny kontekst. Ten punkt nie podlega negocjacjom, podobnie jak nienegocjowalne są prawa przyrody”[8]. A jeśli tak, to można już mieć jednak wątpliwości, czy filozof prawa przez to, że tkwi — a tak sytuuje go A. Kozak — wewnątrz prawniczej struktury instytucjonalnej (filozofia ogólna uznawana jest tu bowiem za „intruza”), nadaje się do pełnienia roli niezaangażowanego negocjatora wobec pozostałych grup interesów. Jego sytuacja staje się tym bardziej trudna, i dwuznaczna zarazem, że — jak już wiemy — w „negocjacjach” tych nie reprezentuje on możliwych do miarkowania (ustępstw) interesów środowiska, ale wiedzę „podobną prawom przyrody”. Na czym więc te negocjacje miałyby polegać? Na artykulacji swojego stanowiska, pedagogicznej misji filozofii prawa wobec politycznego i ekonomicznego otoczenia czy uzgadnianiu granic prawa wobec pozostałych praktyk społecznych? Wydaje się, że po trosze na każdej z tych ról, jednak najbardziej chyba na tej ostatniej[9]. Daje to w sumie agonistyczny obraz relacji pomiędzy prawem (prawnikami) a pozostałymi dziedzinami praktyki społecznej. Konflikt ten zasadniczo nie daje się przezwyciężyć, a zadaniem filozofii prawa powinno być wyjaśnienie w publicznej dyskusji „naszego, prawniczego stanowiska” społecznemu otoczeniu. „W ten sposób filozof prawa staje się tłumaczem”[10].

Zakwestionowanie konsensu oraz wcześniejsza deuniwersalizacja idei prawa oznaczają, że „filozoficzne tłumaczenie” prawa będzie dalekie nie tylko od Platońskiej wizji dialogu jako medium ostatecznej prawdy, ale także prawdy jakkolwiek rozumianej. Na myśl przychodzi w tej sytuacji jedynie pomysł filozofii „konwersacyjnej” R. Rorty’ego, zgodnie z którą filozofowanie jest ciągiem aktów niedowodliwej „wiary”, u podstaw której leży nie jakakolwiek istota czy prawda, ale samo uprawnienie do określonych przekonań, na które zezwalają nam współcześnie obowiązujące standardy[11]. Akt tłumaczenia jest tu bardziej ugruntowaniem wiary samego tłumacza (reprezentowanego środowiska), a dla otoczenia zaznaczeniem obecności mówiącego w życiu społecznym aniżeli potrzebą

---

8 *Ibidem*, s. 51.

9 Por. *ibidem*, s. 58.

10 *Ibidem*, s. 59 i 230.

11 Zob. R. Rorty, *Filozofia i zwierciadło natury*, przeł. M. Szubiałka, Warszawa 1994, s. 345 i n. „Konwersacja nie jest przedsięwzięciem mającym na celu zewnętrzne korzyści, nie jest konkurencją [...] ani egzegezą; jest to spontaniczna przygoda intelektualna. Konwersacja przypomina hazard, ponieważ jej znaczenie nie polega na wygrywaniu czy przegrywaniu, lecz na uczestnictwie w niej” — A. Chmielewski, *Społeczeństwo otwarte czy wspólnota. Filozoficzne i moralne podstawy nowoczesnego liberalizmu oraz jego krytyka we współczesnej filozofii społecznej*, Wrocław 2001, s. 53 (autor przedstawia w ten sposób poglądy na ideę rozmowy M. Oakeshotta).

skutecznego wyjaśniania, nie mówiąc już o akceptacji po drugiej stronie. Można odnieść wrażenie, że tak pojmowany juryscentryzm odsłania prawo i prawoznawstwo na ponowoczesną krytykę, pokazuje bowiem, że „myślenie prawnicze" ujmowane jest w narrację, która jest z natury swej lokalna, zamknięta, kompletna i władcza w swoich następstwach wobec społeczeństwa, a dodatkowo jeszcze ukrywa się pod stygmatem nauki. Mamy tu do czynienia z typową, niedemokratyczną „wiedzą-władzą", a więc zjawiskiem tak chętnie demistyfikowanym przez zwolenników myśli ponowoczesnej. Juryscentryzm uwalnia ewentualnych ponowoczesnych dekonstruktorów od zadania „demistyfikacji" władzy prawników, ukrywającej się za pozornie neutralną aparaturą pojęciową nauki prawa. Artur Kozak o prawie i prawoznawstwie twierdzi niemal wszystko to, co zazwyczaj przy okazji innych praktyk artykułują zwolennicy ponowoczesności — z tą jedną, ale dość zasadniczą różnicą, że komentowany stan rzeczy uważa za naturalny, godny aprobaty[12], a jego utrwalanie nawet za swoistą społeczną misję prawników.

Koncepcja społecznego ugruntowania prawa i praktyki prawniczej poprzez instytucjonalizację zachowań prawniczych, usytuowanie ich w ramach niedyspozytywnej nauki i kultury zawodowej choć nie służy społecznej integracji prawników z otoczeniem, to jednak petryfikuje tę praktykę, czyniąc ją przewidywalną i bezpieczniejszą dla środowiska nieprawniczego. „Władza prawnicza" nie jest przez to władzą osób, lecz władzą niestanowionych reguł, będących koniecznym dopełnieniem władzy prawodawczej. Dzięki temu juryscentryzm zasadniczo niekonfliktowo wpisuje się w koncepcję państwa prawa. Pomimo że reguły te nie są wprost kierowane do prawodawcy (kultura prawna to medium niezbędne w procesie każdorazowego przekraczania „prawniczej transcendencji" pomiędzy dziedziną faktów parlamentarnych, to jest ustawą, i faktami sądowymi, czyli wyrokowaniem[13]), to jednak również z perspektywy prawodawcy standardy tego rodzaju będą pełnić doniosłą rolę, a mianowicie zewnętrznych uwarunkowań, z którymi musi się on co najmniej liczyć. Autonomiczny charakter tych reguł wobec „politycznego prawodawcy" staje się czynnikiem sprzyjającym postulatowi państwa prawa. O ile jednak władza prawodawcy i pochodzące od niej wytwory są legitymizowane przez zewnętrzne, narzucone prawodawcy demokratyczne procedury i instytucjonalne uwarunkowania, o tyle powstaje pytanie, co ma pełnić podobną rolę w przypadku władzy

12 A. Kozak, *Myślenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej*, s. 59, zob. przypis redaktora.

13 Por. *ibidem*, s. 63.

prawników. Trzeba się zgodzić z omawianym autorem, że współczesna zawodowa praktyka prawnicza jest, i zapewne pozostanie, „partykularna”[14]. Odpowiada to czasom, w których żyjemy i, jeżeli zechcemy potraktować stwierdzenie to jako diagnozę rzeczywistości, trudno się z nią nie zgodzić. Twierdzenie o partykularnej naturze zawodowej (naukowej, orzeczniczej, komentatorskiej) praktyki prawniczej zbiega się z innym jeszcze, dość powszechnym przekonaniem, a mianowicie, że współcześnie nie jest możliwe odseparowanie od siebie sądów wyrażanych przez prawnika o prawie, w obrębie którejkolwiek z wyróżnionych ról, od samego prawa. Teksty doktryny prawniczej żywią się, z wzajemnością, tekstami pochodzącymi od prawodawcy, tworząc razem to, co bywa określane władztwem prawniczym. Oczywiście nie jest to dla prawoznawstwa jakaś nowa konstatacja, a przeciwnie — jest ona znana z wielu historycznych, a już w szczególności współczesnych sposobów konceptualizacji prawa. W manierze ponowoczesnej bywa to nazywane „tekstualnym sposobem istnienia rzeczywistości”[15]. W juryscentryzmie oba te wymiary prawa i praktyki prawniczej (lokalność praktyki oraz prawnicze władztwo nad prawem-tekstem) zbiegają się, co ma bardzo istotne konsekwencje. Aktywność pewnego środowiska zawodowego, realizowana w obrębie zamkniętej wspólnoty, rzutuje w swoich władczych skutkach na sytuację osób (adresatów obowiązków prawnych) do tej wspólnoty nienależących. Powstaje w tej sytuacji, naturalne dla każdej teorii i filozofii prawa, pytanie o legitymizację tego rodzaju władzy. Być może samym prawnikom, usytuowanym wewnątrz prawniczej struktury instytucjonalnej, odpowiedź na to pytanie nie jest konieczna, jednak ze strony nieprawników takie pytanie jest jak najbardziej zasadne.

„Myślenie prawnicze”, skoro partycypuje we władztwie prawnym, powinno ponosić konsekwencje ocen i roszczeń, które tradycyjnie przypisywane są prawu. Innymi słowy, prawo i realizująca je zawodowa praktyka prawnicza, w tym także prawoznawstwo aktywnie zaangażowane w proces rozumienia języka prawnego i prawniczego, nie mogą być traktowane jedynie jako jeden z konkurencyjnych, dających się zrelatywizować czy zastąpić innym, sposobów myślenia o rzeczywistości, gdyż fundują rozstrzygnięcia, które w sposób już jawny mają udział w realizacji sprawiedliwości. Tradycyjna nauka, która dzięki kryterium prawdy mogła służyć jako sposób legitymizacji decyzji prawodawczych (na przykład model tworzenia prawa oparty na racjonalności

14 *Ibidem*, s. 50.

15 Jak pisał J. Baudrillard, „realność nie istnieje, bo przestaje się odróżniać od opisów, interpretacji, odtworzeń” — J. Baudrillard, *The Ecstasy od Communication*, [w:] *Postmodern Culture*, red. H. Foster, London-Sydney 1987, s. 127.

instrumentalnej, z istotną rolą ekspertów) w ramach juryscentryzmu zostaje demistyfikowana i traci taki tytuł. Za sprawą ujawnionej partycypacji we władzy sama wymaga legitymizacji[16]. Odpowiedź A. Kozaka na zarysowany dylemat jest nam znana i ma niewiele wspólnego z myśleniem ponowoczesnym, a jest nią właściwość przypisywana tak zwanej prawniczej rzeczywistości instytucjonalnej, która — jak pamiętamy — ma być czymś koniecznym, nienegocjowalnym na podobieństwo „praw przyrody", a tym samym niewymagającym legitymizacji. Legitymizacji bowiem co do zasady domaga się dowolny, to jest oparty na wyborze-decyzji, akt władzy. Praw koniecznych, podobnych prawom przyrody, się nie legitymizuje, można je jedynie poznawać; to one ewentualnie mogą służyć jako źródło legitymizacji.

Przekonania dotyczące niedyspozytywnego charakteru prawniczej rzeczywistości instytucjonalnej znajdą zapewne w środowisku prawniczym swoich zwolenników. Jawnie bowiem uprzywilejowują pozycję społeczną tego środowiska, dając prawnikowi twardy grunt w dyskusjach z przedstawicielami innych lokalnych praktyk. Dodatkowo dla juryscentryzmu A. Kozak znajduje uzasadnienie zewnętrzne, tj. przede wszystkim w filozofii Kanta-Fichtego oraz pewnych tezach z zakresu socjologii teoretycznej (P.L. Berger i T. Luckmann z ich tezą o społecznym tworzeniu rzeczywistości we wzajemnej kooperacji). W argumentacji na rzecz tej koncepcji nie znajdujemy jednak prób empirycznego potwierdzenia formułowanych twierdzeń. Dlatego też przez dużą część nieprawniczego audytorium „juryscentryczny obraz prawnika" zostanie zapewne uznany za akt „niedowodliwej wiary" żywionej przez samych prawników, a służący przede wszystkim utwierdzeniu ich szczególnej społecznej roli — a więc za obraz równie dobrze uzasadniony jak konkurencyjne, potoczne przekonanie o dowolności i politycznej dyspozycyjności zawodowej działalności prawników. Jeżeli juryscentryzm „odczarował" mit o monopolu państwa na władztwo prawne, to może sprzyjać powstawaniu innego mitu — prawnika kierującego się żelaznymi, niedyspozytywnymi regułami narzucającymi mu jakiś konieczny rezultat. Może to rodzić w przyszłości pokusę kolejnego odczarowania w imię ponowoczesnych podejrzeń o fałszywość takiego mocno zideologizowanego obrazu prawa. Wydaje się po prostu, że zbyt

16 Żądanie takie wydaje się zasadne nawet na gruncie interpretacji konfliktów przez literaturę postmodernistyczną. Jak zauważa na przykład J.-F. Lyotard (*Le Différend*, Paris 1983, s. 27), problem prawny to przykład tak zwanego sporu, a więc takiego konfliktu, który może zostać rozstrzygnięty przy pomocy jakiejś (meta)reguły w przeciwieństwie do zatargu (*différend*), a więc radykalnie pojmowanego zróżnicowania niewspółmiernych dyskursów, gdzie nie istnieje żadna metareguła, a tym samym akceptowalna podstawa rozstrzygnięcia.

mocne jest zestawienie determinant rządzących zawodową praktyką prawniczą z prawidłowościami „podobnymi do praw przyrody". Standardy rządzące praktyką prawniczą nie narzucają w sposób konieczny (ani w sensie logicznym, ani przyczynowym) rezultatu sporu prawnego, a przeciwnie — często dobierane są pod kątem oczekiwanego rezultatu. I choć same w sobie (ich zestaw) wydają się istotnie nienegocjowalne, to już można poddawać dyskusji ich dobór z dostępnej prawnikowi listy, spierać się o ich adekwatność, kolejność, wzajemną kolizyjność itp. „Juryscentryczny prawnik" przez to, że ma dysponować wiedzą pewną i wyłączną urasta do roli strażnika pieczęci, obrońcy prawniczego *depositum fidei* — zauważmy, w epoce, w której także w ramach tradycyjnych kultur prawnych zachodzą zasadnicze zmiany związane z potrzebą dostosowania się do nowych czasów. Mamy tu do czynienia ze swoistym „prawniczym integryzmem", dość trudnym do pogodzenia z takimi, współcześnie dobrze znanymi, zjawiskami, jak kulturowa globalizacja czy europejska unifikacja zastanych standardów prawnych.

Autor juryscentrycznej interpretacji prawa i praktyki prawniczej, choć dostrzega problem zewnętrznego ugruntowania zawodowej praktyki prawniczej, to jednak zasadniczo nie widzi potrzeby jego rozwiązania. Jego zdaniem trudno jest znaleźć wspólny fundament myślenia prawniczego i potocznego — ten ostatni (opinia publiczna) jest bowiem wytworem również określonej struktury instytucjonalnej (środki masowego przekazu) i, jak powiada, „istnieje wiele powodów, dla których prawnicy nie powinni ulegać tak rozumianemu otoczeniu społecznemu"[17]. Można chyba zatem przyjąć, że konflikt na linii prawnik–opinia publiczna (polityk) jest tu postrzegany jako Lyotardowski nierozstrzygalny zatarg, a nie spór. Spór wydaje się możliwy tylko pomiędzy prawnikami, to jest na gruncie akceptowanego subświata instytucjonalnego.

Wydaje się, że dla rozumienia opisanego wyżej konfliktu pomiędzy strukturą instytucjonalną wykreowaną przez „rozum prawniczy" a zewnętrznym, potocznym oglądem praktyki prawniczej, pomocne może się okazać sięgnięcie do koncepcji etnocentryzmu kulturowego, spopularyzowanego w ostatnich latach głównie przez R. Rorty'ego. Nie podejmuję się rozstrzygnąć, czy, i w jakim ewentualnie stopniu, „juryscentryzm" przedstawiany w pracach A. Kozaka jest koncepcją

17 A. Kozak, *Granice prawniczej władzy dyskrecjonalnej*, Wrocław 2002, s. 164. Myśl ta wyrażona została w kontekście polemiki z E. Łętowską, która proponowała, aby rozszerzyć krąg adresatów decyzji organów stosowania prawa innych osoby (obserwatorów) nieuczestniczących w postępowaniu — zob. E. Łętowska, *Pozaprocesowe znaczenie uzasadnienia sądowego*, „Państwo i Prawo" 1997, z. 5.

inspirowaną etnocentryzmem Rorty'ego. Pomimo że zarówno samo pojęcie etnocentryzmu, jak i poglądy Rorty'ego pojawiają się w rozważaniach o juryscenryzmie, to jednak jawnej deklaracji w tej kwestii w pracach A. Kozaka wprost nie znajdujemy[18]. Wydaje się, że można tu mówić o inspiracji, o pewnym klimacie wytwarzanym przez etnocentryzm (kulturowa multicentryczność), wreszcie o pewnych walorach heurystycznych tej koncepcji dla badań nad prawem, praktyką prawniczą i prawoznawstwem[19]. Nie lekceważyłbym także — zawsze przecież ważnej w naukach humanistycznych — koincydencji terminologicznej, co w prawoznawstwie zdominowanym do tej pory przez wzorce oparte na naukach formalnych czyni z „juryscentryzmu" po prostu atrakcyjną nazwę.

Warto zauważyć, że etnocentryzm w opracowaniach z zakresu teorii (socjologii) kultury ma rodowód znacznie starszy aniżeli wersja znana z prac Rorty'ego[20]. W swoim pierwotnym znaczeniu pojęcie to wskazywać miało na relatywny (lokalny), ale jednocześnie zobiektywizowany naturalnie (ewolucjonizm) i niewartościujący (egalitaryzm kulturowy) charakter standardów obyczajowych i moralnych obecnych w rozwijających się względnie autonomicznie środowiskach kulturowych (własny etos, *folkways*). Etnocentryzm był odpowiedzią na wielce wpływowe jeszcze pod koniec XIX wieku przekonanie o szczególnej, uprzywilejowanej pozycji kultury (cywilizacji) europejskiej, reprodukowanej głównie w wersji anglo-amerykańskiej. Tym, co z interesującej nas perspektywy może wydać się istotne, jest formułowane na gruncie ówczesnego etnocentryzmu przekonanie, iż lokalny etos stanowi obiektywne uwarunkowanie dla prawodawcy i wskutek tego nie powinien być naruszany przez prawo stanowione. Myślenie prawnicze, identyfikowane wtedy jeszcze (tak zwany pozytywizm pierwotny) niemal wyłącznie z wolicjonalno-decyzyjną aktywnością prawodawcy i towarzyszącą temu wtórną umiejętnością prawnika jej odczytywania, powinno było czerpać z wiedzy o kulturze lokalnej jako zewnętrznym czynniku warunkującym racjonalność podejmowanych decyzji prawnych. Etnocentryczny

18 Próbę rekonstrukcji filozoficznych i teoretycznych podstaw, na których wspiera się omawiana koncepcja, przedstawiam we wstępie do pracy A. Kozaka, *Myślenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej*, s. 9 i n.

19 Widoczne jest to zarówno na poziomie założeń metodologicznych — gdy eksponuje za Rortym zalety antyreprezentacjonizmu, jak i wtedy, gdy buduje merytoryczne tezy swojego juryscentryzmu, dostrzegając na przykład analogię pomiędzy tak zwaną prawniczą rzeczywistością wewnątrzinstytucjonalną a etnocentrycznym (wewnątrzkulturowym) podejściem w ramach dyskusji nad właściwą dla humanistyki koncepcją prawdy — zob. A. Kozak, *Granice prawniczej władzy dyskrecjonalnej*, s. 34 i n.

20 Pojęcie to przypisywane jest W.G. Sumnerowi, *Folkways. A Study of the Sociological Importance of Usages, Manners, Customs, Mores, and Morals*, Boston 1906.

program, aplikowany pierwotnie, z interesującego nas punktu widzenia, na potrzeby pojmowanego technologicznie prawotwórstwa (praca prekursorska tej koncepcji, W.G. Sumnera, przypomnijmy, datowana jest na rok 1906) nie mógł uwzględnić nowej roli prawnika, będącej następstwem przełomu lingwistycznego i ewolucji pozytywizmu prawniczego, a w konsekwencji nie dostrzegał potrzeby adresowania swoich postulatów w stronę nauki prawa i praktyki prawniczej. Tak pojmowana „prawnicza adaptacja etnocentryzmu" nadawałaby się do tego, aby poprzez odwoływanie się do argumentów geograficzno-kulturowych uzasadnić odmienność prawa, na przykład w jego wariancie kontynentalnym i anglosaskim, jednak już nie do tego, aby uzasadniać autonomię kultury prawnej wobec kultury ogólnej. Jego intencją było bowiem integrowanie między innymi różnego typu praktyk, w tym także prawniczej, z ogólnymi standardami kultury miejscowej. Przywołana tu wczesna wersja etnocentryzmu idzie wyraźnie pod prąd tak ważnej dla juryscentryzmu tezy o autonomii prawa i praktyki prawniczej. Źródłem tej autonomii jest — jak już wiemy z tez juryscentrycznych — przede wszystkim dorobek analitycznej teorii prawa, a więc dorobek budowany na odrzucanym przez etnocentryzm założeniu, że historyczne, ekonomiczne i etyczne uwarunkowania nie mają wpływu na to, co możemy nazwać „kulturowym myśleniem". Naturaliści zwykli bowiem traktować twierdzenia analitycznej teorii prawa ahistorycznie i akulturowo jako być może dobrą wprawkę intelektualną do badań, a w najlepszym razie jako przydatny sposób porządkowania dostępnych danych[21]. Tymczasem juryscentryzm dostrzega w tak uprawianej nauce prawa ważne źródło kultury prawnej. Tak więc, tego rodzaju „pierwotny etnocentryzm", głównie za sprawą tkwiących u jego podstaw założeń naturalistycznych i ewolucjonistycznych, nie mógł pełnić roli teorii chociażby inspirującej rozważaną tu koncepcję prawa.

Pod tym względem dużo bardziej obiecująca wydaje się współczesna wersja etnocentryzmu proponowana przez Rorty'ego. Daje ona bowiem teoretyczne podstawy do interpretowania nowych zjawisk, będących następstwem przełomu lingwistycznego, a ze zrozumiałych powodów niedostrzeganych na gruncie pierwotnej wersji etnocentryzmu. Richard Rorty skupia swoją uwagę już nie na kulturze pojmowanej przedmiotowo — jako zespole zewnętrznych, ewolucyjnie ukształtowanych warunków, w których przychodzi działać jednostce czy grupie — ale kulturze pojmowanej jako pewien rodzaj grupowej praktyki, w której

21 J.M. Kelly, *Historia zachodniej teorii prawa*, przeł. D. Pietrzyk-Reeves *at al.*, Kraków 2006, s. 412.

język, najistotniejsze medium kultury, jest narzędziem realizacji naszych celów[22]. To nie prawda (obiektywność sądu, bezpośredni wgląd w istotę rzeczy) ma władać naszym myśleniem, lecz wykształcone we wspólnotach narracje, które zdolne są zawiadywać ludzkimi umysłami i inspirować na wiele pokoleń. Narracja analityczna w nauce prawa i praktyce prawniczej — jak artykułuje się to z kolei w koncepcji juryscentryzmu — jest tym, co współcześnie ma dawać prawnikowi taką inspirującą i zarazem pewną podstawę w sporach prawnych. Odnotowana tu zbieżność założeń etnocentryzmu kulturowego z jego prawniczym odpowiednikiem (a także inne podobieństwa, o których wspomniałem już wyżej) skłaniają do pytania o wspólne założenia leżące u podstaw obu tych ujęć, a w szczególności, czy proponowane na gruncie etnocentryzmu odrzucenie obiektywności (bliskie juryscentryzmowi) będzie oznaczać zaakceptowanie proponowanej w to miejsce przez Rorty'ego alternatywy, czyli idei solidarnej wspólnoty.

Pytanie to dla środowiska prawniczego wydaje się ważne: skoro dostarczane przez doktrynę prawniczą analityczne narzędzia służące pracy prawnika nad tekstem mają wedle koncepcji juryscentrycznej wymiar wyłącznie lokalny, a nadto spetryfikowane są w doświadczeniu przeszłości tej właśnie grupy zawodowej (historia prawa, orzecznictwo, dydaktyka prawnicza) i w takiż egoistyczny sposób są wykorzystywane i „strzeżone" dla przyszłości, to pytanie o prawników jako wspólnotę warunkującą sens aktywności prawnika wydaje się jak najbardziej na miejscu. Ten kierunek poszukiwań wzmacniają jeszcze dodatkowe argumenty, jak korporacyjność zawodów prawniczych i dość powszechne potoczne przekonanie, że elitarność tego zawodu służy w dużej mierze partykularnym interesom członków samej wspólnoty. Juryscentryzm, z jego tezą o lokalnej naturze praktyki prawniczej, zdaje się — być może bezwiednie — sprzyjać takiej środowiskowej prywatyzacji prawa. Dość wyraźnie ignoruje się tu bowiem odwieczne zabiegi filozofii prawa w poszukiwaniu zewnętrznej legitymizacji prawa. Takie, dobrze znane, przedsięwzięcia z kręgu najnowszej tylko literatury filozoficzno-prawnej, jak ostateczna reguła uznania (H.L.A. Hart) czy integralna koncepcja prawa (R. Dworkin), poszukujące właśnie społecznego ugruntowania dla prawa i praktyki prawniczej, z perspektywy juryscentrycznej uznać by należało nie tyle za przedsięwzięcia chybione, ile po prostu niecelowe[23]. Owszem ugruntowanie takie jest prawnikowi potrzebne, ale

22 Jak powiadał, „ludzka jaźń powstaje w procesie użytkowania słownika" — R. Rorty, *Przygodność, ironia i solidarność*, przeł. W.J. Popowski, Warszawa 1996, s. 21.

23 A. Kozak na wiele sposobów podkreśla — wspierając się „dominującymi nurtami współczesnej epistemologii", iż „otaczająca nas rzeczywistość w pewnym sensie nie ma żadnego

w tym celu nie trzeba sięgać aż tak daleko. Wystarczy, jeśli prawnicy sami między sobą osiągną zgodę (a nie będzie to trudne, jeśli są wytworami podobnej edukacji i opanowali w swojej praktyce zawodowej podobną metodykę argumentowania i rozumienia).

Etnocentryzm Rorty'ego sytuuje doktrynalną praktykę prawniczą wobec dość prostego wyboru: żegnając się ostatecznie z ideą prawdy i obiektywności, stajemy się pragmatystami, którzy nie potrzebują już ani epistemologii, ani metafizyki. Pragmatyści „prawdę postrzegają jako to — zgodnie ze sformułowaniem Williama Jamesa — w co opłaca się *nam* wierzyć"[24]. Ludzie próbujący nadać swojemu życiu sens w jakimś szerszym, wykraczającym poza prywatność kontekście, mogą czynić to, zdaniem Rorty'ego, opisując siebie bądź to jako istoty usytuowane w bezpośredniej relacji z rzeczywistością (pragnienie obiektywności), bądź to jako udziałowców rzeczywiście istniejącej, historycznej wspólnoty (pragnienie solidarności)[25]. Identyfikowanie się przez jednostkę z tym drugim roszczeniem ma swoje konsekwencje — oznacza uprzywilejowanie własnej grupy i obrazu rzeczywistości, który w ramach tej praktyki powstaje[26]. „Być etnocentrycznym znaczy dzielić ludzkość na tych, względem których należy uzasadniać swoje przekonania, i na całą resztę. Pierwsza grupa — czyjś *ethnos* — obejmuje tych, którzy podzielają czyjeś przekonania przynajmniej na tyle, by możliwa była owocna rozmowa"[27]. Przywołany wcześniej argument juryscentrysty, iż trudno, a nawet nie warto znajdować wspólnych fundamentów myślenia prawniczego i potocznego (ze względu na to, że powstają we wzajemnie nieprzekładalnej strukturze instytucjonalnej), dobrze komponuje się z przywołanym stwierdzeniem Rorty'ego. Póki co juryscentryzm daje się, jak widzimy, traktować jako „branżowa" adaptacja etnocentrycznego twierdzenia o wspólnotowym charakterze praktyki kulturowej. Etnocentryzm ma jednak inne jeszcze, rudymentarne dla siebie twierdzenie, którego w koncepcji juryscentryzmu już się nie zauważa.

Richard Rorty, snując refleksje wokół tego, co warto zachować z dorobku J. Deweya, dochodzi do wniosku, iż czymś takim jest „poczucie

---

na zewnątrz. Nie da się wyjść poza [...] wyznaczone etnocentrycznie ramy poznania [...]"; i zaraz dodaje: „[...] jedyną formą uzewnętrznienia poznania prawa, na jaką Hartowski obserwator może sobie pozwolić, polega na przejściu z jednej struktury instytucjonalnej do innej i przyjęciu charakterystycznej dla nie optyki" — A. Kozak, *Granice prawniczej władzy dyskrecjonalnej*, s. 53–54.

24 R. Rorty, *Solidarność czy obiektywność*, [w:] *Obiektywność, relatywizm i prawda*, przeł. J. Margański, Warszawa 1999, s. 37.

25 *Ibidem*, s. 35.

26 „My, zachodni liberalni intelektualiści, powinniśmy pogodzić się z faktem, że punktem wyjścia jest dla nas nieuchronne miejsce, w którym żyjemy, to zaś oznacza, iż bardzo wiele poglądów najzwyczajniej nie możemy traktować poważnie" — *ibidem*, s. 47.

27 *Ibidem*, s. 49.

stopniowo zachodzącej zmiany w wizerunku własnym człowieka [...], a polegającej na przechodzeniu od poczucia uzależnienia względem czegoś uprzednio danego do poczucia zyskania utopijnych możliwości, jakie obiecuje przyszłość, wzrostu zdolności człowieka do redukowania skutków ograniczoności dzięki darowi autokreacji"[28]. Etnocentryczny „wizerunek własny człowieka" ma swój odpowiednik w juryscentrycznym „wizerunku własnym prawnika". Najnowsza historia rozwoju prawa i prawoznawstwa ukazywana jest podobnie, to jest jako historia przejścia od poczucia silnego zewnętrznego uzależnienia prawnika (pozytywność i realność prawa, jego intersubiektywność w tak zwanym klasycznym modelu praktyki prawniczej), poprzez naturalistyczny scjentyzm modelu nowoczesnego (prawo jako technika z prymatem „woli prawodawcy" skierowanej „przeciwko prawnikowi"), aż do swoistego wyzwolenia się prawników od politycznego prawodawcy — a także od rygorów ekonomii i moralności — w ujęciu juryscentrycznym (prawnik wespół z prawodawcą egzystują w tym samym, osobliwym świecie autonomicznej kultury prawnej, ukształtowanej przez praktykę prawniczą i krytyczną naukę)[29]. Emancypacyjne podobieństwo losów ludzi uprawiających nauki humanistyczne czy, szerzej usytuowanych w obrębie praktyki humanistycznej (literackiej, religijnej czy demokratycznej polityki), jakie ma na uwadze Rorty, z procesami obserwowanymi na gruncie zawodowej aktywności prawniczej ma jednak swoje granice. W tym pierwszym obszarze tworzenie się wspólnot nie służy żadnemu innemu celowi niż zachowanie siebie i samodoskonalenie[30]. Stąd właśnie bierze się optymizm związany ze zmianami budującymi poczucie „utopijnych możliwości" i jawnie sprzyjających autokreacji uczestnika kultury. Poza zdolną do rozumienia grupą takiej kreacji po prostu być nie może. Jednostka realizuje tu egoistyczne cele, spełniając swój prywatny plan, dla którego grupa jest koniecznym punktem odniesienia (źródłem inspiracji, audytorium, „światem życia"). Odrzucając prawdę i obiektywizm, etnocentryzm znalazł sobie solidny, alternatywny fundament, a jest nim integralność i wzajemna lojalność środowiska. Dla praktyki realizowanej w obrębie kultury prawnej taki rodzaj środowiskowej samolegitymizacji

28 R. Rorty, *Wprowadzenie: Antyreprezentacjonizm, etnocentryzm i liberalizm*, [w:] *Obiektywność, relatywizm i prawda*, s. 32.

29 Por. A. Kozak, *Granice prawniczej władzy dyskrecjonalnej*, rozdziały III, IV i V; A. Kozak, *Trzy modele praktyki prawniczej*, [w:] *Studia z filozofii prawa 2*, red. J. Stelmach, Kraków 2003.

30 „Czy taka wspólnota, której przykład stanowią grupy badaczy i demokratyczne instytucje polityczne, jest środkiem prowadzącym do celu, czy też tworzenie takich wspólnot jest jedynym potrzebnym nam celem? Dewey sądził, że jest to jedyny cel, jakiego potrzebujemy, i myślę, że miał rację" — R. Rorty, *Nauka jako solidarność*, [w:] *Obiektywność, relatywizm i prawda*, s. 66.

jest już, moim zdaniem, o wiele trudniejszy do przyjęcia, jeśli w ogóle możliwy do zaakceptowania.

Przede wszystkim prawo i realizowana w jego obrębie praktyka, także środowisko zawodowe, nie powinny być traktowane jako prawniczy „świat życia". Aktywność prawnicza nie może służyć — jak to może jeszcze mieć miejsce na gruncie filozofii, nauk humanistycznych czy sztuki — celom egoistycznym, podporządkowanym autokreacji (choćby karierze zawodowej). Aktywność prawnicza jest bowiem (powinna być) doniosłą, budowaną na zewnętrznym zaufaniu, rolą społeczną. Poza tą rolą traci swój publiczny sens. Jeżeli ugruntowanie prawa w idei solidaryzmu społecznego miałoby być zawężone tylko do grupy, którą juryscentryzm umocowuje jako właściwą do kultywowania wartości prawnych, to sytuację taką należałoby chyba jednak uznać za syndrom kryzysu. Dowód na niemoc współczesnej teorii i filozofii prawa — nieumiejętność, szczególnie filozofii prawa, zbudowania sensownej legitymizacji dla prawa i praktyki prawniczej. I wydaje się, że juryscentryzm tak właśnie identyfikuje sytuację zastaną w ogólnej refleksji nad prawem — w końcu filozofia prawa ma być tylko politycznie i socjotechnicznie skuteczna w artykułowaniu i negocjowaniu „prawniczej" wizji prawa wobec pozostałych grup interesów uwikłanych w grę władzy. Nie ma tu tradycyjnych pytań o legitymizację. W tym wymiarze juryscentryzm ma cechy diagnozy kierunkowo zbieżnej z myśleniem ponowoczesnym.

Jeżeli alternatywę wyartykułowaną przez Rorty'ego (prawda i obiektywność *versus* wspólnotowa solidarność) potraktować radykalnie, to jest jako wymuszającą konieczność opowiedzenia się, to juryscentryzm nie daje pod tym względem klarownej odpowiedzi, wręcz pomija tak sformułowany dylemat. W koncepcji tej z jednej przecież strony deklaruje się wspólnotowy („lokalny") charakter nauki i praktyki prawniczej, a z drugiej podkreśla obiektywizm „myślenia prawniczego", jego twarde ugruntowanie w prawniczej strukturze instytucjonalnej. Rezygnuje się zatem z prawdy mającej roszczenie do obiektywizmu (antyreprezentacjonizm), ale już nie z pewności sądów wyrażanych przez prawnika. Wiemy, że prawo i praktyka prawnicza mają charakter lokalny, ale wiadomo też, że ich wykonywanie skutkuje na zewnątrz, tj. wobec społeczeństwa. Nośnikiem wartości i standardów prawniczych jest grupa, ale już nie odnotowuje się (co jest przecież powszechnie postrzegane, a nawet zarzucane prawnikom) solidarności środowiskowej i korporacyjnego charakteru zawodu. Zauważa się, że zawodowa (naukowa i orzecznicza) praktyka prawnicza ma charakter twórczy, jednak nie łączy się tego z emancypacją czy autokreacją jednostki (prawnika), ale służy to jako argument na rzecz autonomii prawa i praktyki prawniczej. Wypada

zatem zadać pytanie, dlaczego dylemat Rorty'ego jest tak nieadekwatny jako pojęciowe narzędzie analizy prawa i praktyki prawniczej. Wydaje się, że pytanie to jest ważne nie tylko w kontekście analizy omawianej tu koncepcji, ale także szerzej, bo w jakiejś mierze pozwala zająć stanowisko w kwestii ograniczeń w sensownym odwoływaniu się w obszarze prawa i prawoznawstwa do argumentacji z kręgu myślenia ponowoczesnego.

Choć juryscentryzm nie daje dobrej odpowiedzi co do miejsca prawa i prawników w obrębie zarysowanej wyżej dystynkcji, to wydaje się, że można ją znaleźć u samego Rorty'ego. Na podstawie wyróżnionych dwóch sposobów interpretacji sensowności ludzkich działań Rorty wyodrębnia również dwa znaczenia terminu „racjonalność". W pierwszym, ugruntowanym na „prawdzie i obiektywności", racjonalny to tyle, co metodycznie, technologicznie sprawny w zapewnianiu kontaktu z — znajdującą się na zewnątrz poznającego podmiotu — rzeczywistością oraz na jej przewidywaniu (reprezentatywne dla tego wariantu racjonalności jest przyrodoznawstwo)[31]. Jednak przy tak rozumianej „racjonalności", humanistyki nigdy nie da się zakwalifikować jako działalności racjonalnej[32]. Właściwa jej ma być inaczej pojęta racjonalność. Nauki humanistyczne zajmują się bardziej celami niż środkami, nie znają z góry określonych kryteriów powodzenia (przewidywalności) własnych działań. „Gdybyśmy sądzili, że z wyprzedzeniem znamy cele kultury i społeczeństwa, to nie moglibyśmy mieć żadnego pożytku z nauk humanistycznych — tak jak faktycznie nie mają go społeczeństwa totalitarne. Społeczeństwa demokratyczne i pluralistyczne cechuje to, że nieustannie określają swe cele na nowo"[33]. Można zatem, zdaniem tego autora, mówić o innym jeszcze rozumieniu racjonalności — jako zespole pewnych cnót moralnych, takich jak: tolerancja, szacunek dla opinii otoczenia, gotowość do słuchania, poleganie raczej na perswazji niż sile, a dzięki temu możliwe staje się zastąpienie idei „obiektywności" ideą „niewymuszonego porozumienia"[34]. To ten drugi wariant racjonalności właściwy będzie humanistyce i, dodajmy, tylko z perspektywy tak rozumianej racjonalności sensownie można budować etnocentryczny obraz rzeczywistości społecznej.

Prawo i praktyka prawnicza, zdaniem Rorty'ego, nie mieszczą się w obrębie tak rozumianej racjonalności. Prawo, powiada, to dobry

---

31 R. Rorty, *Nauka jako solidarność*, s. 55.

32 *Ibidem*, s. 57.

33 *Ibidem*.

34 *Ibidem*, s. 58 i 59. „W tym rozumieniu być racjonalnym, to po prostu dyskutować na dowolny temat — religijny, literacki czy naukowy — unikając jednocześnie dogmatyzmu, przyjmowania postaw obronnych i świętego oburzenia" — *ibidem*, s. 58.

przykład racjonalności pojmowanej na pierwszy z wyróżnionych sposobów, gdyż w obszarze tym warunkiem powodzenia nie są same cele (gdyż te są bezdyskusyjne — chodzi przecież zawsze o sprawiedliwe rozstrzygnięcie), ale to, na ile skutecznie udaje się je osiągnąć. Prawo, w tym także nauka prawa i orzecznictwo, muszą zatem dostarczać prawnikowi z góry określonej wiedzy, pozwalającej w sposób pewny (przewidywalny) osiągać założone rezultaty[35]. W ocenie roli, jaką ma do spełnienia prawnik, a także w charakterystyce zadań stawianych przed dostępną mu wiedzą („analitycznym myśleniem") pomiędzy jurys- i etnocentryczną koncepcją nie ma zasadniczych różnic. Pewność, którą daje prawnikowi jego struktura instytucjonalna oraz metodyczna zdolność przewidywania i kontroli właściwa przyrodoznawcom, są porównywalnie mocnym ugruntowaniem. Z tą tylko, skądinąd jednak dość zasadniczą różnicą, że źródłem pierwszej jest wspólnotowa praktyka pewnej grupy zawodowej (nauka prawa, kultura prawna), drugiej natomiast — aspirująca do obiektywizmu prawda o świecie natury.

O ile zatem etnocentryzm wydaje się konsekwentny, separując humanistykę od złudzenia prawdy i obiektywności, o tyle juryscentryzm na ten rodzaj konsekwencji nie mógł sobie już pozwolić i znalazł się przez to w dużo trudniejszej i teoretycznie dwuznacznej sytuacji. Społeczna rola sędziów i urzędników domaga się obiektywizacji przekonań zawartych w podejmowanych rozstrzygnięciach, bo tylko wtedy adresaci obowiązków będą skłonni je akceptować lub choćby wykonywać bez przymusu, jednak rzeczywista praktyka tej grupy zawodowej ma charakter lokalny i nie jest dostępna tym, których skutki tej praktyki będą dotyczyć. Wygląda na to, że koncepcja juryscentryzmu nie znajduje rozwiązania tego dylematu. Sytuacja ta przypomina trochę przypowieść o wyroczni delfickiej, która na zadawane pytania udzielała „jedynie właściwej" odpowiedzi, ale już nie była skłonna tłumaczyć się ze swoich przepowiedni. Z „prawniczą Pytią" jest chyba tylko taka różnica, że ma ona przynajmniej zdolność tłumaczenia swoich decyzji, tyle tylko że sens takiej eksplikacji wydaje się wątpliwy, skoro nikt poza nią (grupą zawodowo wtajemniczonych) i tak nie będzie w stanie tego zrozumieć.

Wydaje się, że dylemat między oczekiwaniem obiektywizującej, zewnętrznej legitymacji prawa i partykularnym wymiarem zawodowej praktyki prawniczej może mieć jednak rozsądne rozwiązanie. Wymagałoby to jednak zweryfikowania statusu twierdzeń formułowanych

35 „Sędziowie — przeciwnie [aniżeli artyści i humaniści — A.B.] — z góry wiedzą, jakie kryteria musi spełniać sprawa sądowa, by doszło do wydania korzystnego postanowienia; podobnie jak i biznesmeni, którzy wyznaczają jasno określone cele i oceniani są według tego, na ile udaje im je się osiągnąć" — *ibidem*, s. 57.

na gruncie juryscentrycznej koncepcji prawa. Jeżeli jest to diagnoza rzeczywistej roli, jaką wobec tekstów pochodzących od prawodawcy pełni nauka i praktyka prawnicza, to z tak ujętą tezą o „rzeczywistości prawnej" można się, jak sądzę, zgodzić. Zgodzą się z nią zapewne nie tylko prawnicy, ale także osoby reprezentujące tak zwane myślenie potoczne. Potwierdzać to może społecznie popularna opinia o „niedemokratycznej" władzy prawników, upowszechniana w mediach, a także za sprawą polityków, nie zawsze, jak wiemy, zadowolonych z wielu rozstrzygnięć sądów powszechnych czy Trybunału Konstytucyjnego. Mamy oto diagnozę, zgodną z tezami etno- i juryscentryzmu, że żyjemy w społeczeństwie policentrycznym (a może nawet ponowoczesnym), gdzie lokalność objęła, obok wielu innych dziedzin praktyki kulturowej, także zawodową aktywność prawników. Stan taki nie wymaga społecznej zgody. Jest po prostu faktem, charakterystyką świata, w którym żyjemy.

Społecznej aprobaty, a zatem i wysiłków na rzecz legitymizacji, uprawomocnienia czy innego rodzaju oparcia na „pozaprawniczej rzeczywistości" wymaga natomiast ewentualna akceptacja takiego stanu. Ze strony filozofii prawa uzasadnienia wymaga przekonanie, że prawnikom można, a nawet należy, powierzyć taką szczególną misję. Wydaje się, że to właśnie w tym miejscu zaczynają się kłopoty z juryscentryzmem, który stan faktyczny uważa nie tylko za naturalny, ale również za oczywisty, niewymagający argumentowania wobec zewnętrznego audytorium. Jest to chyba ten moment, w którym rozchodzi się ponowoczesna tolerancja dla wielości równoprawnych „kultur lokalnych" i tej szczególnej, jaką jest praktyka w obrębie kultury prawnej. Te pierwsze mogą prowadzić do nierozstrzygalnych „zatargów" (Lyotard) czy dążyć, bez pewności dobrego rezultatu, do „niewymuszonego konsensusu" (Rorty) — w konsekwencji tego nie domagają się głębszego uzasadnienia, gdyż tłumaczy je charakter wspólnoty i egoistyczne cele działającej w niej jednostki. Ta druga musi już jednak proponować jakieś społecznie akceptowane metareguły (Lyotard) czy z góry przyjęte kryteria dochodzenia do wydawanych postanowień (Rorty). Można powiedzieć, że autor juryscentrycznej wizji prawa pod tym względem jest bardziej radykalny niż niektórzy przedstawiciele kojarzeni z nurtem filozofii ponowoczesnej. Próbuje bowiem objąć prawo i prawoznawstwo sposobem myślenia, na który nawet oni się nie ważą. Wydaje się zatem, że tradycyjne pytania teorii i filozofii prawa o legitymizację prawa czy jego uprawomocnienie zachowują ciągle swoją aktualność. Także w czasach ponowoczesnych.

CZĘŚĆ DRUGA

PODZIAŁY GAŁĘZIOWE A INTEGRACJA I AUTONOMIA PRAWA

Czy wyodrębniać prawo gospodarcze?*

I. Pytanie to odnieść można do kilku kwestii dotyczących: 1) koncepcji wyróżniania w systemie prawa odrębnej gałęzi (prawo gospodarcze jako gałąź prawa) oraz 2) koncepcji wydzielenia w ramach prawoznawstwa nauki (prawo gospodarcze jako nauka prawna). Metodologicznie niejednolity charakter tego, co zwykle nazywa się „nauką prawa" wymaga określonej relatywizacji drugiej z wymienionych kwestii. I tak, pytać możemy o istnienie prawa gospodarczego jako: a) kolejnej, jedynie dogmatycznie zorientowanej nauki o prawie szczegółowym, b) odrębnej dyscypliny prawniczej, i wreszcie można mieć na uwadze c) pewien wyróżniony typ problematyki teoretycznoprawnej.

Należałoby uczynić jeszcze jedno zastrzeżenie. Jeżeli dosłownie potraktować pytanie postawione w tytule, to mielibyśmy tu do czynienia z pytaniem do rozstrzygnięcia, co zakłada, że istnieje jakieś uznane kryterium rozstrzygania, to jest cecha (cechy), na podstawie której można by stwierdzać, że pewne „przedmioty" są (lub nie są) prawem gospodarczym. A tymczasem wiadomo, że samo kryterium wywołuje najwięcej kontrowersji. Z drugiej strony, gdyby nawet uzgodnić jakieś kryterium, to nie zawsze można przewidzieć, jakie skutki powodować będzie jego zastosowanie. Wydaje się, że oczekiwania są tu nadmierne, a spory o kryterium podziału — w tym również „spór o prawo gospodarcze" — stają się w jakimś stopniu problemem samym w sobie. Właściwiej postawionym może się więc okazać pytanie problemowe: czy istnieje uzasadnienie dla wyodrębniania prawa gospodarczego? Odpowiedzią na nie nie będzie już jednak proste rozstrzygnięcie, ale wyszukanie racji wyjaśniających ewentualną potrzebę wyodrębniania (i w tym sensie „istnienia") prawa gospodarczego. Racje te będą

* Tekst pierwotnie opublikowany w: „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 1993, z. 1, s. 2–6.

różne — uzależnione od tego, czy dotyczyć będą potrzeb praktyki prawniczej, czy też nauki prawa oraz tego, które ze znaczeń nauki prawa mieć będziemy na uwadze.

II. Określenie jakiejś grupy norm jako norm „prawa gospodarczego" może być skutkiem kwalifikacji prawnej dokonanej przez prawodawcę. Wprowadzając do języka prawnego terminy typu „prawo gospodarcze", „sprawa gospodarcza" itp., prawodawca zmuszony jest wskazać pewną grupę przepisów, które będą wchodziły w zakres „prawa gospodarczego" (będą podstawą kwalifikacji sprawy jako „sprawy gospodarczej")[1]. Na poziomie języka prawnego już samo użycie w akcie normatywnym takich terminów przesądza o „istnieniu" prawa gospodarczego oraz uzasadnia potrzebę rozważań prawniczych nad prawem gospodarczym. Nauka uzyskuje w ten sposób nie tylko „obiekt" badań, ale często także gotowe problemy, jako że zwykle tego rodzaju ogólne terminy nie są w języku prawnym znaczeniowo dookreślone, co stwarza okazję i potrzebę naukowej analizy. Dzięki temu termin prawny staje się elementem języka nauki prawa. Perspektywa osiągnięcia zbieżności znaczeń prawnego i prawniczego (nauka, orzecznictwo) terminu „prawo gospodarcze" prostą już drogą prowadzi do wykształcenia się przekonania o autonomii prawa gospodarczego, najpierw jako odrębnej instytucji, a następnie — samodzielnej gałęzi prawa.

Wydzielenie określonej grupy norm jako „norm prawa gospodarczego" może też być następstwem klasyfikacji lub typologii. Ten zabieg należy już do nauki prawa. Zwykle traktuje się go jako następstwo dyferencjacji systemu prawa, to jest rzeczywistego różnicowania się stosunków społecznych oraz — wtórnie — regulujących te stosunki norm prawnych. Wtedy klasyfikację traktuje się jako formę naukowej systematyzacji prawa opartą na rozpoznaniu rzeczywistych cech przedmiotów[2]. Choć rozsądniej byłoby chyba mówić o typologii[3] zamiast o klasyfikacji, to — nawet przy mniej rygorystycznych wymaganiach co do typologii — warunkiem jej przeprowadzenia jest wskazanie określonej (wzorcowej) cechy mogącej służyć za podstawę wyróżnienia typu.

Norm prawnych regulujących stosunki gospodarcze nie można uznać za odrębny typ norm, gdyż nie rozpoznano dotąd żadnej takiej cechy, która mogłaby taki zabieg uzasadniać. Najszerzej w literaturze

1 Por. art. 2 ustawy z dnia 24 maja 1989 roku o rozpoznawaniu przez sądy spraw gospodarczych (Dz.U. Nr 33, poz. 175 ze zm.).

2 H. Rot, *Elementy teorii prawa*, Wrocław 1992, s. 123.

3 Z. Ziembiński, *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, Warszawa-Poznań 1983, s. 111.

prawniczej reprezentowany pogląd na rzecz odrębności prawa gospodarczego, odwołujący się do tezy o kompleksowości tych norm, zdaje się raczej skłaniać do wniosku przeciwnego niż ten, który chcieliby uzasadnić autorzy tego poglądu. Teza o kompleksowym charakterze prawa gospodarczego — jeśli odnieść ją do wymogów stawianych typologii — jest tylko dowodem na to, że normy odnoszące się do stosunków gospodarczych nie mają własnej, odrębnej cechy (cech) wzorcowej, a jedynie łączą w sobie cechy innych, uznanych na gruncie prawoznawstwa norm-typów (norm prawa cywilnego, administracyjnego i karnego). Szukanie cechy specyficznej w tym, że jakaś grupa norm łączy w sobie cechy innych, tradycyjnych typów może skłaniać tylko do jednego wniosku: grupa ta nie stanowi odrębnego typu, a możliwość scharakteryzowania spornych norm przy użyciu cech dotychczas wyróżnianych typów norm potraktować można tylko jako argument potwierdzający wartość poznawczą tradycyjnych typów. Uznawanie prawa gospodarczego za odrębny typ norm byłoby więc zbędnym „mnożeniem bytów", skoro charakterystyka tych norm możliwa byłaby poprzez wykorzystanie cech właściwych normom prawa cywilnego, administracyjnego i karnego.

III. Pytanie o zasadność wyróżniania prawa gospodarczego jako nauki szczegółowej podejmującej problemy typu dogmatycznoprawnego wymagałoby wykazania, że ten typ problematyki nie tylko jest tu obecny (co jest oczywiste), ale przede wszystkim, że problematyka ta kreuje własne zagadnienia — niemożliwe lub trudne do rozstrzygnięcia przez inne nauki szczegółowe. Wydaje się, że tak jest, że analiza norm regulujących stosunki gospodarcze wymaga naukowej specjalizacji, biorąc pod uwagę choćby język prawa gospodarczego (tak komplikujący wykładnię tradycyjnie wykształconym prawnikom) — ale nie to wydaje się najważniejsze.

Najwięcej trudności do tej pory prawoznawstwo miało ze stosowaniem reguł walidacyjnych wobec prawa gospodarczego, co powodowało permanentne spory wokół „charakteru prawnego" różnych jego aktów (budżetów, planów gospodarczych, przestrzennych itp.). Wydaje się, że tylko częściowo spory te straciły obecnie aktualność. Problematyka egzegezy aktów prawa gospodarczego mniej interesowała naukę prawa, ale chyba tylko dlatego, że z góry uznano ją za niemożliwą do uporządkowania. Problematyka obowiązywania norm gospodarczych nie mieściła się w kanonie tradycyjnych rozważań dogmatyki prawa, zmuszała do odwoływania się do twierdzeń bardziej ogólnych, budowania samodzielnych „teorii". Kwestie te nie mogły być rozważane w ramach nauki prawa cywilnego czy administracyjnego i wymagały odrębnej specjalizacji.

Sądzić można, że wprowadzane obecnie do prawa gospodarczego zmiany w pewnym stopniu wpłyną na dotychczas podejmowane przez prawoznawstwo problemy. Mniej będzie zapewne sporów wokół „charakteru prawnego" poszczególnych rodzajów aktów prawotwórstwa gospodarczego (ulegną one uproszczeniu i zdominowaniu przez ustawę), a więcej wokół reguł ich egzegezy — istotnych z punktu widzenia określania zakresu obowiązywania norm prawnych[4].

Dogmatyka prawa gospodarczego ma więc do czynienia z problemami w jakiś sposób szczególnymi. Nie jest to odrębność dająca się uzasadnić argumentami metodologicznymi (odrębności żadnej szczegółowej nauki prawa nie da się uzasadnić metodologicznie). Więcej tu natomiast różnych „trudnych przypadków", a więc poznawczo ciekawych problemów w naturalny sposób prowadzących do naukowej specjalizacji.

IV. Rozważania wokół autonomii dyscyplin prawniczych wydają się materią szczególnie zagmatwaną. Nigdy bowiem do końca nie jest jasne, czy argumenty przywoływane na rzecz odrębności jakiejś grupy norm mają na celu uzasadnienie wyróżnienia określonej gałęzi prawa, czy też służyć mają wykazaniu autonomii odpowiedniej dyscypliny prawniczej. Wydaje się, że zwykle jest tak, że argumenty mają dowieść odrębności gałęzi prawa, ale po to, by móc uzasadnić autonomię dyscypliny (zwykle organizacyjnie dawno już usamodzielnionej). Dotyczy to — moim zdaniem — również dyskusji wokół prawa gospodarczego.

Spory te byłyby bardziej czytelne, gdyby przyjąć jakieś ustalenia co do czynników decydujących o wyodrębnianiu się dyscyplin naukowych. W prawodawstwie dominuje przekonanie, że różnicowanie się gałęzi prawa musi koniecznie prowadzić do odpowiedniego zróżnicowania dyscyplin prawniczych. Założenie to jest trudne w realizacji (bo uwikłane w spór o zasadność wyodrębniania gałęzi prawa), a dodatkowo jeszcze komplikuje się ze względu na pojęcia przedmiotu i metody, używane w prawoznawstwie raz jako kryteria wyodrębniania gałęzi prawa, a innym razem jako kryteria wyróżniania dyscyplin — za każdym razem w zupełnie innych znaczeniach. Czym innym jest bowiem przedmiot i metoda regulacji jako uzasadnienie dyferencjacji systemu prawa, a czym innym przedmiot i metoda badania prawa jako argumenty na rzecz autonomii dyscypliny. Przedmiotem badania może być zarówno przedmiot regulacji (zachowanie), norma dotycząca przedmiotu, jak i metoda

4 Określenie zakresu obowiązywania norm gospodarczych na podstawie reguł interpretacyjnych, reguł wnioskowań oraz reguł kolizyjnych jest bowiem decydujące dla określenia możliwych granic legalności działań gospodarczych, co obecnie wydaje się zadaniem wyjątkowo ważnym.

regulacji (na przykład rodzaj stosunku prawnego) — i wszystko to razem może być uzasadnieniem dla wyodrębnienia dyscypliny prawniczej ze względu na jej przedmiot badań. Prawnicze pojęcie metody regulacji oraz metodologiczne pojęcie metody badań nie mają ze sobą nic wspólnego (wszystkie nauki szczegółowe prawoznawstwa stosują podobne metody badawcze). Trudno zatem wywodzić zależność pomiędzy różnicowaniem się gałęzi prawa a kształtowaniem się dyscyplin nauki prawa. Wydaje się, że związek ten jest dość odległy.

Czynnikami decydującymi o autonomii poszczególnych dyscyplin prawniczych są przede wszystkim tradycja uprawiania określonej nauki oraz potrzeby praktyczne: organizacja kształcenia studentów i przyszłych pracowników nauki, a także organizacja badań naukowych[5]. W przypadku prawa gospodarczego czynnik tradycji raczej nie sprzyja autonomii tej dyscypliny. Jest to bowiem tradycja zbyt krótka, nieustabilizowana, a bywa też kwestionowana jako nie w pełni przydatna z punktu widzenia realizowanego obecnie programu reform ekonomicznych. Na rzecz autonomii prawa gospodarczego jako dyscypliny przemawiać będą natomiast niewątpliwie potrzeby specjalizacji dydaktycznej oraz wymogi organizacji badań naukowych. Nawet przy braku akceptowanej tradycji, te oczywiste obecnie potrzeby natury praktycznej przesądzą zapewne o trwałej obecności prawa gospodarczego w kręgu dyscyplin prawniczych.

V. Z punktu widzenia teoretycznych badań nad normami regulującymi stosunki gospodarcze wydzielenie prawa gospodarczego jako odrębnego przedmiotu badań czy też jako samodzielnej dyscypliny prawniczej nie jest konieczne. Pojęcie teorii naukowej nie jest bowiem równoważne zakresowo pojęciu dziedziny nauki oraz dyscypliny naukowej. Jeżeli podstawową funkcją teorii jest wyjaśnianie, to niezbędne jest szukanie bardziej ogólnych twierdzeń (przesłanek wyjaśniania). Na każdy przedmiot badań teoretyk będzie patrzył poprzez różne możliwe jego związki. Zawsze zatem ważniejsze będzie to, co łączy prawo gospodarcze z innymi, pod jakimś względem podobnymi przedmiotami, niż to, co różni. Z istoty rzeczy teorie nastawione są na likwidację barier przedmiotowych, natomiast „myślenie dyscyplinowe" nastawione jest na poszukiwanie różnic pomiędzy poszczególnymi dziedzinami, a nie podobieństw, jak w przypadku „myślenia teoretycznego"[6]. Teorie nie potrzebują również dowodów odrębności odwołujących się do pojęcia

5 J. Woleński, *Dyscyplina a teoria naukowa*, „Zagadnienia Naukoznawstwa" 1981, z. 1–2, s. 7.

6 *Ibidem*, s. 9.

metody. „Teoretyzowanie" bowiem samo jest metodą[7], a o jego wartości decyduje badawcza użyteczność, a więc to, na ile potrafi być skuteczne w wyjaśnianiu problemów.

Wyjaśnianie czy choćby samo sformułowanie problemu wymaga określonego języka, a więc także pewnych ustaleń pojęciowych. Formułowanie twierdzeń o normach regulujących stosunki gospodarcze powodować będzie konieczność przyjęcia pewnych znaczeń takich terminów, jak „norma prawa gospodarczego" czy „prawo gospodarcze". Do spełnienia tego wymogu nie jest jednak konieczne wchodzenie w spory o przedmiot prawa gospodarczego czy też w ogóle wyznaczanie przedmiotowego odniesienia rozważań. Wystarczy przyjąć jako założenie badawcze takie rozumienie prawa gospodarczego (normy prawa gospodarczego), taką jego definicję projektującą, która będzie dla badacza najbardziej użyteczna (najlepiej mieścić się będzie w strukturze logicznej pracy oraz sprzyjać realizacji przyjętych celów badawczych).

Pytanie o przedmiotowe odniesienie tak prowadzonych rozważań nad prawem gospodarczym traktować należy jako pytanie ważne — bo dotyczące zakresu faktów, których wyjaśnianiu teoria ma służyć — ale obojętne w aspekcie oceny wartości poznawczej samej teorii. Jeżeli okaże się, że na przykład dana teoria wyjaśnia „coś więcej", to znaczyć to będzie właśnie, że jej zakres przedmiotowy jest szerszy, niż to się pierwotnie wydawało[8]. Może też być odwrotnie. O tym, jaki rzeczywiście zakres obejmować będzie teoria (co jest jej przedmiotem?) decyduje prawnicza praktyka gospodarcza, gdyż ona kreuje fakty, które są przedmiotem wyjaśniania. Zakres tych faktów może się zmieniać. W prawie gospodarczym — a już szczególnie obecnie — zmieniać się może wręcz zasadniczo.

Takie podejście może zapewnić trwałość twierdzeniom nauki prawa podejmującej problematykę gospodarczą, pomimo zmienności samego prawa. Reformy prawa nie muszą wtedy podważać samej teorii i zmuszać do jej weryfikacji. Podejście alternatywne, odwołujące się do rozstrzygnięć przedmiotowych (oparte na definicjach realnych), zastosowane w dziedzinie tak nieustabilizowanej jak obecne prawo gospodarcze, zmuszałoby do ciągłej weryfikacji twierdzeń, odpowiednio do zmian zaobserwowanych w przedmiocie badań. Praktycznie oznaczałoby to natomiast rezygnację z zainteresowania teorii prawem gospodarczym — w oczekiwaniu na pełne jego ukształtowanie się. Doświadczenia polskich reform uczą, że jest to stan chyba niemożliwy do osiągnięcia.

---

7 *Ibidem*.

8 J. Woleński, *Spór o status metodologiczny nauki o polityce*, [w:] *Metodologiczne i teoretyczne problemy nauk politycznych*, red. K. Opałek, Warszawa 1975, s. 41.

Uniwersalny charakter teorii wykładni prawa w związku z podziałem na prawo publiczne i prywatne*

Wiele lat temu J. Woleński wyartykułował myśl, która ukształtowała mój pogląd w kwestii funkcji, jaką powinna spełniać teoria prawa wobec szczegółowych nauk prawnych. „Myślenie teoretyczne" polegać ma mianowicie na poszukiwaniu podobieństw. Na swój przedmiot badań teoretyk powinien patrzyć przede wszystkim przez jego możliwe wewnętrzne związki. Wskutek tego dla postawy teoretycznej zawsze ważniejsze wydawać się będzie to, co łączy określony typ problematyki (pytań) odnotowywanej na obszarze pewnej dziedziny badawczej z odpowiednią problematyką zauważaną w innej dziedzinie aniżeli to, co obszary te dzieli. Z istoty rzeczy teorie (teorie w sensie metodologicznym) nastawione będą zatem na ignorowanie barier przedmiotowych[1]. Co do problematyki wykładni prawa, mobilizować to powinno wysiłek w kierunku poszukiwania tego, co potencjalnie — w akceptowanej na gruncie dostępnego badaczowi języka teorii wykładni — łączyć będzie eksplikację interpretacyjnej problematyki dostrzeganej też na gruncie prawa publicznego i prywatnego.

Inną myślą, którą nie mniej sobie cenię, był pogląd sformułowany w podobnie odległym czasie przez Z. Ziembińskiego, a mianowicie punktem odniesienia (a nawet punktem wyjścia) jakichkolwiek badań w obrębie szczegółowych nauk prawnych jest zawsze jakaś postać wyselekcjonowania obiektów będących przedmiotem refleksji

---

* Tekst pierwotnie opublikowany w: *Lokalny a uniwersalny charakter interpretacji prawniczej*, red. P. Kaczmarek, „Z zagadnień teorii i filozofii prawa", Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2009, s. 63–80.

1 J. Woleński, *Dyscyplina naukowa a teoria naukowa*, „Zagadnienia Naukoznawstwa" 1981, z. 1–2, s. 7–9; J. Woleński, *Spór o status metodologiczny nauki o polityce*, [w:] *Metodologiczne i teoretyczne problemy nauk politycznych*, red. K. Opałek, Warszawa 1975.

badawczej[2]. Taka z kolei jest bowiem natura nauk szczegółowych, że ich badawcza egzystencja wiąże się zawsze z obecnością w pewnym szerszym tle (określona nauka zawsze jest tylko jedną z wielu), a to łączy się już z pytaniem o granice i ewentualne kryteria, wedle których w ramach naukowej specjalizacji dokonywana będzie selekcja prawa jako przedmiotu badań. W konsekwencji tego poszczególne dyscypliny prawoznawstwa wykazywać będą silną skłonność do gromadzenia argumentów na rzecz własnej autonomii. Zazwyczaj za stwierdzeniem, że określona nauka szczegółowa (ewentualnie grupa takich nauk) dysponuje odrębnym przedmiotem badań, idzie zamysł jeszcze dalej idący, a mianowicie próba konstruowania odrębnego zestawu pojęć (języka danej nauki szczegółowej). Mniej lub bardziej skuteczny dowód na autonomię badanej dziedziny otwiera drogę w kierunku legitymizacji autonomii określonej dyscypliny naukowej — czemu najlepiej chyba służyć ma wykazanie istnienia zestawu własnych, analitycznych narzędzi badawczych (nauka badająca „swój" przedmiot za pomocą „własnych" narzędzi badawczych)[3].

Zarysowana tu odmienność oczekiwań ogólnej teorii prawa oraz szczegółowych nauk prawnych utrudnia współpracę, powodując naturalne ciążenie teorii prawa w stronę uniwersalizacji budowanych twierdzeń, a nauk szczegółowych w kierunku budowania lokalnych interpretacji badanych zjawisk. Dopóki każde z tych odmiennych podejść badawczych nie kieruje roszczeń w drugą stronę, wzajemna egzystencja nie budzi większych emocji. Jednak gdy roszczenia takie zaczynają się pojawiać (gdy na przykład teoretyk próbuje chociażby egzemplifikować swoje konstrukcje pojęciowe w określonej dziedzinie), ujawnia się odmienność tych podejść. Łagodną wersją oceny takiej ingerencji jest życzliwa tolerancja twierdzeń teorii ze strony nauk szczegółowych (czasami uhonorowana cytowaniem), radykalniejszą — zarzut ingerencji w autonomię określonej dyscypliny, psucia ukształtowanej i sprawdzonej pragmatyki prawniczej, wedle której określona dyscyplina dotychczas skutecznie funkcjonowała. Przykładem na tego rodzaju postawy może być

2 Z. Ziembiński, *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, Warszawa-Poznań 1983, s. 14.

3 R. Mastalski pisze, iż „prawo podatkowe, aby mogło wypełniać swoje zadania, może być wiązane tylko z własnymi pojęciami" — R. Mastalski, *Interpretacja prawa podatkowego. Źródła prawa podatkowego i jego wykładnia*, Wrocław 1989, s. 98. Należy zauważyć, że argument odwołujący się do autonomii służyć może nie tylko potrzebie dystansowania się określonej doktryny prawniczej wobec innych, ale także sprzyja emancypacji wertykalnej, stwarzając warunki do responsywnego modelu kształtowania obowiązków prawnych; zob. M. Zirk-Sadowski, *Transformacja prawa podatkowego a jego wykładnia*, „Kwartalnik Prawa Podatkowego" 2004, nr 4, s. 12 i n. Zakłada to już jednak nieco odmienną funkcję teorii (teorii w sensie metodologicznym) aniżeli przywołana wyżej za J. Woleńskim.

z jednej strony dyskusja nad zasadnością wyodrębniania „gałęziowych" norm prawnych[4], a z drugiej — spór wokół zastosowania w naukach szczegółowych proponowanych przez teorię prawa sposobów wyrażania niektórych modalności prawnych (pojęcia kompetencji i normy kompetencyjnej)[5].

Pod tym względem sytuacja panująca w polskim prawoznawstwie w odniesieniu do teorii wykładni prawa mogłaby uchodzić wręcz za wzorcową. W tym obszarze dorobek ogólnej nauki o prawie wydaje się bez jakichś poważniejszych zastrzeżeń adaptowany do nauk szczegółowych na potrzeby prowadzonego tam dyskursu. Owszem, i w tych naukach dają się zauważyć doktrynalne debaty wokół „specyfiki" wykładni w obrębie poszczególnych gałęzi prawa. Prym zdaje się tu wieść prawo publiczne (a z kolei w jego obrębie — prawo podatkowe). Jednak dostępne różnice zdań dają się artykułować w języku dyskursu opracowanym przez ogólną teorię wykładni. Zasadniczo nikt nie proponuje tu jakichś dyscyplinowych, autonomicznych teorii wykładni poszczególnych gałęzi prawa. Wydaje się, że znane teoretykom spory i dylematy z obszaru teorii wykładni prawa kwantyfikują główne problemy obecne na poziomie nauk szczegółowych. Współcześni autorzy referujący — w ich mniemaniu — w dużej mierze odrębne problemy z obszaru wykładni prawa administracyjnego, podatkowego czy prywatnego coraz odważniej sięgają nie tylko do zasobu pojęć teorii wykładni, ale także do sformułowanych w tym obszarze ogólniejszych koncepcji (na przykład do zróżnicowania na koncepcję derywacyjną i klaryfikacyjną)[6]. Także orzecznictwo sądowe, w szczególności Trybunału Konstytucyjnego, pokazuje, że język ogólnej teorii wykładni i tu staje się coraz powszechniej dostępny[7].

---

4 Zob. na przykład I. Weiss, *Normy prawa gospodarczego*, „Krakowskie Studia Prawnicze" 21, 1988, s. 55 i n.; J. Filipek, *Elementy strukturalne norm prawa administracyjnego*, Warszawa 1982; J. Filipek, *Spór o strukturalne elementy norm prawa administracyjnego*, „Państwo i Prawo" 1984, z. 6, s. 111 i n.; A. Kostecki, *Elementy konstrukcji instytucji podatkowych*, [w:] *System instytucji prawno-finansowych PRL*, t. 3. *Instytucje budżetowe*, Wrocław 1985, s. 155–192.

5 Teoretycznoprawne koncepcje kompetencji miały zarówno radykalnych, jak i umiarkowanych przeciwników; zob. na przykład A. Szpunar, *Udzielenie pełnomocnictwa*, „Przegląd Sądowy" 1993, z. 9, s. 10–20; T. Rabska, *Prawny mechanizm kierowania gospodarką narodową. Działalność prawodawcza administracji i jej uwarunkowania*, Wrocław 1990, s. 106–107. Gwoli ścisłości dodajmy, że spora część tego środowiska z sukcesem korzystała z dorobku teorii prawa, zob. na przykład Z. Radwański, *Zarys części ogólnej prawa cywilnego*, Warszawa 1979, s. 223; B. Gawlik, [w:] *System prawa cywilnego*, t. 1 (część ogólna), Warszawa 1985, s. 749; w nowszej literaturze — P. Machnikowski, *Swoboda umów według art. 353[1] KC. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005, *passim*.

6 Przykładem z nowszej literatury może być monografia W. Jakimowicza, *Wykładnia w prawie administracyjnym*, Kraków 2006, s. 377 i n.

7 Por. przykładowo uzasadnienie do wyroku TK z dnia 28 czerwca 2000 roku, K 25/99, OTK 2000, nr 5, poz. 14, w którym znajdujemy wręcz przegląd bardziej znaczących monografii teoretyków prawa dotyczących wykładni.

Wydaje się, że obecny stan — w miarę niekonfliktowej egzystencji, a nawet współpracy — w dziedzinie problematyki wykładni pomiędzy teorią prawa i naukami szczegółowymi daje się wyjaśnić zarówno historycznie, jak i funkcjonalnie. Otóż gdy chodzi o polskie prawoznawstwo okresu przedwojennego, to zauważyć należy, iż problematyka wykładni konceptualizowana była bądź to przez nominalnych przedstawicieli dogmatyki prawa, bądź też przynajmniej z perspektywy oczekiwań formułowanych przez dogmatykę prawa (E. Waśkowski, S. Frydman). Pomimo to jednak sztandarowe prace przywołanych wyżej autorów, to jest zarówno *Teorja wykładni prawa cywilnego*, jak i *Dogmatyka prawa w świetle socjologii*, są pracami na wskroś teoretycznymi, a sympatie w kierunku takiej lub innej dogmatyki dają się zauważyć wyłącznie przez przykłady, które autorzy przytaczają w swoich opracowaniach. Jeszcze wcześniej, choć podobnie, rzecz się miała w doktrynie niemieckiej (F.K. von Savigny). Można powiedzieć, że problemy z zakresu teorii wykładni prawa w sposób naturalny wypłynęły ze strony dogmatyki prawniczej oraz w sposób nieuchronny spowodowały ciążenie ówczesnej doktryny w kierunku teorii i filozofii prawa, a nawet filozofii języka.

W polskich warunkach dopiero pod koniec lat pięćdziesiątych (ukazanie się w 1959 roku pracy J. Wróblewskiego *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*) można mówić o propozycji budowania na gruncie teorii prawa jednolitej koncepcji wykładni prawa[8], a więc też o ewentualnej pojęciowej i problemowej autonomii rozważań z zakresu wykładni prawa na poziomie teorii ogólnej. Wcześniejsze prace niewątpliwie pokazały, jak duże było zapotrzebowanie ówczesnej nauki i praktyki prawniczej na ogólniejszą refleksję o wykładni prawa. Skoro zatem poglądy przywołanych wyżej protoplastów teorii wykładni prawa odpowiadały na zapotrzebowanie praktyki i dogmatyki prawniczej (w wersji opisowej ująć je można jako uogólnione sądy o prawniczej aktywności w tych obszarach), to kwestia barier problemowych, pytań, na które teoria wykładni miała odpowiadać, nie mogła istnieć, a rysująca się w tych pracach autonomia pojęciowa stawała się zagadnieniem co najmniej drugorzędnym. Znany teoretykom prawa, prowadzącym badania

8 „W okresie bezpośrednio powojennym zarówno prawoznawstwo, jak i praktyka prawnicza realizowały zadania interpretacyjne w sposób nawiązujący głównie do ukształtowanej w wielowiekowej praktyce filologicznej i prawniczej — głównie do terminologii von Savigny'ego [...] bez podbudowania w jakiejś jednej spójnej koncepcji", gdyż „koncepcja E. Waśkowskiego nie zdążyła istotnie oddziałać" — M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2002, s. 75, także przyp. 52. Wyrażenie „nie zdążyła zadziałać" wydaje się ze wszech miar trafne, gdyż tylko okoliczności czasowe (praca Waśkowskiego oraz Frydmana datowane są na 1936 r.) mogą tłumaczyć ich osłabiony i opóźniony rezonans w środowisku teoretyków prawa.

w obszarach zbliżonych do dogmatyki prawa, zarzut, iż teoria prawa językiem zgłaszanych projektów może niepotrzebnie komplikować ukształtowaną na gruncie nauk szczegółowych pragmatykę rozwiązywania problemów badawczych[9], tutaj się nie pojawia. Dzieje się tak zapewne dlatego, że integracja dogmatyk prawa z teorią i filozofią prawa inicjowana jest tu przez same nauki szczegółowe — wyrasta z potrzeby odpowiedzi na pytania zgłaszane przez zawodowych interpretatorów. Z tych też powodów przełomowe znaczenie, jakie słusznie przypisywane jest pojawieniu się w obiegu naukowym monografii J. Wróblewskiego, moim zdaniem, zasadniczo nie zmieniło relacji pomiędzy teorią a poszczególnymi dyscyplinami prawoznawstwa. Monografia ta zafundowała silną, podporządkowaną funkcji eksplikatywnej, podbudowę analityczną, opartą głównie na dorobku K. Ajdukiewicza[10]. Odegrała też doniosłą rolę porządkującą (rozbudowane katalogi dyrektyw interpretacyjnych). W precyzyjnym, choć niełatwym języku konceptualizowała problemy, z którymi praktyka i dogmatyka prawnicza zawsze się intuicyjnie identyfikowała (uznawane dziś za niemal kanoniczne metody wykładni prawa, problem bezpośredniego rozumienia, reguły procedury i preferencji — i związany z tym problem przełamania znaczenia językowego — ideologie wykładni itp.)[11]. Opanowanie „języka teorii wykładni" zaproponowanego w monografii J. Wróblewskiego stało się bardziej zadaniem do wykonania przez rzesze prawników uwikłanych w naukę i praktykę aniżeli powodem do konfliktu.

Oprócz argumentu natury historycznej na środowiskową aprobatę semantycznej koncepcji wykładni J. Wróblewskiego duży wpływ miał też zakres zadań stawianych przed tą koncepcją. Jej głównym celem było rozwiązywanie problemów zastanych, wyrastających z praktyki, a więc intuicyjnie zrozumiałych dla doktryny prawniczej (powiązanie pojęcia wykładni z potrzebą usuwania wieloznaczności i nieostrości znaczeniowej, generowaną przez tak zwaną sytuację wykładni). Koncepcja ta w relatywnie niewielkim stopniu angażowała się także w spory z zakresu ogólnej teorii języka — poza nieuchronną dyskusją wokół koncepcji

9 Tak A. Szpunar, *Udzielenie pełnomocnictwa*, s. 10.

10 Do koncepcji znaczenia K. Ajdukiewicza znajdujemy liczne odwołania już w pracy S. Frydmana; por. S. Frydman, *Dogmatyka prawa w świetle socjologii. Studjum I. O wykładni ustaw*, [w:] *Ogólna nauka o prawie. Studja pod redakcją prof. Bronisława Wróblewskiego*, t. 1, Wilno 1936, s. 247 i n.

11 Choć warto zauważyć, że właściwie wszystkie te kwestie formułowane, a nawet rozstrzygane były w przywołanych opracowaniach E. Waśkowskiego i S. Frydmana, a autorzy ci z kolei przedstawiali je za prawoznawstwem niemieckim, zob. E. Waśkowski, *Teorja wykładni prawa cywilnego. Metodologia dogmatyki cywilistycznej w zarysie*, Warszawa 1936, wstęp i rozdział III; S. Frydman, *Dogmatyka prawa...*, *passim.*

znaczenia[12]. Z racji dość wąskiego pojmowania dziedziny problemowej wykładni można było odsunąć na w miarę bezpieczny dystans nie zawsze *prima facie* czytelne dla doktryny prawniczej rozważania nad strukturą języka (kształt językowy norm, norma a przepis) czy wokół pragmatycznego wymiaru języka (norma i akt jej wykonania, czynności konwencjonalne i reguły rządzące ich wykonaniem). Zamierzone ograniczenie odniesienia koncepcji semantycznej do problemów, z jakimi ma do czynienia głównie sędziowska praktyka prawnicza w pewien sposób ograniczyło koncepcji tej aspiracje w kierunku uniwersalności, ale zarazem przyczyniło się do jej łatwiejszej percepcji w środowisku prawniczym.

Z tego punktu widzenia rzecz ujmując, kolejna oferta, jaką otrzymała doktryna prawnicza ze strony teorii prawa, to jest derywacyjna koncepcja wykładni, powodować musiała w tym środowisku poważniejsze komplikacje adaptacyjne. O ile propozycja J. Wróblewskiego unikała radykalizmu w kwestii statusu języka prawnego (ostrożniejsze podejście do dystynkcji na przepis prawny i normę, tradycyjne — tak zwane referencjalne ujęcie semantyki), o tyle koncepcja wykładni eksponowana w pracach teoretyków poznańskich (głównie poprzez dorobek M. Zielińskiego) odwoływała się do mocniejszych, a przez to mniej intuicyjnych założeń[13]. Standardowa problematyka wieloznaczności i nieostrości znaczeniowej poszerzona została tu o problematykę syntaktyczną (rekonstrukcja norm z przepisów), a to już wymagało przyjęcia dalej idących założeń co do relacji norma — przepis (odmienność semantyczna i syntaktyczna języka norm i przepisów, a w konsekwencji pojmowanie wykładni jako „przekładu" z języka przepisów na język norm). Z kolei pojmowanie normy jako wypowiedzi jednoznacznie wysławiającej nakaz/zakaz zachowania się określonego podmiotu[14] czy też, w innej wersji, uznanie normy za konstrukt doktryny prawniczej[15] odebrało normie status przedmiotu badań prawniczych (obiektu interpretacji) i uczyniło ją w istocie rzeczy analitycznym narzędziem badania (interpretowania) tekstów prawa obowiązującego. Formułowanie

12 Otworzyło to drogę do różnych wersji semantycznej koncepcji wykładni, w szczególności ujęcia intensjonalnego i ekstensjonalnego, por. J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, Warszawa 1959, s. 125 i n.; J. Woleński, *Logiczne problemy wykładni prawa*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace Prawnicze" 1972, z. 56, s. 70 i n.; zob. także K. Płeszka, T. Gizbert-Studnicki, *Dwa ujęcia wykładni prawa. Próba konfrontacji*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Nauk Politycznych" 1984, z. 20, s. 17 i n.

13 Por. K. Płeszka, T. Gizbert-Studnicki, *Dwa ujęcia wykładni prawa*, s. 22–25; autorzy piszą o „idealizacyjnym charakterze ujęcia derywacyjnego" (K. Płeszka, T. Gizbert-Studnicki, *Dwa ujęcia wykładni prawa*, s. 24).

14 M. Zieliński, *Interpretacja jako proces dekodowania tekstu prawnego*, Poznań 1972, s. 16; Z. Ziembiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 274.

15 Z. Ziembiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, s. 149 i n.

ostatecznego kształtu prawnych norm postępowania przestało być wyłącznym przywilejem prawodawcy, a stało się w dużej mierze częścią składową doktrynalnej, zawodowej pragmatyki prawniczej[16].

Pogląd taki zdawał się intuicją przez prawników podzielaną, ale raczej dość rzadko — przynajmniej gdy chodzi o dogmatykę prawa — w taki sposób wprost artykułowaną. O ile semantyczne zadania stawiane przed koncepcją J. Wróblewskiego otworzyły drogę do powiązania zastanych twierdzeń prawniczych z zakresu wykładni z pewnymi segmentami współczesnej logiki pragmatycznej (teoriami znaczenia zwrotów językowych), o tyle koncepcja derywacyjna otworzyła pole znacznie szersze, a mianowicie możliwość komunikacji i pojęciowej integracji z dorobkiem tej części lingwistyki — najbardziej chyba w drugiej połowie XX wieku wpływowej — która stawiała sobie za zadanie zbudowanie całościowej teorii języka naturalnego, wykorzystując konstrukcję kompetencji językowej użytkowników tego języka[17]. Ten wariant ogólnego ujęcia wykładni prawa, dzięki silniejszemu zintegrowaniu teorii wykładni z dorobkiem lingwistyki, zuniwersalizował prawniczy warsztat badawczy. Stał się także inspirującą ofertą dla nastawionej dyskursywnie dogmatyki prawa. Wydaje się jednak, że praktyce prawniczej z jej tradycyjnymi, głównie natury semantycznej, pytaniami podejście to dawało podstawy teoretyczne wykraczające ponad zapotrzebowanie wprost zgłaszane przez to środowisko[18].

Najdalej idący, najszerszy program integracji problematyki wykładni prawa z zewnętrznym otoczeniem prawoznawstwa (dodajmy — integracji w wymiarze metodologicznym) znajdujemy w próbach aplikowania na grunt teorii prawa kategorii interpretacji humanistycznej. Pierwotny projekt J. Kmity oraz jego prawnicza adaptacja zaproponowana przez L. Nowaka miały, jak się wydaje, za zadanie wykazać — wedle wzorca ukształtowanego wcześniej w naukach empirycznych — podobnie naukowy charakter prawniczej działalności interpretacyjnej. Stało się to możliwe dzięki uznaniu doktrynalnej (dogmatycznej) praktyki interpretacyjnej prawników za pewien wariant ogólnej interpretacji humanistycznej[19].

---

16 Przyjęcie lingwistycznych założeń derywacyjnej koncepcji wykładni może prowadzić do modyfikacji tradycyjnych poglądów co do językowego statusu norm prawnych, a mianowicie prowadzić będzie do tezy, iż normy prawne są składnikami języka prawniczego; por. A. Bator, *Kompetencja w prawie i prawoznawstwie*, Wrocław 2004, s. 30 i n.

17 Chodzi oczywiście o teorię transformacyjno-generatywną N. Chomsky'ego. Ostrożnie o możliwości jej zastosowania przy przyjęciu założeń koncepcji derywacyjnej wspomina T. Gizbert-Studnicki, *Teoria prawa, filozofia języka, lingwistyka*, „Studia Filozoficzne" 1985, nr 2–3, s. 81. Odważniej stara się ją wykorzystać W. Patryas, *Rozważania o normach prawnych*, Poznań 2001, *passim*.

18 K. Płeszka, T. Gizbert-Studnicki, *Dwa ujęcia wykładni prawa*, s. 25–26.

19 L. Nowak ujmował interpretację prawniczą jako szczególny (adaptacyjny) wariant interpretacji humanistycznej. Pod tym względem interpretacja prawnicza miała dzielić właściwości

Twardym oparciem — odpowiednikiem naukowego prawa wyjaśniającego — miała być tu teza (idealizujące założenie) o doskonałości (racjonalności) działającego podmiotu humanistycznego (autora tekstu, prawodawcy). Tego pierwotnego zamierzenia w przypadku czynności „poznawczych" określanych jako interpretacja prawnicza nie udało się zrealizować (L. Nowak odrzucił możliwość empirycznej falsyfikowalności twierdzeń interpretacyjnych dogmatyki czy zastosowania w tym obszarze modelu wyjaśniania przez idealizację i konkretyzację). Najmocniejszą i najlepiej chyba przyjętą w szerokim środowisku prawniczym tezą pracy *Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawoznawstwa* było stwierdzenie, iż cechą osobliwą prawoznawstwa jest to, że „swoje pozapoznawcze cele osiąga ono przyjmując dogmatycznie, bez kontroli empirycznej, założenie o doskonałości (wewnętrznej) prawodawcy"[20]. Jakkolwiek trudno uznać za udaną próbę zintegrowania doktrynalnej praktyki interpretacyjnej prawników z ogólniejszymi kanonami poznania naukowego poprzez wykorzystanie koncepcji interpretacji humanistycznej, to jednak udała się rzecz inna, a mianowicie wewnętrzna integracja samego środowiska prawniczego. Prawnikom przypadł bowiem do gustu pogląd, iż racjonalność prawodawcy jest niepodlegającym weryfikacji (formalnym) założeniem obecnym w procesie interpretacji tekstu. Konkluzja, która odcięła — dość wątłe zresztą i do tej pory w naszej kulturze prawnej — związki teorii wykładni prawa z naukami empirycznymi, okazała się wielce użyteczna dla dogmatyki prawa i praktyki orzeczniczej. Znacząco wsparła bowiem poglądy pomniejszające rzeczywisty udział prawodawcy w procesie kształtowania treści norm prawnie obowiązujących. Obecne już wcześniej na gruncie ogólnej teorii interpretacji — a radykalnie wzmocnione następnie poglądami z kręgu postmodernizmu — próby swoistej anihilacji autora tekstu[21] odnalazły *nolens volens* na gruncie prawoznawstwa sprzyjające warunki. Dzięki formalnemu tylko statusowi założenia o racjonalności wypowiedzi pochodzące od prawodawcy przestały bowiem odgrywać rozstrzygającą rolę w interpretacyjnym dyskursie prawniczym (dociekania nad „wolą prawodawcy" nabrały cech swoistej figury retorycznej). Istotniejsi stali się dla siebie sami prawnicy jako względnie autonomiczne audytorium

podobne do na przykład interpretacji krytyczno-literackiej tekstów sakralnych czy pism politycznych; zob. L. Nowak, *Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawoznawstwa*, Warszawa 1973, s. 175–178.

20 *Ibidem*, s. 174–175.

21 Mam tu na myśli głównie idee autorstwa R. Barthes'a, zob. R. Barthes, *Śmierć autora*, przeł. M.P. Markowski, „Teksty Drugie" 1999, nr 1–2. Ten opublikowany w 1968 r. tekst zainicjował następnie cały nurt krytycznoliteracki, do którego wpisać można P. Ricoeura, M. Foucaulta czy G. Vattimo.

interpretacyjne[22]. To, co miało ich zintegrować zewnętrznie, dając stabilne oparcie w ugruntowanej empirycznie metodologii humanistyki, okazało się silnym impulsem na rzecz naukowej autonomii czy wręcz zawodowej dyskrecjonalności prawników[23]. Nie jest zatem chyba przypadkiem, że tytuł monografii L. Nowaka zawierał w sobie zwrot „interpretacja prawnicza", a nie „interpretacja prawa".

W projekcie wykorzystującym założenia interpretacji humanistycznej do badań nad wykładnią prawa przedmiotem badań, na podstawie którego rekonstruowano prawniczą praktykę interpretacyjną, były wyłącznie teksty pochodzące od prawodawcy państwowego. Test pochodzenia nie miał tu zresztą żadnego znaczenia, gdyż wystarczało skromne, dyktowane ideologią pozytywizmu prawniczego, przekonanie o „przypisywaniu" tekstu prawodawcy. Nie badano tu „nastawionych na interpretację" zachowań autora aktów prawnych, lecz wyłącznie wytwory tej aktywności i, dodajmy, wytwory, co do których przyjmowano całkowite zerwanie historycznych i funkcjonalnych związków z ich rzeczywistym podmiotem sprawczym[24]. Wykładnia prawa miała służyć adaptacji tekstów prawnych reprezentujących model prawa ustawowego w taki sposób, aby „odpowiadając na pytanie, o co prawodawcy chodziło, prawnik tak skonstruował sobie typ idealny prawodawcy", który pozwoliłby mu „rozstrzygnąć jego własne, np. socjotechniczne, problemy w sposób uznany przezeń za pożądany. Nie należy tego, oczywiście, relatywizować po prostu do poszczególnego interpretatora, lecz do kultury prawnej, na gruncie której on stoi"[25]. „To nie właściwości [faktycznego] autora jako uczestnika aktu komunikowania się wyznaczają kształt tekstu, lecz właściwości prawodawcy. Prawodawca zaś jest pewnym konstruktem prawniczym"[26].

W obrębie wykładni prawa zanika w tej sytuacji jakakolwiek więź socjolingwistyczna pomiędzy prawodawcą (autorem komunikatu) a interpretatorem (czytelnikiem). Przypisywane prawodawcy wypowiedzi

---

22 Całkowicie niezależnie od tego taki typ postawy wzmacniał nurt w teorii interpretacji określany jako *Reader-Response Criticism* (głównie S. Fish; zob. S. Fish, *Interpretacja, retoryka, polityka*, przeł. K. Arbiszewski i inni, Kraków 2002).

23 A. Kozak pisał (*Pojmowanie prawa w teorii wykładni*, Wrocław 1997, s. 79), że „należałoby uznać, że kategoria »racjonalny prawodawca« sprzyja integracji wykładni (na pewno jej praktyki) z problematyką pozaprawniczą". Nieco to stwierdzenie zmodyfikowałbym — sprzyja tylko w sensie metodologicznym (wspólny humanistyce zestaw pojęciowych narzędzi badawczych). Jednak już rezultaty użycia tych narzędzi do takiej integracji nie doprowadziły.

24 W literaturze pisze się często o „kontekście autora" tekstu i „kontekście interpretatora (czytelnika)" tekstu. Ten pierwszy kompletnie traci tu na znaczeniu. „Prawodawcę i prawnika łączy jedynie materialny substrat tekstu" — A. Kozak, *Granice prawniczej władzy dyskrecjonalnej*, Wrocław 2002, s. 115.

25 L. Nowak, *Interpretacja prawnicza*, s. 175–176.

26 T. Gizbert-Studnicki, *Sytuacyjne uwarunkowanie językowych właściwości tekstów prawnych*, [w:] *Język, prawo, społeczeństwo*, red. E. Malinowska, Opole 2004, s. 39–40.

należeć będą bowiem do rejestru tak zwanej komunikacji nieskierowanej, to jest przeznaczonej „dla pewnej, mniej lub bardziej dającej się określić, kategorii osób, które z tą wypowiedzią mają zapoznać się w różnym czasie i w różnych okolicznościach”[27]. Programowy brak na gruncie teorii wykładni miejsca dla socjolingwistycznej więzi pomiędzy nadawcą i odbiorcą prawnych komunikatów językowych pozbawił oba te podmioty statusu koniecznych składników w poznawczej strukturze interpretacji prawniczej. To, co jest „wolą prawodawcy” (punkt widzenia nadawcy komunikatu), i to, co poprzez proces wykładni prawa odczytywane jest jako „uprawnienie” czy „obowiązek adresata” (punkt widzenia odbiorcy), stawało się jednym i tym samym przekazem, a mianowicie zewnętrznym, zobiektywizowanym komunikatem, którego zawartość adaptowana jest przez prawnika korzystającego z zastanego dorobku kultury prawnej (prawniczej zawodowej pragmatyki interpretacyjnej).

Odnotowane wyżej trzy warianty konceptualizacji problematyki wykładni prawa zasadniczo odpowiadają wyróżnianym w pracach J. Wróblewskiego znaczeniom terminu „interpretacja” („wykładnia”) na gruncie nauk humanistycznych, w tym również w prawoznawstwie[28]. Te odmienne sposoby pojmowania wykładni prawa nie stwarzały okazji do istotnych sporów teoretycznych. Uznano, iż mamy tu do czynienia jedynie z różnie ujmowanymi zakresami nazwy „wykładnia”, przy czym wybór pomiędzy nimi miał być zasadniczo dyktowany celami stawianymi sobie przez badacza (praktycznymi, poznawczymi czy też potrzebami integracji zewnętrznej). Jeżeli z niektórymi z nich łączone są odmienne koncepcje wykładni (wykładnia *sensu stricto*, identyfikowana jest z wykładnią klaryfikacyjną, wykładnia *sensu largo*, utożsamiana z wykładnią derywacyjną)[29], to też i o tych koncepcjach nie da się powiedzieć, że są konkurencyjnymi teoriami tej samej rzeczywistości (praktyki interpretacyjnej), a raczej odmiennymi narzędziami użytecznymi do badań nad problemami wykładni w różnych dziedzinach prawa i prawoznawstwa.

---

27 *Ibidem*, s. 40; T. Gizbert-Studnicki, *Język prawny z perspektywy socjolingwistycznej*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z nauk politycznych” 1986, z. 26, rozdział III. Szerzej o tym typie wypowiedzi J. Lalewicz, *Komunikacja językowa i literatura*, Wrocław 1975, s. 86 i n.

28 J. Wróblewski określał rozróżnienie to jako interpretację *sensu stricto, sensu largo* i *largissimo sensu*, zob. *Rozumienie prawa i jego wykładnia*, Wrocław 1990, s. 55 i n.; podobnie w pracach: *Contemporary Models of the Legal Sciences*, Wrocław 1989, s. 20 i n., oraz K. Opałek, J. Wróblewski, *Prawo. Metodologia. Filozofia. Teoria prawa*, Warszawa 1991, s. 250. Inaczej zakres nazwy „wykładnia prawa” określa M. Zieliński, nazywając wykładnią w sensie ścisłym „różne sprawy i odpowiadające im czynności związane, najogólniej mówiąc, z rozumieniem tekstów prawnych” oraz wykładnię w szerokim sensie, to jest „czynności związane z rozumieniem tekstów prawnych”, a nadto „czynności polegające na wywnioskowywaniu z norm odtworzonych z tekstu prawnego innych norm” — M. Zieliński, *Wykładnia prawa*, s. 46.

29 Por. na przykład J. Wróblewski, *Rozumienie prawa i jego wykładnia*, 56 i n.

Pierwsze, wąskie ujęcie wykładni miało na przykład lepiej kooperować z sytuacjami określanymi jako wykładnia operatywna, pojawiającymi się w obszarze praktyki orzeczniczej. Ujęcie drugie miało być dogodniejszym narzędziem badania aktywności interpretacyjnej występującej w ramach dogmatyki prawa[30]. O trzecim z kolei wariancie pojmowania wykładni prawa należałoby chyba powiedzieć, że sprzyjać miało przede wszystkim zewnętrznej integracji prawoznawstwa z ogólną humanistyką (w projekcie L. Nowaka z jej naturalistycznym wariantem jej pojmowania) — a więc największą chyba doniosłość miało mieć dla samej teorii prawa. Skoro to nie właściwości przedmiotu interpretacji miały mieć wpływ na wybór sposobu pojmowania (koncepcji) wykładni, ale wyłącznie typ (cele) zawodowej aktywności interpretacyjnej prawnika, tym samym wewnętrzne zróżnicowania samego prawa, w tym również podział na prawo publiczne i prywatne, nie powinny mieć tu istotniejszego znaczenia. Z punktu widzenia gałęziowej dyferencjacji systemu prawa oraz badawczej specjalizacji nauki prawa każdy z tych sposobów pojmowania wykładni prawa może uchodzić za ofertę uniwersalną, potencjalnie jednako przydatną na potrzeby badawcze poszczególnych dyscyplin prawniczych.

Konkluzja powyższa może się wydawać nazbyt stanowczą, w szczególności gdy chodzi o ocenę ujęcia klaryfikacyjnego (problem uniwersalności wykładni w znaczeniu wąskim). Zanim jednak odniosę się do tego zastrzeżenia, warto, moim zdaniem, odnotować dość istotną różnicę pomiędzy doktryną prawa publicznego i doktryną prawa prywatnego, gdy chodzi o ich zaangażowanie w dyskusje o korzyściach płynących z aplikowania na tych obszarach dorobku teorii prawa. Wydaje się, że na gruncie nauki prawa publicznego zainteresowanie teorią wykładni jest

---

30 K. Płeszka, T. Gizbert-Studnicki, *Dwa ujęcia wykładni prawa*, s. 23 i n. „Ujęcie semantyczne [tutaj: klaryfikacyjne — A.B.] i ujęcie derywacyjne wykładni prawa tylko częściowo traktować można jako konkurencyjne w stosunku do siebie [...]. Ta częściowa tylko konkurencyjność polega na tym, że ujęcia te są adekwatne w stosunku do odmiennych typów interpretacji [...]". „Ujęcie derywacyjne jest adekwatne w relacji do wykładni dogmatycznej, a ujęcie semantyczne w relacji do wykładni operatywnej" w tym sensie, że „wygodniej i dokładniej można opisać pierwszy typ wykładni w języku ujęcia derywacyjnego, a drugi typ wykładni w języku ujęcia semantycznego", *ibidem*, s. 26–27. W odniesieniu do wykładni klaryfikacyjnej podobne stanowisko zajmuje M. Zieliński, *Wykładnia prawa*, s. 76. Odmiennie ujmuje to L. Leszczyński: „Dla modelu wykładni operatywnej bardziej przydatne jest ujęcie wykładni derywacyjnej pod warunkiem, że ujmie się w jej ramach zarówno klaryfikację znaczeń wyrażeń stanowiących składniki norm, jak i ustalenie źródła, z jakiego rekonstruowana jest norma (interpretacja walidacyjna)"— L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii stosowania prawa. Doktryna i tezy orzecznictwa*, Kraków 2001, s. 114. Jeśli dodać do tego, że autor do czynności rekonstrukcyjnych zalicza w przypadku „normy do zastosowania" także „redukcję jej potencjalnych treści do tych elementów, które będą przydatne do wydania decyzji stosowania prawa", to powiązanie wykładni derywacyjnej z wykładnią operatywną staje się zrozumiałe. Mamy tu jednak do czynienia z dość znaczącą modyfikacją wyjściowego modelu wykładni derywacyjnej. Autor zresztą swoją propozycję określa jako walidacyjno-derywacyjną koncepcję wykładni prawa, zob. L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii stosowania prawa*, s. 114.

współcześnie dużo większe aniżeli w cywilistyce. Pokazują to odrębne monografie czy też całe zbiory pomniejszych opracowań, w których dyskutuje się właśnie nad sensownością pojęciowej emancypacji wykładni w prawie administracyjnym czy prawie podatkowym (pomijam tu trudne do policzenia opracowania poświęcone wykładni prawa wspólnotowego, a także konstytucyjnego)[31]. Charakterystyczne dla tych opracowań jest to, że ich autorzy wyraźnie nie aspirują do budowania partykularnych koncepcji wykładni prawa, a zadowalają się osiągnięciami teorii prawa[32]. W szczególności aprobata ta dotyczy formułowanych na gruncie teorii prawa katalogów metod interpretacyjnych.

Wydaje się, że wyjaśnieniem tej szczególnej intensywności w poszukiwaniach adekwatnej dla prawa publicznego teorii wykładni może być, przywołany już wcześniej, argument historyczny: skoro zręby współczesnej teorii wykładni kształtowane były w przeważającej mierze przy udziale ówczesnej doktryny prawa prywatnego, to teoria ta, także z perspektywy jej obecnego, znacząco już zmodyfikowanego kształtu, ciągle jeszcze lepiej koresponduje z prawem prywatnym aniżeli z publicznym. W konsekwencji tego doktryna prawa prywatnego ma mniejszą potrzebę „odkrywania" na swoje potrzeby zastanych koncepcji teoretycznych, a ewentualne dyscyplinowe (gałęziowe) aplikacje dokonywane są tu, jeśli nie wprost, to przynajmniej dużo łatwiej. Jest też i drugi argument, łączący się już bezpośrednio z pytaniem o uniwersalność przywołanych wyżej koncepcji prawa, a mianowicie dość powszechne przekonanie, że instytucje prawa prywatnego wspierają się na prostszych, bardziej intuicyjnych konstrukcjach pojęciowych. Ponadto, w zestawieniu z prawem publicznym, w prawie prywatnym dużo mniej skomplikowane są źródła prawa, służące rekonstruowaniu praw i obowiązków adresatów norm. Zasada prostoty jest, jak wiadomo, atrybutem szczególnie bliskim teoretykom prawa, stąd też, nie tylko zresztą w obszarze wykładni prawa, wyprawy badawcze teoretyków prawa w stronę prawa prywatnego bywały w przeszłości częstsze, gdyż wydawały się po prostu łatwiejsze jako przedsięwzięcia badawcze.

---

31 Por. W. Jakimowicz, *Wykładnia w prawie administracyjnym*; R. Mastalski, *Interpretacja prawa podatkowego*; B. Brzeziński, *Podstawy wykładni prawa podatkowego*, Gdańsk 2008. Jest charakterystyczne, że zbiór artykułów *Wykładnia prawa. Odrębności w wybranych gałęziach prawa*, red. L. Leszczyński, Lublin 2006, niemal całkowicie zdominowany jest przez problematykę prawa publicznego. Do podobnego wniosku prowadzi przegląd opracowań zawartych w tomie *Wykładnia prawa i inne problemy filozofii prawa*, red. L. Morawski, Toruń 2005.

32 Jak pisze na przykład B. Brzeziński: „wykładnia prawa jest przedmiotem wielostronnych i obszernych badań naukowych. Badania te — choć w większości przypadków mają charakter uniwersalny i nie koncentrują się na prawie podatkowym — mają oczywisty i niezaprzeczalny walor także dla wykładni prawa podatkowego" — B. Brzeziński, *Podstawy wykładni prawa podatkowego*, s. 36.

Jeżeli postawioną wcześniej tezę o uniwersalności polskich teorii wykładni prawa mierzyć odnotowanym wyżej, dalej idącym roszczeniem ze strony doktryny prawa publicznego, to wydaje się, że walor faktycznej użyteczności w badaniach nad wykładnią w obrębie prawa publicznego w większym stopniu mieć będzie koncepcja derywacyjna aniżeli ujęcie klaryfikacyjne[33]. Powodem tego jest przede wszystkim szerszy zakres czynności eksplikowanych w ramach koncepcji derywacyjnej, a mianowicie *ex definitione* objęcie pojęciem wykładni także czynności polegających na konstruowaniu z tekstu prawnego wypowiedzi o kształcie normy. Ma to miejsce w pierwszej fazie procesu wykładni, polegającej na budowaniu wypowiedzi zawierającej wszystkie elementy treściowe wymagane ze względu na przyjętą konstrukcję normy. Dopiero następna faza obejmować ma wąsko pojmowaną wykładnię (wykładnię semantyczną) polegającą na zastępowaniu wyrażeń wieloznacznych ich jednoznacznymi odpowiednikami[34]. Docenienie w ramach procesu wykładni pierwszego z wyróżnionych stadiów pozwala wyartykułować i powiązać z zagadnieniami wykładni specyfikę przedmiotu interpretacji w prawie publicznym, to jest przede wszystkim sam tekst prawny, którego elementy składowe odtwarzane są — w największym chyba stopniu w materialnym prawie administracyjnym — często z bardzo skomplikowanej w wymiarze pionowym struktury źródeł prawa (wielość aktów wykonawczych, w tym także wewnętrznie obowiązujące akty resortowe, przepisy kompetencyjno-organizacyjne, statuty, regulaminy itp.). Dodatkowym utrudnieniem jest tu także dużo bardziej złożona aniżeli w prawie prywatnym konstrukcja samych przepisów prawnych (mam tu na uwadze wypowiedzi służące konstruowaniu tak zwanych norm zadaniowych, planowych, programowych itp.)[35]. Innymi słowy,

---

33 Wprost stwierdzają tak na przykład W. Jakimowicz, *Wykładnia w prawie administracyjnym*, s. 377; B. Brzeziński, *Podstawy wykładni prawa podatkowego*, s. 24, 25.

34 Zob. na przykład Z. Ziembiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, s. 287; M. Zieliński, *Wykładnia prawa*, s. 242–243. Czynności te nieco inaczej rozłożone są w propozycji określanej jako wykładnia walidacyjno-derywacyjna (zob. przyp. 29), a mianowicie identyfikacja źródła normatywnej podstawy przyszłej decyzji wchodzi w zakres fazy walidacyjnej (tak zwana interpretacja walidacyjna), natomiast rekonstrukcja treści podstawy decyzji (części składowych zakresu zastosowania i zakresu normowania) występuje w ramach fazy derywacyjnej (interpretacja derywacyjna), zob. L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii stosowania prawa*, s. 114 i n. Ujęcie to, poza mocną orientacją na potrzeby wykładni operatywnej, ma jeszcze ten walor, że bardziej niż tradycyjne ujęcia łączy analityczny charakter twierdzeń teorii wykładni prawa z problematyką źródeł i obowiązywania prawa, co może być szczególnie dogodne dla prawa publicznego.

35 Por. na przykład W. Jakimowicz, *Wykładnia w prawie administracyjnym*, s. 373 i n. Z kolei dla prawa podatkowego miałaby to być szczególnego rodzaju „konstrukcja instytucji prawnej" budowana na podstawie przepisów prawa podatkowego; por. B. Brzeziński, *Podstawy wykładni prawa podatkowego*, s. 33.

technika syntaktycznego i semantycznego rozczłonkowania norm w przepisach bywa tu nad wyraz skomplikowana.

Wydaje się zatem, że zarówno semantyczne, jak i derywacyjne ujęcie wykładni prawa spełnia postulat uniwersalności — w takim mianowicie sensie, że każde z nich ma zdolność eksplikowania problemów, które występują niezależnie od podziałów na gałęzie prawa i towarzyszące im dyscypliny prawnicze, w tym także niezależnie od zróżnicowania na prawo publiczne i prywatne. Jednak biorąc pod uwagę rodzaj, a przede wszystkim skalę trudności, które powstają w procesie konceptualnego opanowywania materiału normatywnego w prawie publicznym, wariant derywacyjny — przez to, że wspiera się na zakresowo szerszym rozumieniu wykładni — zdaje się być bardziej adekwatnym (funkcjonalnym) narzędziem badania i rozstrzygania problemów występujących w tym obszarze. Być może wspomniany wcześniej rodowód koncepcji semantycznej (cywilistyka) sprawił, że także jej dojrzała postać niesie w sobie zmniejszoną wrażliwość na pytania, które powstają w procesie stosowania (wyjaśniania, systematyzacji) prawa publicznego. Gwoli precyzji należałoby chyba jednak odnotować, że stwierdzona wyżej ocena przydatności obu ujęć wykładni wobec charakterystyki przedmiotu interpretacji (powodowana odmienną strukturą źródeł prawa) ma w sporej mierze charakter twierdzenia analitycznego, powodowanego w głównej mierze porządkiem pojęciowym przyjętym przez autorów poszczególnych koncepcji wykładni[36].

Pytanie o użyteczność ogólnych teorii wykładni wobec problemów powstających na gruncie doktryny prawa publicznego i prywatnego jest zdominowane przez przyjęty w tych teoriach sposób pojmowania przedmiotu interpretacji. Standardowo jest nim tekst pochodzący od publicznego (zwykle państwowego) prawodawcy adresowany do potencjalnych użytkowników (adresatów) prawa, którymi są zarówno podmioty publiczne, jak i prywatne. Modelowym obiektem interpretacji jest tu zatem prawo ustawowe (prawo publiczne), dla którego proces wykładni jest jednym z elementów służących operacjonalizacji (w przypadku wykładni doktrynalnej: operacjonalizacji potencjalnej) w ramach procesu podejmowania indywidualno-konkretnych decyzji. Przy takich

36 Wykładnia semantyczna w wersji przedstawianej przez J. Wróblewskiego służyć miała w praktyce orzeczniczej do formułowania tak zwanej podstawy normatywnej decyzji. Złożony charakter czynników mogących mieć wpływ na proces stosowania prawa miało u tego autora odzwierciedlać pojęcie reguły decyzji (zob. J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988, s. 309 i n.). Wydaje się zatem, że artykułowane przez administratywistów elementy specyfiki wykładni zapoznawane przez koncepcję semantyczną miały szansę ujawnić się w ramach innych konstrukcji pojęciowych, a mianowicie tych, z których budowany był tak zwany decyzyjny model stosowania prawa.

założeniach co do przedmiotu interpretacji w istocie rzeczy wszystkie twierdzenia składające się na teorię wykładni prawa stają się twierdzeniami teorii prawa publicznego. Czym zatem w takiej sytuacji zajmować by się miała teoria wykładni prawa prywatnego? Jeśli przyjąć, że podział na prawo publiczne i prywatne może być dokonywany nie tylko ze względu na cechy przedmiotu regulacji, ale również możliwe jest tu odwołanie się do właściwości wyróżniających same podmioty normodawcze, to dziedziną teorii wykładni tak rozumianego prawa prywatnego byłyby zindywidualizowane akty podmiotów prawa prywatnego (prywatnych normodawców) mające w głównej mierze charakter oświadczeń woli[37].

Tak sformułowanego zadania badawczego polska teoria wykładni do tej pory wprost nie realizowała, a nawet wydaje się, że nie dostrzegała, uznając najwyraźniej, że jest to domena cywilistyki. Najwidoczniej uznano, że interpretacja aktów spersonalizowanych i czasoprzestrzennie (kontekstowo) dookreślonych nie spełnia aspiracji teorii prawa w kierunku budowania uniwersalnych (ponaddyscyplinowych) twierdzeń o wykładni prawa. Ugruntowaniem takiej postawy mogło być także i to, że przesłanki do budowania normatywnej „teorii interpretacji" tychże aktów (dyrektywy interpretacyjne) prawnicy znajdowali tu w samym prawie pozytywnym (art. 65 k.c.), co nie jest czymś niezwykłym dla ogólnej teorii wykładni, a dość powszechnym dla argumentacji z tego właśnie obszaru dogmatyki prawa. Jednak chyba istotniejszą przyczyną braku zaangażowania teorii wykładni prawa w ten obszar — związaną już z samym pojmowaniem prawa — jest upowszechnione w kontynentalnej kulturze prawnej przekonanie, iż prawo (system prawa) to diachroniczna, trwająca w czasie struktura zbudowana z norm — językowych wytworów (norm generalno-abstrakcyjnych interpretowanych przede wszystkim semantycznie i syntaktycznie)[38]. Odseparowało to w wielu obszarach badania prawnicze od wymiaru właściwego dla pragmatyki języka (a w następstwie tego także od socjolingwistyki).

---

37 Korespondowałoby to z H.L.A. Harta koncepcją tak zwanych *power conferring rules*, które mają wyposażać jednostkę w zdolność do działania „na podobieństwo prywatnego legislatora", zob. H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, przeł. i wstęp J. Woleński, Warszawa 1998, s. 46 i n., 65 i n., 117 i 136.

38 Z takim ujęciem prawa konkurować miała koncepcja „momentalnych systemów prawa" J. Raza czy tak zwana nielingwistyczna koncepcja normy, zob. J. Raz, *Concept of a Legal System*, Oxford 1973; także: C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems*, Wien-New York 1971; C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *The Expressive Conception of Norms*, [w:] *New Studies in Deontic Logic*, red. R. Hilpinen, Dodrecht-Boston-London 1981; K. Opałek, *Argumenty za nielingwistyczną koncepcją normy. Uwagi dyskusyjne*, „Studia Prawnicze" 1985, nr 3–4; K. Opałek, J. Woleński, *Logika i interpretacja powinności*, „Krakowskie Studia Prawnicze" 1988, nr 21, s. 13–29; K. Opałek, J. Woleński, *Is, Ought and Logic*, „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie" 73, 1987, s. 373–387.

Taki stan rzeczy w teorii wykładni miał miejsce, pomimo że podejście wykorzystujące założenia pragmatyki językowej nieobce było badaniom teoretycznoprawnym w innych obszarach (zob. na przykład teorie systemu prawa, w tym także tak zwaną nieligwistyczną koncepcję normy[39], teorie argumentacji prawniczej[40], analizy języka prawnego[41] czy też problematykę kompetencji prawnej[42]). Niewątpliwie dogodnym narzędziem badawczym pozwalającym objąć teorią wykładni także dziedzinę zindywidualizowanych aktów normodawczych jest koncepcja czynności konwencjonalnych. Koncepcja ta nie tylko znakomicie wpisuje się w nurt interpretacji humanistycznej (wykładni *largissimo sensu*), a nadto, jak wiadomo, ma walory uniwersalizujące — charakteryzuje wszelakie zachowania symboliczne, to jest niezależnie od podziałów gałęziowych czy zróżnicowania czynności na akty tworzenia i stosowania prawa. W tradycyjnej nomenklaturze prawniczej przedmiot wykładni prywatnoprawnych oświadczeń woli sytuowany bywał bowiem w kręgu zagadnień stosowania prawa. O ile standardowo pojmowana wykładnia za przedmiot miała bowiem akty prawodawcze, a poszczególne czynności interpretacyjne służyć tu miały (w ramach wykładni operatywnej wprost, a doktrynalnej pośrednio) indywidualizacji i konkretyzacji tych aktów, o tyle wykładnia aktów dokonywanych przez podmioty prawa prywatnego za przedmiot miała bezpośrednio akty indywidualne i konkretne. To, co dla pierwszej było celem, dla drugiej stawało się przedmiotem badań. Przełamanie radykalnego podziału aktów prawnych na akty tworzenia i stosowania prawa należałoby uznać za otwarcie drogi do zainteresowania się ogólnej teorii wykładni również normodawczymi aktami podmiotów prawa prywatnego. Nieco ogólniej, a zarazem łagodniej rzecz ujmując, postulat uniwersalizacji, o którym tu mowa, idzie w kierunku integralnego ujmowania przez teorię wykładni swojej dziedziny badań, to jest obejmowania nią zarówno języka jako społecznie znaczącej struktury (społeczny wytwór zdolności mowy, ogół konwencji przyjętych przez grupę społeczną), jak też aktów identyfikowanych na płaszczyźnie wykonawstwa językowego — czyli *langue* i *parole* w terminologii zainicjowanej przez F. de Saussure'a[43]. Wydaje się, że dopiero o teorii wykładni prawa budowanej ze względu na oba te obszary dałoby się powiedzieć, że jest teorią o walorach uniwersalnych.

39 Por. przypis powyżej.

40 Zob. A. Grabowski, *Judical Argumentation and Pragmatics*, Kraków 1999 i cytowana tam literatura.

41 Zob. T. Gizbert-Studnicki, *Język prawny z perspektywy socjolingwistycznej.*

42 Zob. A. Bator, *Kompetencja w prawie i prawoznawstwie.*

43 Por. F. de Saussure, *Kurs językoznawstwa ogólnego*, przeł. K. Kasprzyk, Warszawa 2002, s. 36, 40.

Warto zauważyć, że sygnalizowany dystans pomiędzy zastanym dorobkiem ogólnej teorii wykładni prawa (będącej teorią wykładni prawa publicznego, w znaczeniu wcześniej przywołanym) a cywilistycznymi teoriami wykładni aktów pochodzących od prywatnych podmiotów prawa współcześnie wyraźnie się skraca. I nie jest to, jak można sądzić, zasługą myśli prawniczej dostrzegającej potrzebę uniwersalizacji, ale raczej łączyć to należy z ewolucją praktyki prawniczej i gospodarczej. Jeszcze jakiś czas temu, rysując linię podziału pomiędzy teorią wykładni prawa publicznego (na przykład wykładnią ustawy) i teorią interpretacji prawa prywatnego (interpretacją cywilnoprawnych oświadczeń woli), można było przywołać formalną, kontrfaktyczną konstrukcję racjonalnego bądź doskonałego prawodawcy (zob. L. Nowak) z jednej strony, i mniej lub bardziej psychologizująco-obiektywizujące koncepcje służące dociekaniu „rzeczywistej woli", zamiarów i celów uczestników prywatnego obrotu prawnego[44] z drugiej strony. Współcześnie w odniesieniu do teorii wykładni prawa publicznego coraz mocniejsza jest krytyka tak pojmowanego założenia o racjonalności prawodawcy, dyktowana w głównej mierze intencją delegitymizacji przypadków jawnie wadliwej praktyki organów prawodawczych[45]. Z kolei w przypadku prawa prywatnego (tak jak pojmuję go w niniejszym tekście) daje się zauważyć tendencję odwrotną.

Już Z. Radwański kilkanaście lat temu zauważył, że „coraz bardziej upowszechniają się definicje, które w ogóle pomijają element *woli*. Wskazują one po prostu na to, że wykładnia oświadczenia woli ma na celu ustalenie miarodajnego z punktu widzenia prawnego znaczenia, potrzebnego do określenia praw lub obowiązków podmiotu"[46]. Ten właśnie sposób określania celu wykładni oświadczeń woli Z. Radwański uznał wtedy za najwłaściwszy[47]. Współcześnie — jeśli wziąć pod uwagę obowiązujące w tym obszarze standardy międzynarodowe[48] oraz odpowiadający im kierunek projektowanych zmian polskiego Kodeksu

44 Z. Radwański wyodrębnia jako tradycyjne nurty „teorię woli", zmierzającą do „odtworzenia i n t e n c j i składającego oświadczenie woli" oraz „teorię oświadczenia", a więc zmierzającą do odczytania woli, która jest „wyrażona w samym oświadczeniu lub towarzyszących mu okolicznościach"; R. Radwański, *Wykładnia oświadczeń woli składanych indywidualnym adresatom*, Wrocław 1992, s. 19–20.

45 Zob. L. Morawski, *Co może dać nauce prawa postmodernizm?*, Toruń 2001, rozdział VI.

46 Z. Radwański, *Wykładnia oświadczeń woli składanych indywidualnym adresatom*, s. 20. Autor przywołuje obszerny zestaw literatury, głównie niemieckiej, reprezentującej to stanowisko.

47 *Ibidem*, s. 21.

48 Mam tu na uwadze Konwencję wiedeńską z 1980 r. o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów. Zasady europejskiego prawa umów i inne regulacje, które mają służyć jako podstawa przyszłego Europejskiego kodeksu cywilnego; zob. szerzej E. Rott-Pietrzyk, *Wzorzec rozsądnej osoby jako kryterium wykładni oświadczeń woli*, [w:] red. C. Martysz, Z. Tobor, *Studia z wykładni prawa*, Bydgoszcz-Katowice 2008, s. 79 i n. Zob. także Z. Radwański, *Uwagi o wykładni prawa cywilnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2009, z. 1.

cywilnego[49] — tendencja ta znacząco się wzmacnia. W regulacjach tych (projektach) pojawia się konstrukcja pojęciowa o treści, a także funkcji wiązanej z nią w procesie interpretacyjnym, nasuwająca bliskie skojarzenia z konstrukcją racjonalnego prawodawcy, a mianowicie kategoria „rozsądnej osoby" (znana zresztą wcześniej z *common law* jako wzorzec *reasonable person*). W projektowanym art. 84 § 1 Kodeksu cywilnego przeczytać możemy, iż „oświadczenie woli skierowane do innej osoby należy rozumieć tak, jak rozumiałaby je rozsądna osoba znajdująca się w sytuacji adresata oświadczenia woli". W uzasadnieniu do projektu stwierdza się, że chodzi tu o „odczytanie komunikatu (oświadczenia woli) z wykorzystaniem kryterium obiektywnego: wzorca rozsądnej osoby, tj. osoby o przymiotach adresata, znajdującego się w jego sytuacji w takich samych okolicznościach"[50].

W stwierdzeniach tych znajdujemy artykulację korespondującą z założeniami, na jakich opiera się tak zwana wykładnia adaptacyjna — zbudowana wcześniej, jak wiadomo, na potrzeby prawa publicznego. Idealizująca funkcja wzorców interpretacyjnych („rozsądnej osoby", „racjonalnego prawodawcy"), a także ich praktyczne zastosowanie, wydają się w obu tych obszarach podobne. W odróżnieniu jednak od prawa publicznego obiektywizująca funkcja konstrukcji rozsądnej osoby („racjonalnego prywatnego prawodawcy") ma przy interpretacji oświadczeń woli charakter względny, gdyż może być w określonych sytuacjach zastąpiona jej odpowiednią konkretyzacją[51]. Wydaje się, że określenie granic dopuszczalnego zastosowania w prawie prywatnym (na potrzeby interpretacji oświadczeń woli) obiektywizującego wzorca „rozsądnej osoby" możliwe jest przez wykorzystanie przywołanego wcześniej rozróżnienia wypowiedzi skierowanych i nieskierowanych. Otóż, jeżeli akty normodawcze pochodzące od publicznego prawodawcy mają z natury rzeczy postać wypowiedzi nieskierowanych, gdyż nie da się tu zindywidualizować adresata (adresatów) wypowiedzi, a także nie istnieje kontekst wspólny uczestnikom powstających tu sytuacji komunikacyjnych (brak wiedzy podzielanej przez nadawcę i odbiorcę)[52],

49 Projekt dostępny na stronach Ministerstwa Sprawiedliwości, zob. www.ms.gov.pl/kkpc/kkpc.php.

50 *Ibidem*.

51 „W sytuacji, gdy adresata znał, lub powinien znać rzeczywistą wolę (zamiar) składającego oświadczenie, znaczenie tego oświadczenia należy ustalić zgodnie z wolą oświadczającego" (z uzasadnienia projektu; por. art. 84 § 2 projektu). W takiej sytuacji prymat uzyskuje dyrektywa oparta na teorii oświadczenia. W przypadku interpretacji umów zależność ta ulega odwróceniu: podstawą interpretacji jest „wspólny zamiar stron", a gdy nie jest to możliwe (na przykład w sytuacji konfliktu stron) należy skorzystać z dyrektywy opartej na wzorcu „rozsądnej osoby" (por. art. 86 projektu).

52 Por. T. Gizbert-Studnicki, *Język prawny z perspektywy socjolingwistycznej*, s. 85.

to przy oświadczeniach woli — pomimo że składanych indywidualnym adresatom, ale bez ich udziału w kształtowaniu treści komunikatu — mamy do czynienia z sytuacją zasadniczo podobną do prawa publicznego. Trudno tu mówić bowiem o wspólnej nadawcy i odbiorcy wiedzy (dowód na istnienie takiej wiedzy radykalnie, jak wiadomo, zmienia sposób interpretacji). W istocie rzeczy jest to akt jednostronny i władczy, a potrzeba ochrony sytuacji prawnej adresata ma właśnie uzasadniać odwoływanie się do zewnętrznego wzorca rozsądnej osoby. Odmiennie natomiast będą budowane dyrektywy interpretacyjne w przypadku umów, a więc obustronnie zindywidualizowanych aktów, którym — o ile nie mamy do czynienia z działaniem zniekształcającym autonomię stron czy wręcz nieuczciwym — towarzyszy wspólny kontekst sytuacyjny, oparty na porównywalnej i podzielanej przez strony wiedzy. Konstrukcja rozsądnej osoby oraz tak zwana teoria oświadczenia ustępują tu miejsca interpretacji „zgodnej z wspólnym zamiarem stron, nawet gdy co innego wynika z jej dosłownego brzmienia" (art. 86 § 1 projektu kodeksu cywilnego). Dopiero brak możliwości wykazania „wspólnego zamiaru" (zerwanie więzi socjolingwistycznej właściwej aktom skierowanym) otworzy drogę do korzystania z wzoru interpretacyjnego, jaki dostarcza pojęcie osoby rozsądnej.

Nasilająca się w ostatnich latach tendencja do podważania założenia o racjonalności prawodawcy w procesie interpretacji prawa publicznego, a zarazem coraz silniejsza skłonność do korzystania ze zbliżonej w swej funkcji konstrukcji osoby rozsądnej w prawie prywatnym, zbliżają prawniczą pragmatykę interpretacyjną w obu tych obszarach. Przyjęte w niniejszym opracowaniu kryterium zróżnicowania prawa publicznego (generalno-abstrakcyjne wytwory pochodzące od państwowego prawodawcy) i prywatnego (indywidualne i uwarunkowane kontekstowo czynności podmiotów obrotu prawnego) zaczyna do pewnego stopnia tracić na znaczeniu jako czynnik legitymizujący budowanie niezależnych od siebie twierdzeń z zakresu teorii wykładni prawa. Obecna ekspansja prawa umów w obrocie międzynarodowym oraz globalizacja tego prawa powodują odpersonalizowanie aktów prawa prywatnego oraz zmniejszenie roli wspólnego uczestnikom obrotu prawnego kontekstu sytuacyjnego (podzielanej wiedzy) jako przesłanki doniosłej w interpretacji opartej na tak zwanej teorii woli. Swoista publicyzacja tego obszaru prawa powoduje, że założenia uważane za typowe dla wykładni prawa publicznego coraz istotniejszą rolę zaczynają odgrywać także w prawie prywatnym. Idea uniwersalizmu ogólnej teorii wykładni prawa w procesach tych zdaje się znajdować sojusznika.

Czy powinniśmy wyodrębniać prawo gospodarcze? Powrót do dyskusji*

1. Niespełna 30 lat temu na łamach poznańskiego „Ruchu Prawniczego, Ekonomicznego i Socjologicznego", w odpowiedzi na zaproszenie ówczesnego redaktora naczelnego prof. Zygmunta Ziembińskiego, miała miejsce debata „Co to jest prawo gospodarcze?" z ukierunkowującym to pytanie, znaczącym podtytułem: „Dyskusja w sprawie wyodrębniania prawa gospodarczego"[1]. Debata została poprzedzona krótkim redakcyjnym wstępem, w którego zakończeniu znajdujemy zachętę do „ewentualnego kontynuowania dyskusji w zeszycie 3/1993". W zeszycie tym nie znajdziemy jednak planowanej kontynuacji. Rozmowy wokół prawa gospodarczego okazały się skromniejszym wydarzeniem niż przewidywano[2].

---

* Tekst pierwotnie opublikowany w: „Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo" 334, 2022, s. 57–67.

1 „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" (dalej: RPEiS) 1993, z. 1.

2 Jakkolwiek debata ta zostawiła pewien ślad w branżowej literaturze przedmiotu, głównie w opracowaniach z zakresu publicznego prawa gospodarczego, to jednak był to rezonans dość okazjonalny, zauważalny raczej w podręcznikach akademickich aniżeli w monografiach i artykułach, z natury rzeczy zorientowanych dyskursywnie do podejmowanej problematyki. Podręczniki mają bowiem tę szczególną cechę, że aspirując do zaprezentowania całościowego i wewnętrznie spójnego wykładu, wymuszają na autorach ich rozpoczynanie od „zagadnień wprowadzających", a wśród tych kanoniczną powinnością staje się określenie podstawowych, w tym tytułowych dla wykładanego przedmiotu (gałęzi prawa, dyscypliny badawczej), pojęć. Nie inaczej bywało z podręcznikami z publicznego prawa gospodarczego. Ich autorzy za sprawą dyskusji w RPEiS pozyskali dogodne odesłania bibliograficzne, dzięki którym mogli odnotować kontrowersyjny problem i sprawnie przechodzić do sekcji uznawanych za standardowe obszary wykładu z publicznego (administracyjnego) prawa gospodarczego. Oczywiście zasady miewają również wyjątki. Jako przykład pozwolę sobie podać wrocławski podręcznik Andrzeja Borkowskiego, Adama Chełmońskiego, Macieja Guzińskiego, Karola Kiczki, Leona Kieresa i Tadeusza Kocowskiego, *Administracyjne prawo gospodarcze*, Wrocław 2005, s. 17–21. Z kolei jako przykład próby kontynuowania przywołanej debaty posłużyć może opracowanie Cezarego Kosikowskiego, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 1995, s. 30 i n. Ten drugi przypadek można zapewne tłumaczyć tym, że sam autor uczestniczył w przywołanej dyskusji, a ponadto wydanie wskazanej pracy nastąpiło w dość bliskim związku czasowym z dyskusją w RPEiS.

Z upływem czasu można było odnieść wrażenie, że podjęta w 1993 roku problematyka coraz mocniej odchodziła w przeszłość, że w ogóle zainteresowanie doktryny prawa gospodarczego podstawowymi kwestiami pojęciowymi z własnego obszaru badawczego zdawało się zanikać. Ważniejsze okazywały się bliższe praktyce wyzwania prawne i prawoznawcze aniżeli potrzeba pojęciowej systematyzacji na elementarnym poziomie. Tendencji tej nie zmieniają również zainteresowania ogólnej teorii prawa, kształtowane głównie pod wpływem nowych wyzwań politycznych, etycznych i technologicznych. Okoliczności te zdają się tylko potwierdzać, że przywołana tu debata ze stawianymi wtedy pytaniami miałaby dzisiaj, gdyby ktokolwiek chciał ją w ogóle inicjować, jeszcze mniejsze szanse na odzew ze strony środowiska polskiej nauki prawa. A przypomnijmy, że w latach sześćdziesiątych i siedemdziesiątych XX wieku problematyka prawa gospodarczego należała do jednej z najżywiej dyskutowanych w polskim prawoznawstwie, w tym w teorii prawa. Co symptomatyczne dla tamtej debaty, dyscyplinarne zróżnicowanie zdawało się łączyć podobne wyzwanie, jakim było na przykład w przypadku cywilistów zlokalizowanie „prawa gospodarczego" w ogólnej systematyce prawa cywilnego (ze względu na ujętą w art. 1 k.c. zasadę jedności prawa cywilnego), a w wypadku teoretyków prawa — ze względu na zasadę jedności i spójności systemu prawa. Przymiot oryginalności, z intelektualnym zapożyczeniem z „myśli radzieckiej", a jednocześnie zdolność zdiagnozowania złożoności badanego zjawiska można było dostrzec w koncepcji prawa gospodarczego jako tak zwanej kompleksowej gałęzi prawa. Prawo gospodarcze miało być „stopem" dającym nową jakość, ale zachowującym właściwości łączonych elementów, to jest dwie wiodące metody regulacji: cywilnoprawną i administracyjnoprawną. W innej, przedmiotowej, interpretacji miała to być „dziedzina ponadgałęziowa", w której przynależność do prawa gospodarczego nie pozbawiała określonej instytucji prawnej przynależności do tradycyjnej gałęzi prawa[3].

Koncept „kompleksowej gałęzi prawa" można ocenić jako znaczące osiągnięcie. Pozostawał on w zgodzie z wymogiem adekwatności formułowanych twierdzeń analitycznych. W tej części nauki prawa, która była nastawiona na potrzeby praktyki, ujęcie to sprawiło jednak pewien dyskomfort. Rodziło bowiem wątpliwości na przykład przy rozstrzyganiu sporów kompetencyjnych w „sprawach gospodarczych". Być może ten właśnie poznawczy dysonans sprawił, że zainteresowanie polskiego

3 Ujęcie kompleksowe przedstawia między innymi C. Żuławska, *Co to jest prawo gospodarcze?*, RPEiS 1993, z. 1, s. 37–39.

prawoznawstwa „prawem gospodarczym" w późniejszych latach osłabło. Z punktu widzenia poznawczej funkcji nauki zapewne niewiele więcej w tej materii dało się powiedzieć. Z perspektywy prawoznawstwa zorientowanego na potrzeby praktyki wynik ten oceniono w najlepszym razie jako inspirujący punkt wyjścia do dalszych rozważań, jednak bez pełnej możliwości zastosowania w proponowanym kształcie[4].

2. Zygmunt Ziembiński w monografii poświęconej metodologii szczegółowych nauk prawnych pisał, że nauki te w badawczym punkcie wyjścia „wyselekcjonowują obiekty będące przedmiotem ich badań"[5]. Nauki szczegółowe, zanim podejmą się próby udzielenia odpowiedzi na stawiane sobie pytania, powinny poczynić starania o legitymizację swojego statusu w otoczeniu, w którym przychodzi im prowadzić standardową aktywność. W zastanej całości porządku prawnego, której podstawą zróżnicowania jest gałęziowa dyferencjacja systemu prawa, powinny znaleźć dla siebie niezagospodarowane miejsce i przeprowadzić przekonujący doktrynę prawniczą dowód na autonomię wobec tradycyjnych gałęzi prawa i zajmujących się nimi dyscyplin. Wymaga to zakończonego sukcesem testu w postaci spełnienia jakiegoś uznanego w środowisku kryterium (kryteriów) gałęziowego podziału prawa.

Nauki szczegółowe podejmują problemowo zbieżne pytania badawcze, głównie kwestie dogmatycznoprawne, wymagające separowania zestawów przypisanych im tekstów prawnych, kreujących właściwą danej nauce dziedzinę przedmiotową. Ich uzupełnieniem jest konstruowanie swoistej dla poszczególnych dyscyplin siatki pojęciowej, nietożsamych zestawów aplikowanych zasad czy technik egzegezy, na przykład metod i procedur wykładni tekstów. Tradycyjne kwestie dogmatyczne uzupełniane są ewentualnymi pytaniami z dziedziny socjologii stosunków prawnych[6]. Ponadto nauki te kooperują z odpowiadającą przedmiotowi ich zainteresowań praktyką orzeczniczą, a ta również poddana jest rygorom specjalizacji wspartej na odpowiednich kompetencjach ustrojowych i wymogach proceduralnych. Dołożyć do tego należy potrzeby dydaktyki akademickiej z jej przedmiotowymi domenami, rozpisanymi pomiędzy poszczególne katedry i zakłady, co utrwala w świadomości akademików podziały gałęziowe i dyscyplinarne.

---

4 Jak pisała Izydora Dąmbska: „w sytuacji obserwacji i w sytuacji działania można się dopatrywać dwóch procesów symetrycznych, tym się jednak wzajemnie różniących, że obraz myślowy (system pojęć) w sytuacji pierwszej jest punktem dojścia, w drugiej zaś punktem wyjścia"— I. Dąmbska, *O narzędziach i przedmiotach poznania*, Warszawa 1967, s. 48.

5 Z. Ziembiński, *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, Warszawa-Poznań 1983, s. 14.

6 *Ibidem*, s. 28 i n.

Dodajmy jeszcze uwagę ogólniejszej natury. W założeniach badawczych pozytywizmu naukowego — którego segmentem miał być pozytywizm prawniczy — mocno artykułowano potrzebę naukowej specjalizacji. Uznawano ją za czynnik decydujący o wartości poznawczej formułowanych twierdzeń. Prawniczym wyrazem tego było przekonanie, że specjalizacja zawodowa profesorów prawa i prawników praktyków jest nieodrodnym atrybutem rzetelnego, opartego na głębokiej wiedzy i zawodowym doświadczeniu, wykonywania profesji. Jakkolwiek teoria prawa nie mogła być wolna od podziałów wyrastających z potrzeb organizacyjnych, to jednak miała się różnić od nauk szczegółowych orientacją na poznawanie i wyjaśnianie, a co za tym idzie — obce miały być jej ograniczenia przedmiotowe[7].

Orientacja ta powodowała niestety inne ograniczenia, przede wszystkim separowała badania teoretyczne od prawniczej praktyki. W nurcie analitycznym objawiało się to przeważaniem nad badaniami teoretycznymi kwestii metodologicznych, skupiających się wokół poprawności i spójności wewnętrznej samych twierdzeń kosztem podejmowania rzeczywistych problemów, istotnych dla środowiska prawniczego. W następstwie tego logika i powiązana z nią lingwistyka strukturalna stały się w latach sześćdziesiątych i siedemdziesiątych XX wieku wzorcowymi dla teorii prawa sposobami uprawiania nauki. Integracja zewnętrzna okazała się ważniejsza od potrzeb praktyki. Z innych zatem powodów, niż miało to miejsce w naukach szczegółowych, teoretycy prawa również zostali dotknięci syndromem „zawodowej" specjalizacji. Zrodziło to kryzys w naukach społecznych. Zaprzestanie debaty wokół prawa gospodarczego w latach dziewięćdziesiątych i następnych można, jak się wydaje, potraktować jako jeden z objawów tego kryzysu[8]. Czy jednak teoria prawa gospodarczego miała lub ma szansę pójść inną drogą?

3. Richard Rorty, filozof polityki i kultury, jeden z głównych przedstawicieli neopragmatyzmu (inspirowanego poglądami Hegla), twierdził,

---

7 Jan Woleński pisał, że „to teoria kreuje swój przedmiot, a nie odwrotnie" — J. Woleński, *Spór o status metodologiczny nauki o polityce*, [w:] *Metodologiczne i teoretyczne problemy nauk politycznych*, red. K. Opałek, Warszawa 1975, s. 40.

8 Podobną rozterkę dostrzegam u A. Chełmońskiego: „Nie ulega wątpliwości, że takie odkrycie metodologiczne [skonstruowanie »narzędzi pojęciowych« nadających się do »klasyfikacji i kwalifikacji zjawisk prawnych« — A.B.] byłoby mocną, pewną podstawą do przyjęcia, iż prawo gospodarcze [...] stanowi odrębną dyscyplinę naukową. Jednakże, jak dotąd, podejmowane w tym kierunku próby nie przyniosły zadowalających wyników, a badania instytucji prawa gospodarczego wciąż rozłamują się wzdłuż tradycyjnych podziałów. Stąd też, w moim przekonaniu, pojęcie prawa gospodarczego nie jest wystarczająco użyteczne do tego, aby mogło służyć jako pojęcie wyznaczające przedmiot i metodę badań" — A. Chełmoński, *Co to jest prawo gospodarcze?*, RPEiS 1993, z. 1, s. 8.

że każda filozofia powinna zabiegać o to, aby „swój czas uchwycić w myśli”[9]. Tę paremię Rorty formułował w okolicznościach podobnych do interesujących nas w tym artykule. Krytykował mianowicie wpływową grupę swoich filozofujących kolegów z amerykańskich uniwersytetów za to, że kierując się założeniami naturalizmu metodologicznego, preferują logiczno-lingwistyczny formalizm z jego pojęciowymi dystynkcjami, służący promowaniu „lokalnych” osiągnięć poprzez usilne próby wpisywania ich w uniwersalny porządek wiedzy. Oddają się oni przez to potrzebie uprawomocniania „samych siebie”, a tym samym urabiają przekonanie o naukowym statusie własnych przedsięwzięć. Mimo zasadniczych różnic między przyrodoznawczym „światem natury” a humanistyczno-społecznym „światem kultury” próbują stosować te same lub zbliżone metody, techniki i strategie badawcze.

Aplikując filozoficzne stanowisko Rorty’ego do interesującego nas pytania o sensowność wyróżniania (nauki) prawa gospodarczego, należy zauważyć, że poszukiwana odpowiedź powinna odwoływać się do środowiskowego („lokalnego”) uprawomocniania. Rozstrzygająca nie powinna być odpowiedź odwołująca się do zapożyczonych z zewnątrz, uniwersalizujących wymogów poprawności metodologicznej z jej predyspozycją do logicznych podziałów. Innymi słowy, poszukiwana odpowiedź powinna być oparta na analizie cech samego prawa gospodarczego przy zachowaniu dystansu do odgórnie przyjmowanych kryteriów podziałów, w tym oferowanych przez ogólną naukę o prawie. Prawoznawstwo powinno bowiem przemawiać do nas słownictwem praktycznym, powiązanym z lokalnym działaniem („gospodarowaniem”), a nie teoretyczną kontemplacją wytworów działania („systematyzacją”). Prawda w opinii amerykańskiego neopragmatysty jest ustaleniem wypracowywanym w dialogu i konwersacji członków społeczeństwa, zarówno prowadzonych wewnątrz określonego kolektywu, a więc na przykład prawników zainteresowanych problematyką gospodarczą, jak i kształtowanych z udziałem innych problemowo nieobojętnych grup, na przykład ekonomistów interesujących się prawem czy językoznawców, których zajmują problemy języka prawnego.

Oba inicjujące dyskusję z 1993 roku pytania („Co to jest prawo gospodarcze?”, „Czy wyodrębniać prawo gospodarcze?”) najwyraźniej — parafrazując metaforę Rorty’ego — już „nie chwytały swojego czasu w myśli”. Te nowe czasy to zmiana otoczenia społecznego prawoznawstwa za sprawą ówczesnych reform otwierających drogę do gospodarki

9 R. Rorty, *Filozofia analityczna a filozofia transformacyjna*, „Analiza i Egzystencja” 2007, nr 5, s. 7.

rynkowej. Inicjatywę prof. Ziembińskiego z lat dziewięćdziesiątych można zatem potraktować jako próbę diagnozy starych postaw badawczych w nowych czasach. Test ten nie wypadł najlepiej, skoro inicjatywa ta nie pociągnęła za sobą debaty porównywalnej z dyskusją z lat sześćdziesiątych i siedemdziesiątych. Najwyraźniej polskie prawoznawstwo nie było wtedy jeszcze gotowe na nowe otwarcie, choć symptomy nowego spojrzenia ze strony teorii prawa można było już dostrzec. Mam tu na uwadze proces, który bywa nazywany „pragmatycznym przełomem"[10]. W tej nowej, a właściwie odnowionej (neopragmatycznej) perspektywie wiele znanych nam od czasów Kartezjusza i powszechnie w nauce stosowanych pojęciowych opozycji i klasyfikacji — w tym rozróżnienie teorii i praktyki — zostało podważone i zastąpione takimi punktami oparcia dla badań naukowych, jak: 1) praktycyzm i orientacja na cel/skutek działania; 2) perspektywa działającego podmiotu wypierająca dziedzinowy ogląd rzeczywistości; 3) przywiązywanie szczególnej wagi do uwarunkowań społecznych i sytuacyjnego kontekstu działania[11]. Tym, co integruje teorię i praktykę, jest działanie. Pragmatyzm — jak ujmował to John Dewey — jest „nastawieniem umysłu", jest „postawą", jaką przyjmuje wobec wiedzy działający podmiot[12].

4. Zauważmy, że polski prawodawca w swoich regulacjach unika nazwy „prawo gospodarcze", natomiast w różnych konfiguracjach pojawia się zwrot „działalność gospodarcza", zazwyczaj w frazeologicznym związku z podmiotem i celem jego działania, na przykład działalność przedsiębiorcy prowadzona w celu „zarobkowym" (jak było to ujęte w art. 1 i 2 ustawy o działalności gospodarczej z 1988 roku). Podobnie rzecz się miała w późniejszych regulacjach. W ustawie z 1999 roku inaczej tylko rozłożono akcenty (znika „zarobkowy cel", pojawia się „zarobkowa działalność" oraz bliższa charakterystyka samego działania — „w sposób zorganizowany i ciągły"; art. 2). Niewiele pod tym względem zmienia się w ustawie z 2004 roku oraz w obecnie obowiązującym Prawie przedsiębiorców (zob. art. 1 i 3). Określenie, czym jest „prawo gospodarcze", najwyraźniej nie było ustawodawcy potrzebne. Nie wydaje się również, aby ten brak doskwierał przedsiębiorcom, organom administracji gospodarczej i sądownictwu orzekającemu w sprawach

10 Zob. na przykład R.J. Bernstein, *The Pragmatic Turn*, Cambridge-Malden 2010. Odrzucenie tradycyjnego obrazu wiedzy i nową wizję filozofii znaleźć można u Rorty'ego w: *Philosophy and the Mirror of Nature* (polskie wydanie: R. Rorty, *Filozofia a zwierciadło natury*, Warszawa 2013).

11 Por. M. Kassner, *Pragmatyzm i radykalny liberalizm. Studium z filozofii politycznej Johna Deweya*, Toruń 2019, rozdziały 1 i 2.

12 J. Dewey, *Essays in Experimental Logic*, New York 2004, s. 303.

gospodarczych[13]. Jako przykład na to, że dziedzinowo wyodrębnione prawo gospodarcze nie jest potrzebne nauce, a nawet może być barierą w badaniach naukowych, niech posłuży ekonomiczna analiza prawa.

Dla ekonomicznej analizy prawa następstwa posługiwania się prawem jako regulatorem stosunków gospodarczych są niezależne od przyjmowanej w doktrynie prawniczej konkretnej struktury systemu prawa z jego podziałami na gałęzie, instytucje czy dyscypliny badawcze. W ramach tego nurtu analizie poddawane jest nie „prawo gospodarcze", ale regulowane prawem zachowania „przedsiębiorców" (przy zresztą dość swobodnym rozumieniu i tego terminu) powodujące skutki ekonomiczne. Prawo jest istotnym, aczkolwiek tylko jednym z wielu zewnętrznych uwarunkowań ważnych dla powstawania tychże następstw. Dystynkcje przedmiotowe nie mają tu żadnego znaczenia. Konsekwencje ekonomiczne (gospodarcze) powodują, lub mogą powodować, właściwie wszystkie znane nam z tradycji *civil law* dziedziny regulacji prawnych. Badania nad gospodarczymi funkcjami prawa przeprowadzane w ramach nurtu Law & Economics obejmowały różne gałęzie i instytucje prawne, w tym takie, które zwykle traktowane są przez rodzimych prawoznawców i praktyków prawa jako mające niewiele wspólnego z intuicyjnie pojmowanym prawem gospodarczym (na przykład wpływ struktury federalnej państwa[14], regulacje przestępczości[15], instytucje rozwodów i adopcji[16]). Metodologicznym założeniem leżącym u podstaw prowadzonych analiz jest programowe ignorowanie barier przedmiotowych, również klasycznego podziału na prawo prywatne i publiczne. Jeżeli mówić tu o jakimkolwiek programie, to byłby to raczej program zewnętrznej integracji prawoznawstwa z innymi naukami, a w rozważanym przypadku przede wszystkim wpasowywania myślenia prawniczego w rozumowanie właściwe gospodarującemu podmiotowi. Powinno się to łączyć z odpowiednią reformą prawniczego nauczania uniwersyteckiego[17].

Motywacja interesowna oraz podporządkowana jej interpretacja wiedzy o okolicznościach warunkujących podejmowane decyzje, w tym wiedzy o obowiązującym prawie, stanowią wyznaczniki gospodarczej

---

13 Słusznie pisał A. Chełmoński, że w dyskusji wokół prawa gospodarczego „idzie [...] w istocie nie o to, czym jest prawo gospodarcze, lecz o to, jak i dla jakiego celu pojęcia tego używać?" — A. Chełmoński, *Co to jest prawo gospodarcze?*, s. 7.

14 R.A. Posner, *Economic Analisis of Law*, Boston-Toronto 1977, cz. VII.

15 Zob. *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, red. G.S. Becker, W.M. Landes, New York 1974; *Economic Models of Criminal Behavior*, red. J.M. Heineke, Amsterdam-New York-Oxford 1978.

16 Por. R.A. Posner, *Economic Analisis of Law*, s. 101 i n.

17 R.A. Posner, *The Decline of Law as an Autonomous Discipline 1962–1987*, „Harvard Law Review" 761, 1987, s. 763 i n.

racjonalności postępowania. Wiedza ta wyznacza kontekst społeczny, w którego obrębie podmiotowi gospodarczemu przychodzi podejmować decyzje. Mimo odmiennych perspektyw prawodawcy i uczestnika rynku po stronie każdego z nich mamy do czynienia, lub mieć powinniśmy, z podobną postawą w relacjach wobec prawa, której fundamentem jest technologiczna racjonalność wewnętrzna działającego podmiotu (*homo oeconomicus*). O ile jednak przedsiębiorca (uczestnik rynku) z natury swej praktyki podejmować będzie czynności instrumentalizujące posiadaną wiedzę pod kątem spodziewanych korzyści, o tyle prawodawca, sąd czy organ administracji gospodarczej powinien dodatkowo mieć świadomość, że współtworzy reguły obecne na rynku oraz że reguły te będą przez jego uczestników poddawane różnorakim testom na ich użycie, w tym także takim, które w skrajnych sytuacjach mogą prowadzić do ignorowania obowiązków prawnych. Prawo samo staje się tu zatem rynkowym „towarem". Zewnętrznym testem na poprawność użycia prawa do celów gospodarczych jest zasada użyteczności, ujmowana w postaci globalnie korzystnego stanu alokacji ekonomicznych zasobów (zasada optimum w sensie Pareto). Prywatny i publiczny charakter podejmowanych działań rynkowych znajdują tu punkt wspólny.

Lektura prac składających się na dorobek nurtu Law & Economics powinna uświadomić prawoznawcom — zwłaszcza ukształtowanym w tradycji prawa stanowionego — że „prawnicze" spojrzenie na prawo jest tylko jednym z możliwych podejść badawczych (ma wymiar „lokalny"), a zbudowanie pełnej teorii prawa gospodarczego wymaga zalecanego przez Rorty'ego „dialogu i konwersacji" prawników ze środowiskiem ekonomistów, socjologów i psychologów. Każde z tych środowisk może mieć bowiem coś istotnego do powiedzenia w kwestii gospodarczego zachowania się człowieka. Specyfika dotychczasowych teoretycznych badań nad prawem gospodarczym z jej normatywnymi uwarunkowaniami przedmiotowymi służyła budowaniu pojęciowego porządku samych prawników, a ich punkt widzenia eksponuje tylko jedną z wielu możliwych postaw wobec prawa[18].

5. Nurt Law & Economics należy do podejść badawczych wyrastających z tradycji realizmu prawniczego. Jerzy Wróblewski zapewne zaliczyłby go do antyprawniczego modelu prawoznawstwa[19]. Dlatego na zakończenie

18 Na przykład Wiesław Karsz proponował ekonomiczną analizę prawa ujmować jako jedną z płaszczyzn badawczych prawoznawstwa; zob. W. Karsz, *Ekonomiczna analiza prawa w prawoznawstwie amerykańskim*, „Studia Prawno-Ekonomiczne" 28, 1982, s. 49.

19 Zob. J. Wróblewski, *Modele prawoznawstwa a typy kształcenia prawniczego*, „Państwo i Prawo" 1981, z. 4, s. 21 i n.

pozwolę sobie na krótki komentarz do debaty o prawie gospodarczym, w którym wykorzystam pewne elementy dorobku z obszaru prawniczej socjolingwistyki.

W rozprawie *Użycie normy prawnej w regulacji stosunków gospodarczych* zaproponowałem między innymi właśnie taką reorientację teoretyczną w dotychczasowych badaniach nad rozważaną problematyką. Wyodrębniłem tam kilka wiodących elementów składających się na gospodarowanie jako typ postawy wobec prawa[20]. Zasadniczą, wyjściową zmianą było zastąpienie tradycyjnego pojęcia prawa gospodarczego — z jego strukturalistyczną, dziedzinową proweniencją — terminem „gospodarowanie" jako pewnym typem zachowania się wyrastającego z określonych przekonań działającego podmiotu (przedsiębiorcy). Spośród szeroko omawianej w przywołanym opracowaniu listy cech składających się na tę postawę pozwolę sobie przywołać tylko jedną, szczególnie istotną z punktu widzenia historycznej debaty z 1993 roku, a mianowicie tak zwany językowy kontekst sytuacyjny. Miał on być jedną z alternatyw strukturalnego podejścia badawczego, generującego kłopotliwe pytanie o miejsce prawa gospodarczego w gałęziowej i dyscyplinarnej systematyce prawa i prawoznawstwa.

Pozycjonując gospodarowanie jako pewien typ postawy towarzyszącej podmiotom w ich działaniach, odrzucamy założenie, że określone zachowanie jest uznawane za „gospodarcze" lub pozbawione tej cechy ze względu na jakiś zestaw zobiektywizowanych cech. Przyjmujemy w to miejsce perspektywę odwołującą się do motywacji/racji sterujących zachowaniami gospodarczymi. Przekonania jednostkowe czy stypizowane postawy użytkowników języka nie wyrażają się bowiem na gruncie proponowanego podejścia badawczego w samym języku, w ich treści, lecz są pewną relacją tych osób wobec języka, a więc tym, co bywa określane „sytuacją językową"[21]. Ma to istotne konsekwencje, jeżeli chcemy ustalić, na czym polega gospodarcze uwarunkowanie prawa. Jeśli prawo „jest tekstem" (aktem normatywnym, zbiorem przepisów), to pozajęzykowy kontekst (na przykład wiedza ekonomiczna, choćby tylko intuicyjna) jest czynnikiem determinującym rozumienie tekstu, które następnie staje się racją działania podjętego przez gospodarujący podmiot. Dzięki temu tekst prawny wcale nie musi być przez prawodawcę adresowany do przedsiębiorcy, żeby stał się składnikiem „prawa gospodarczego".

---

20 A. Bator, *Użycie normy prawnej w regulacji stosunków gospodarczych*, Wrocław 2000, rozdział 6.

21 Zob. A. Piotrowski, M. Ziółkowski, *Zróżnicowanie językowe a struktura społeczna*, Warszawa 1976, s. 135.

Wystarczy, aby przedsiębiorca przypisał mu doniosłość (znaczenie) relewantną do sytuacji, w której podejmuje on decyzję gospodarczą[22].

Kontynuując podniesiony w związku z ekonomiczną analizą prawa wątek pozaprzedmiotowego spojrzenia na prawo, możemy zadać sobie pytanie, co łączy tak — wydawałoby się — odległe od siebie dziedziny praktyki społecznej jak budownictwo i działalność wydawnicza, malowanie obrazów na zamówienie i szycie garnituru na miarę? Każda z tych działalności może mieć walor działalności gospodarczej przez to, że każdej z nich może towarzyszyć nastawienie na zysk. Aktywności te nie muszą mieć wspólnego „pola tematycznego", to jest spajających je treści językowych[23]. W podanych przykładach są to różne dziedziny praktyki językowej, mimo że z prawnego punktu widzenia wszystkie dadzą się ująć wspólną konstrukcją, na przykład umowy o dzieło. Takie właśnie zautonomizowane, utrwalone praktyki językowe (w rozważanych przykładach — praktyka cywilistyczna) stwarzają opór kształtowaniu się w obszarze prawa gospodarczego jego własnej tematycznej siatki pojęciowej. Konstrukcja umowy o dzieło staje się dogodną dla prawnika formą kwantyfikacji przywołanych praktyk językowych, dzięki czemu kwantyfikowane składowe w oglądzie prawniczym tracą walory semantyczne (cywilista nie musi na przykład znać języka opisu działalności „budowlanej" czy „wydawniczej"). Jednak kompetentny znawca problematyki budownictwa i prawa budowlanego zapewne nie będzie miał kłopotów z obroną tezy o językowej autonomii tej dziedziny praktyki społecznej z jej specyficznym słownictwem (inwestor, operat geodezyjny, książka obmiarów, aprobata techniczna, roboty zamknięte itp.). Prawo cywilne i prawo budowlane mają zatem względnie silne pola tematyczne, historycznie ukształtowane przez specyficzne dla siebie konteksty społeczne[24].

Stan ten można potraktować jako podpowiedź przy próbach odpowiedzi na pytanie o przyczyny kłopotów z „wyodrębnianiem prawa gospodarczego". W konkurencji między obydwoma tymi społecznymi praktykami językowymi nie ma już miejsca albo jest go niewiele na

22 Prawo nie musi zatem składać się wyłącznie z „wypowiedzi skierowanych" („do kogoś"). Mogą to być również „wypowiedzi nieskierowane" („dla kogoś"); zob. T. Gizbert-Studnicki, *Język prawny z perspektywy socjolingwistycznej*, Warszawa 1986, s. 58.

23 Znajdowanie wspólnego „pola tematycznego" można potraktować jako spragmatyzowaną interpretację przesłanek warunkujących gałęziową odrębność prawa. Pole tematyczne może być bowiem rozumiane między innymi „jako dziedzina praktyki społecznej, która jest przedmiotem regulacji" oraz „metoda regulacji"; zob. T. Gizbert-Studnicki, *Język prawny z perspektywy socjolingwistycznej*, s. 80–83.

24 Obserwując w ostatnich latach tendencję do rozbudowywania regulacji w Kodeksie cywilnym dotyczących robót budowlanych, można uznać to za symptom ekspansji prawa cywilnego albo zacierania się granic między obiema gałęziami prawa (praktykami językowymi).

wykształcenie się językowej autonomii prawa gospodarczego. Prawo działalności gospodarczej nie rozwinęło wszak własnego podsystemu leksykalnego na tyle, aby był on zdolny na swój sposób kategoryzować istotne dla działalności gospodarczej fragmenty rzeczywistości pozajęzykowej. Obszernie natomiast zapożycza pojęcia z różnych słowników branżowych, i to nie tylko prawa cywilnego i budowlanego. Poszukiwany rejestr przebiega nieomal w poprzek podziału na prawo publiczne i prywatne. Dziedzina stosunków gospodarczych jest zatem w dużej mierze konglomeratem różnych pól tematycznych. Trudno w tej sytuacji oczekiwać wykształcenia się w miarę spójnej branżowej dogmatyki (nauki szczegółowej) prawa gospodarczego.

CZĘŚĆ TRZECIA

PRAWO W KONSTYTUCJI

Prawo w konstytucji czy konstytucja prawa — w związku z art. 8 Konstytucji RP*

Jednym ze starszych dylematów, który towarzyszy prawno-filozoficznej refleksji nad funkcją i kształtem konstytucji, jest pytanie, czy zadaniem tego typu aktów jest prawne uregulowanie takich zachowań, które z jakichś powodów uznawane są za szczególnie dla życia państwa i społeczeństwa ważne, czy też może rolą konstytucji jest samo bycie szczególnego rodzaju prawem. Inaczej mówiąc, czy o „zasadniczym" charakterze tej ustawy decyduje jej szczególny przedmiot, czy jej wyjątkowa pozycja w systemie prawa. W pierwszym przypadku mielibyśmy do czynienia — mówiąc nieco swobodnie — ze „zwykłym" prawem dotyczącym jednak „niezwykłych" spraw, w drugim zaś z prawem o wyjątkowym statusie. Wiele wskazuje na to, że dylemat ten nie ma dobrego rozstrzygnięcia, a współczesne konstytucje próbują realizować obie te role. Tak też stało się z nową Konstytucją RP, która zadekretowała oba te oczekiwania. Uczyniono to zresztą w jednym artykule 8, w jego ustępach 1 i 2. Chęć traktowania prawa zapisanego w konstytucji jako zarazem norm „zwykłych" i „niezwykłych" jest oczekiwaniem już *prima facie* niespójnym, a więc takim, którego rezultaty nie będą się wzajemnie wspierać. To trochę tak, jak z jednoczesnym używaniem koloru białego i czarnego: zazwyczaj nie prowadzi do jakiegoś kolorystycznie klarownego rezultatu.

1. Cechą charakterystyczną dyscyplin wchodzących w skład prawoznawstwa jest to, że każda z nich próbuje znaleźć dla siebie takie atrybuty, które dowodziłyby jej własnej odrębności lub w jakikolwiek sposób pojętej specyfiki. Identyfikacja taka ma potwierdzać samodzielność, przekonywać o istnieniu tytułu do emancypacji zarówno środowiska

* Tekst pierwotnie opublikowany w: *Konstytucja*, red. A. Bator, „Z zagadnień teorii i filozofii prawa", Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1999, s. 37–65.

naukowego, które wokół siebie skupia, jak i podejmowanych przez daną dyscyplinę problemów badawczych. Najprostszym i w prawoznawstwie najbardziej skutecznym kryterium takiego wyodrębnienia jest argument odwołujący się do badanej dziedziny (kryterium przedmiotowe). Rola, którą z perspektywy nauk szczegółowych ma do spełnienia ogólna teoria prawa, jest nieco niewdzięczna. Zadania badawcze teorii są bowiem realizowane ponad tego rodzaju podziałami i towarzyszy im zwykle lekceważenie kryteriów przedmiotowych, a więc tych cech badanych problemów, którym w naukach szczegółowych przypisuje się tak doniosłe znaczenie[1]. Poszerzenie teorii prawa o problematykę podejmowaną do tej pory przez dyscyplinę szczegółową zazwyczaj prowadzi do redukcji jakiejś wypracowanej na gruncie tej szczegółowej dyscypliny koncepcji lub chociażby pojęcia do jakiejś ogólniejszej, istniejącej wcześniej konstrukcji teoretycznoprawnej, co w istocie prowadzi do pewnej postaci zawłaszczenia takiej problematyki przez teorię prawa i eliminowania jej z dotychczasowego obszaru. Takie rozwiązanie problemu poprzedzone jest najczęściej argumentacją, iż dotychczasowe próby jego rozwikłania na gruncie danej dyscypliny szczegółowej nie mogły się zakończyć sukcesem, gdyż problem ma ponaddyscyplinowy charakter, w czym tkwi z kolei zarzut immanentnej niezdolności uporania się z nim przez określoną naukę szczegółową. U źródeł takiego trybu rozwiązywania przez teorię prawa zagadnień pochodzących z obszaru nauk szczegółowych leżą zatem takie przekonania, które przez przedstawicieli dyscyplin szczegółowych mogą być odbierane nie tyle jako próba rozwiązania ich własnych problemów, ile raczej jako ich przesuwanie na inny obszar badawczy czy po prostu nazwanie ich w innym, bardziej uniwersalnym języku. Powoduje to trudności we współpracy i pewien rodzaj niechęci, a przynajmniej pewnego dystansu środowiska prawniczego wobec teorii prawa angażującej się w problematykę, której źródłem są nauki szczegółowe.

Pod tym względem nauka prawa konstytucyjnego znajduje się w nieco odmiennej, wydawać by się mogło, że bardziej uprzywilejowanej od innych nauk szczegółowych sytuacji. Przede wszystkim można by sądzić, że nie powinna mieć trudności z samookreśleniem się w obrębie prawoznawstwa. Zasada prymatu konstytucji w obrębie porządku prawnego sama przez się narzuca kryterium identyfikacji przedmiotu badań: jest nim akt prawny, o którego szczególnym charakterze przesądził już sam prawodawca, a zatem dowodzenie specyfiki (odrębności) nauki prawa konstytucyjnego na tle innych dyscyplin prawniczych wydawać by

1 J. Woleński, *Dyscyplina a teoria naukowa*, „Zagadnienia Naukoznawstwa" 1981, z. 1–2, s. 9.

się mogło przedsięwzięciem zbędnym. Uznanie konstytucji za najwyższe prawo w systemie aktów normatywnych powinno również zbliżać do siebie zainteresowania badawcze nauki prawa konstytucyjnego i teorii prawa, a to ze względu na oderwanie się obu tych nauk od przedmiotowości pojmowanej jako związek dyscypliny prawniczej z określonym typem stosunków regulowanych przez normę prawną, co stanowi przecież tak charakterystyczny wyznacznik odrębności między tak zwanymi gałęziami systemu prawa oraz — odpowiednio — nadbudowanymi nad tymi gałęziami naukami szczegółowymi. Jednak okazuje się, że z jednej strony ogólność (przedmiotowa otwartość) regulacji norm prawa konstytucyjnego, z drugiej zaś strony ogólność rozważań nad prawem (na przykład analiza pojęcia normy), tak charakterystyczna dla teorii prawa, to słaby i raczej przypadkowy związek, nieotwierający szerszych perspektyw do podejmowania wspólnych problemów badawczych[2]. W każdym razie we współczesnej doktrynie prawa konstytucyjnego z dość dużym trudem przychodzi znajdowanie dowodów na świadome korzystanie z jakichś teoretycznoprawnych inspiracji[3]. Jak się wydaje, w przypadku prawniczej teorii norm stan ten swoją przyczynę znajduje w tym, że dla uprawianej w paradygmacie analitycznym teorii prawa — a taka w przeważającej mierze jest obecnie teoria norm — szerokość zakresu regulowanych przez normę stosunków społecznych nie ma znaczenia. Z ponad gałęziowego charakteru prawa konstytucyjnego (wykraczania przez regulacje konstytucyjne poza przedmiotowo określone typu stosunków społecznych) dla teoretycznych konstrukcji norm niewiele wynika. Decydującym dla teorii norm odniesieniem jest bowiem tekst prawny, a nie szerokość zakresu regulacji norm, a więc to, jak rozległych przestrzeni życia społecznego, regulowanych przez normę zachowania, dotyczą. W przypadku prawa konstytucyjnego istotne dla teorii norm odniesienie (tekst prawny) i tak limitowane będzie w sposób nieróżniący się niczym od przypadków, z jakimi mają do czynienia inne nauki szczegółowe; prawo konstytucyjne to przecież tekst konstytucji oraz kilka innych, możliwych do policzenia okołokonstytucyjnych aktów prawnych (gdy chodzi o identyfikację swoich tak zwanych formalnych źródeł prawa, dogmatyka prawa konstytucyjnego

2 Charakterystyczne jest to, że w debatach nad rolą teorii prawa w obrębie prawoznawstwa akces do dyskusji zgłaszają w pierwszej kolejności cywiliści (zob. na przykład głosy w dyskusji nad podręcznikiem K. Opałka i J. Wróblewskiego, *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969: „Państwo i Prawo" 1970, z. 5; 1971, z. 1), natomiast doktryna prawa konstytucyjnego pytaniem tym nie wydaje się raczej zainteresowana. Bliższe zawsze były jej związki z prawniczą „teorią państwa".

3 Jedynym przykładem, jaki w polskiej literaturze prawniczej znajduję, na w pełni świadome wykorzystanie przez doktrynę prawa konstytucyjnego dorobku prawniczej teorii norm, jest praca P. Tulei, *Normatywna treść praw jednostki w ustawach konstytucyjnych RP*, Warszawa 1997.

znajduje się w dużo dogodniejszej sytuacji niż na przykład nauka prawa administracyjnego czy gospodarczego).

Doniosłość konstytucji w życiu społecznym, związana z szerokością zakresu regulacji norm konstytucyjnych, nie musi zatem przekładać się na jakieś heurystycznie wartościowe tezy, inspirujące teorię do konstruowania prawniczych koncepcji normy. Wiąże się natomiast z wieloma komplikacjami natury dogmatycznoprawnej, w tym przede wszystkim z określeniem normy konstytucyjnej jako podstawy decyzji stosowania prawa. Ogólność tych norm sprawia, iż zwykle pokrywają się one zakresowo z innymi, bardziej szczegółowymi normami niższej rangi, przy czym te ostatnie zwykle traktowane są przez sądy i organy administracji jako normy należące do pewnego kanonu źródeł danej gałęzi prawa lub instytucji prawnej, a przez to stosowane są bez uwzględnienia regulacji konstytucyjnych (a w każdym razie obecności norm konstytucyjnych nie dostrzega się przynajmniej dopóty, dopóki organ stosowania prawa nie nabierze wątpliwości co do legitymizacji zrekonstruowanej przez siebie normy przez akty normatywne, znajdujące się na liście uznanych źródeł prawa). Tak jak warunkiem wykonywania przez nauki szczegółowe swoich zadań badawczych jest separacja swojej dziedziny badawczej, tak samo warunkiem wykonywania swoich kompetencji przez jakikolwiek sąd lub organ administracji jest pilnowanie swojej właściwości rzeczowej oraz znajdowanie dla „spraw danego rodzaju" przedmiotowo odpowiednich norm. Zwykle dopiero trudności z takim znajdowaniem (tekst ustawy jest wieloznaczny bądź też nie można zrekonstruować z niego jakiejkolwiek normy dla jakiejś aksjologicznie doniosłej sytuacji) skłania organ stosowania prawa do wyjścia poza uznany przez siebie kanon źródeł prawa danej dziedziny. Jest to moment, w którym sądy i organy administracyjne mają wyjątkową okazję sięgnąć do konstytucji.

Inaczej natomiast jest wtedy, gdy doniosłość konstytucji postrzegamy nie przez pryzmat szerokości zakresu regulacji zawartych w niej norm, lecz poprzez szczególną jej pozycję w ramach systemu prawa, a więc jako aktu specyficznego nie tyle w sensie prawnym, co raczej w znaczeniu metaprawnym. Zasada prawna, nadająca konstytucji rangę „najwyższego prawa", odzwierciedla się tu poprzez zapisy wyposażające określone podmioty w kompetencje prawne, poprzez formułowanie reguł identyfikacji prawa (konstytucyjna koncepcja źródeł prawa), czy wreszcie poprzez stwarzanie podstaw dla reguł interpretacji prawa lub reguł usuwania kolizji w obrębie systemu prawa (orzekanie o zgodności z konstytucją ustaw i innych aktów prawnych). Ten aspekt konstytucji zawsze był doceniany przez teorię prawa, choć zwykle problematyka ta uznawana jest za ten typ kwestii, które w sposób pełny nie są możliwe

do konstytucyjnego uregulowania, i które z natury swej wykraczają poza standardowe regulacje konstytucyjne. Perspektywa postrzegania konstytucji — lub innych regulacji bądź faktów zaliczanych do materii prawno-ustrojowej (tam, gdzie teksty konstytucyjne są oszczędne lub ustaw konstytucyjnych w ogóle nie ma) — jako „wyższego prawa" zawsze inspirowała teoretyków. Wynikiem tego rodzaju dociekań były różne, mniej lub bardziej ściśle związane z problematyką prawno-konstytucyjną koncepcje z kręgu teoretycznych rozważań nad obowiązywaniem prawa wraz z towarzyszącymi im różnymi propozycjami pojęciowymi, jak na przykład „normy wyższego porządku" (G. von Wright), „normy (reguły) uznania" (H.L.A. Hart) czy „normy — zasady" (R. Dworkin, R. Alexy).

Ten drugi sposób pojmowania szczególnej pozycji norm konstytucyjnych z punktu widzenia dogmatyki prawa konstytucyjnego znajduje swój wyraz w działalności sądów konstytucyjnych i stawianych im zadań w zakresie orzekania o wewnętrznej „zgodności" norm w ramach określonego systemu prawnego. Pełnienie przez normy konstytucyjne roli wewnątrzprawnych kryteriów ustalania obowiązywania, wedle których dokonuje się prawnej kwalifikacji innych norm danego systemu, współcześnie jest uznawane — przynajmniej w kręgu kulturowym odwołującym się do założeń pozytywistycznej koncepcji prawa — za jedną z podstawowych funkcji norm ustawy zasadniczej. A w każdym razie roli tej nie mogą spełniać normy innych aktów prawnych (ustaw i aktów podustawowych), jako że to właśnie o nich jest tu orzekana kwalifikacja „prawnego obowiązywania" (a pełnienie przez określoną normę zarówno roli kryterium orzekania cechy „obowiązywania prawnego", jak i przedmiotu, o których taka cecha jest orzekana, uznać należałoby po prostu za logiczny błąd[4]). W wypełnianiu tego rodzaju roli regulacje konstytucyjne mogą być zastąpione jedynie przez doktrynę lub praktykę prawniczą, co zresztą do pewnego stopnia zawsze miało i ma również dzisiaj miejsce[5], nawet jeśli zważy się nowatorskie pod tym względem uregulowania zawarte w przepisach rozdziału III obecnie obowiązującej Konstytucji RP.

---

4 Sytuacja tego rodzaju naruszałaby jedno z tak zwanych praw Gödla, mianowicie to, które powiada — ujmując je w nieco swobodnej konwencji — że nie istnieje możliwość podania dowodu niesprzeczności systemu w przypadku, gdy chcemy to uczynić za pomocą środków, które same są elementami systemu, o którym taka cecha (cecha niesprzeczności) miałaby być orzekana.

5 Lista czynników doniosłych dla ustalenia kryteriów obowiązywania prawa jest tak obszerna, że oczekiwanie ich pełnego ujęcia w jakiejkolwiek ustawie nie wydaje się możliwe. Próbę skompletowania tych elementów znajdujemy w rozwiniętej koncepcji źródeł prawa Z. Ziembińskiego (por. na przykład *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, rozdział 5). Stąd też wyeliminowanie współkształtującej roli prawoznawstwa i praktyki prawniczej w procesie ustalania tych kryteriów nie wydaje się możliwe.

Problem z charakterystyką normatywności konstytucji zaczyna się dopiero wtedy, gdy tego rodzaju zasadniczo niesporną dla doktryny prawniczej funkcję kontrolną w obrębie systemu prawa ustawy zasadniczej (funkcję metaprawną konstytucji) chcemy łączyć ze zwykłą funkcją prawną zawartego w niej tekstu (prawną funkcją tekstu konstytucji). Takie połączenie różnych funkcji w obrębie jednego aktu prawnego rodzić może na gruncie prawoznawstwa wiele komplikacji. Przede wszystkim zważać należy na to, aby określonemu, odtworzonemu z tekstu konstytucji egzemplarzowi normy nie przypisywać takiej podwójnej funkcji, gdyż może to prowadzić do mieszania kryteriów ustalania obowiązywania norm z konkluzjami, do których stosowanie tych kryteriów prowadzi (uznaniem wypowiedzi za normę obowiązującą). W istocie oznaczałoby to przeprowadzenie niejako „w poprzek" konstytucji podziału jej tekstu na partie, z których jedna służyłaby rekonstrukcji norm zawierających obowiązki prawne, druga zaś zawierałaby logicznie rozłączne (choć funkcjonalnie powiązane) reguły zawierające przesłanki ustalania takich obowiązków. Oczywiście tego rodzaju sytuacja w obrębie jednej „gałęzi prawa" sama przez się nie jest niczym nadzwyczajnym; w wielu tradycyjnie wyodrębnianych dziedzinach systemu prawa tak zwanym normom merytorycznym, uznawanym za bezpośrednią podstawę prawną decyzji, towarzyszą różne reguły mające za przedmiot zachowania konwencjonalne (przede wszystkim reguły procesowe). Zwykle jednak są one organizacyjnie separowane w odrębnych aktach prawnych, co pozwala do pewnego przynajmniej stopnia uniknąć pojęciowego ich utożsamiania. Konstytucja z natury swej jest jednak jednolitym aktem prawnym i próby wewnętrznego różnicowania jej przepisów, wedle charakterystyki funkcji prawnej czy też wedle typów regulowanego w niej zachowania się, byłyby dość trudne do przyjęcia.

Przekonanie, iż „najwyższa moc prawna" konstytucji nie przeszkadza temu, aby móc traktować ustawę tę równocześnie jak „zwykły" akt prawny, zdolny zawierać konkluzywne dla procesu stosowania prawa normy, zawsze powodowało wątpliwości w doktrynie prawa konstytucyjnego, choć — jak się wydaje — przynajmniej w ostatnich latach przekonanie, a nawet pewien rodzaj presji środowiska prawniczego (związanej z debatą nad projektami konstytucji), iż ustawa zasadnicza zawiera lub raczej zawierać powinna normy bezpośrednio stosowane, stało się stanowiskiem, które uzyskało dla siebie bardzo silne umocowanie[6]. Te doktrynalne komplikacje zasadniczo rozstrzygnął sam

6 Pewien kanon rozumienia normatywności konstytucji narzuciła tu praca S. Rozmaryna, *Konstytucja jako ustawa zasadnicza*, Warszawa 1967. Poważne wątpliwości w tej kwestii

prawodawca, który w art. 8 pomieścił obok siebie zapisy, że Konstytucja RP jest zarówno „najwyższym prawem Rzeczypospolitej Polskiej" (ust. 1), jak i że „przepisy Konstytucji stosuje się bezpośrednio, chyba że Konstytucja stanowi inaczej" (ust. 2). Poprzedni spór doktrynalny nad funkcją konstytucji w ramach porządku prawnego czy też wokół modelu konstytucji przekształcił się tym samym obecnie w spór nad interpretacją art. 8 obowiązującej Konstytucji RP.

2. Patrząc na zapis art. 8 Konstytucji RP z punktu widzenia metodologii tworzenia pojęć w obrębie określonego języka (w tym przypadku języka prawnego), można zgłosić dość zasadniczej natury wątpliwość, a mianowicie, że w każdym z tych dwóch ustępów analizowanego artykułu stawia się zawartym w nich pojęciom alternatywne, niemożliwe do łącznego godzenia cele. I tak, uznając wedle wskazań art. 8 ust. 1, iż jakiś nazywany danym wyrażeniem języka obiekt (Konstytucja RP) jest pod względem pewnej cechy (cechy „bycia prawem") „najwyższy", to z natury rzeczy musimy dopuszczać istnienie innych obiektów, pod względem rozważanej cechy niżej usytuowanych (ustaw zwykłych, aktów podustawowych, jakichś aktów typu „powielaczowego" itp.). Atrybut „bycia prawem" rozumiany tu jest więc jako cecha stopniowalna, umożliwiająca porządkowanie różnych przedmiotów, o których ta cecha jest orzekana. A zatem pojęcie prawa presuponowane przez art. 8 ust. 1 Konstytucji RP jest pojęciem o charakterze porządkującym[7]. Taki status metodologiczny pojęcia powoduje określone konsekwencje. Struktura logiczna pojęcia porządkującego jest całością złożoną z dwóch części, z których jedna zawiera kryteria wyprzedzania, które odwołują się do stopnia nasilenia określonej cechy, co pozwala systematyzować badane obiekty wedle określonej skali pomiarowej (konstytucja jest „wyższym prawem", a na przykład ustawa zwykła jest „prawem niższym"), druga zaś część pojęcia porządkującego powinna podawać kryteria równości pod określonym względem (pod względem „bycia prawem")[8].

---

znajdujemy na przykład u A. Bałabana, *Konstytucja, ustawa i uchwała jako formy działalności prawotwórczej w PRL*, Lublin 1978, s. 43–44; później, a szczególnie począwszy od lat osiemdziesiątych, przekonanie o normatywności konstytucji było coraz silniej akcentowane. Trzeba jednak sobie zdawać sprawę, iż po pierwsze — podtrzymywaniu takiego stanowiska zwykle nie towarzyszyła jasność co do zakładanej przez autorów koncepcji normy, a więc na przykład tego, czy od normy konstytucyjnej oczekuje się, aby była wypowiedzią strukturalnie kompletną i jednoznaczną, a po wtóre — nie zawsze w argumentacji (a szczególnie już w ostatnich latach) rzeczą prostą było oddzielenie dowodów na to, że aktualnie obowiązująca konstytucja zawiera normy od postulatów *de lege ferenda*, adresowanych do twórców projektów nowej konstytucji.

7 C.G. Hempel, P. Oppenheim, *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik*, Leiden 1936; por. także T. Pawłowski, *Tworzenie pojęć w naukach humanistycznych*, Warszawa 1986, s. 169 i n.

8 *Ibidem*, s. 169–170.

W pierwszym przypadku poszukujemy takich kryteriów, które pozwalają stopniować prawo. W prawoznawstwie zostały wypracowane takie prawnicze kryteria wyprzedzania pozwalające stopniować prawo wedle określonych skal ważności. Jest to mianowicie: (a) kryterium wyprzedzania czasowego (norma *N1* jest „wyższym prawem" od *N2*, ponieważ *N1* jest później ustanowiona od *N2*); (b) wyprzedzania zakresowego (norma *N1* jest „wyższym prawem" od *N2*, ponieważ *N1* jest węższa zakresowo od *N2*); (c) wyprzedzania hierarchicznego (norma *N1* jest „wyższym prawem" od *N2*, ponieważ *N1* jest wyżej usytuowana w hierarchii formalnych źródeł prawa od *N2*). Zapis art. 8 ust. 1 Konstytucji RP odwołuje się oczywiście do kryterium wyprzedzania ujętym *sub* (c). Zwróćmy jednak uwagę na coś ważniejszego, a mianowicie na funkcję, jaką w prawoznawstwie spełniają prawnicze kryteria wyprzedzania. O ile na gruncie takich nauk, jak historia czy szeroko rozumiana humanistyka, kryteria tego rodzaju służą przede wszystkim systematyzacji z natury swej złożonych i zróżnicowanych obiektów[9] — są pewnymi próbami przekroczenia bariery indukcyjności w opisie obserwowanych faktów — o tyle w prawoznawstwie reguły odwołujące się do cech stopniowalnych służą eliminacji poszczególnych elementów ze zbioru (systemu prawa). Stwierdzając bowiem na podstawie którekolwiek z kryteriów *sub* (a)–(c), że *N2* jest wyprzedzana przez *N1*, stwierdzam tym samym, że *N2* nie jest normą prawnie obowiązującą. Oczywiście tego typu eliminacja jest też pewnego rodzaju „porządkowaniem" zbioru. Można powiedzieć, że nie jest to już porządkowanie obrazu zbioru — języka jako opisu zbioru (jak to ma miejsce w humanistyce) — lecz porządkowanie samego zbioru, swoiste „sprzątanie" systemu prawa połączone z pozbywaniem się jego mniej wartościowych elementów. Wynika z tego następująca, a istotna z punktu widzenia problematyki normatywności Konstytucji RP, konsekwencja: prawnicze kryteria wyprzedzania — w tym również kryterium hierarchiczności, na którym wspiera się prawna konstrukcja konstytucji jako „najwyższego prawa" są kryteriami rozstrzygania kolizji między normami. Zrekonstruowane z tekstu ustawy zasadniczej normy (reguły rozstrzygania) będą więc musiały być traktowane jako metanormy. A zatem postawienie przed normami konstytucyjnymi wymogu pełnienia funkcji porządkującej w obrębie systemu prawa będzie się wiązać z koniecznością uznania ich metanormatywnego charakteru. Jakakolwiek norma konstytucyjna, skoro jest normą „wyższego rzędu", zakładać musi istnienie norm „niższego

9 Zob. W. Kula, *Problemy i metody historii gospodarczej*, Warszawa 1963, s. 181 i n.; M. Ossowska, *Moralność mieszczańska*, Wrocław 1985.

rzędu". Prawnie doniosła rola normy konstytucyjnej ujawni się zatem dopiero wtedy, gdy będzie następować kolizja między treścią normy wyższego i niższego rzędu, wtedy bowiem dopiero zachodzi potrzeba „porządkowania" systemu prawa poprzez eliminację któregoś z jego elementów. W przeciwnym natomiast razie — treściowej zgodności norm wyższego i niższego rzędu — potrzeba skorzystania z kontrolnej funkcji konstytucji w ogóle nie wystąpi. Nic zatem dziwnego, że organy sądowe i administracyjne nie korzystają permanentnie z przepisów rangi konstytucyjnej w uzasadnieniach wydawanych przez siebie orzeczeń i decyzji, bo też i kolizje między stosowanymi przez te organy normami nie zdarzają się codziennie.

W tym drugim przypadku, to jest gdy chodzi z kolei o kryteria równości jako składnik pojęć porządkujących, rzecz sprowadza się do znalezienia jakiegoś takiego kryterium (kryteriów), które pozwoli znaleźć cechę wspólną dla wszystkich podlegających uporządkowaniu obiektów, a więc w naszym przypadku wyszukać taką cechę, która łączy konstytucję z wszystkimi innymi aktami prawnymi, i która zarazem wyróżnia te akty od innych obiektów — takich, których do grupy podlegającej uporządkowaniu (grupy aktów prawnych) zaliczyć nie chcemy. W prawoznawstwie rolę takiego kryterium spełnia normatywna koncepcja źródeł prawa, której zadaniem jest wydzielenie — poprzez posłużenie się regułami walidacyjnymi oraz regułami egzegezy — takich zachowań lub faktów innego rodzaju, których dokonanie powoduje skutki prawne w postaci powstawania prawnych obowiązków określonego zachowania się (faktów) oraz takich zachowań (faktów), które nie niosą za sobą takich konsekwencji. Mówiąc w pewnym uproszczeniu, chodzi o sformułowanie kryteriów, które pozwalają oddzielać „prawo" od „nieprawa". Jest to problematyka szeroko omawiana w literaturze teoretycznej i nie ma powodów, aby przedstawiać ją tutaj bardziej szczegółowo.

Wydaje się, że na podstawie tekstu samej już Konstytucji RP możliwe jest zidentyfikowanie każdego z tych dwóch przedstawionych rodzajów kryteriów wchodzących w skład pojęcia porządkującego. Jest to możliwe dzięki dość przejrzystej konstrukcji przepisów konstytucyjnych zawartych w rozdziale III ustawy zatytułowanym „Źródła prawa", co pozwala na dość klarowny opis relacji pomiędzy art. 8 ust. 1 a niektórymi zapisami zawartymi w tymże rozdziale. I tak, jeśli w imię ograniczania rozwlekłości egzemplifikacji odniesiemy się tylko do wydawanych centralnie aktów powszechnie obowiązujących, to z wyliczenia zawartego w art. 87 ust. 1 wywieść można nie tylko konkluzję, że lista wyliczonych tam aktów normatywnych jest zamkniętym zbiorem typów aktów prawnych, a więc że zawiera komplet cech, które prawodawca

zechciał uznać za kryteria uznawania za „powszechnie obowiązujące prawo Rzeczypospolitej Polskiej" (kryterium równości), ale także na podstawie art. 8 ust. 1 oraz treści całego rozdziału III można wyliczone w art. 87 ust. 1 typy aktów prawnych uporządkować wedle skali ich „prawnej ważności" (kryterium wyprzedzania)[10]. Oznacza to, że tekst Konstytucji RP — dzięki temu, że prawodawca podjął w nim próbę sformułowania zamkniętej listy formalnych źródeł prawa — umożliwia zrekonstruowanie zarówno kryterium równości pod względem wypełniania cechy „bycia prawem", jak też stopniowanie tej cechy między poszczególne, objęte zakresem porządkowania obiekty. Obecność w Konstytucji RP przepisów, które wyraźnie określają, jaki akt prawny ma pierwszeństwo w przypadku wystąpienia pomiędzy nimi kolizji treściowej, wyraźnie pokazuje, że konstytucyjne pojęcie normy prawnej (prawa) presuponowane przez art. 8 ust. 1 Konstytucji RP jest pojęciem, przed którym stawiane są zadania o charakterze porządkującym.

3. Scharakteryzujmy teraz prawnicze założenia metodologiczne leżące u podstaw interpretacji art. 8 ust. 2 Konstytucji RP, postanawiającego — przypomnijmy — iż „Przepisy Konstytucji stosuje się bezpośrednio, chyba że Konstytucja stanowi inaczej". Założenia dotyczące sposobu rozumienia normy prawnej, które znajdujemy w tym przepisie, wspierają się na odmiennych już uwarunkowaniach, takich mianowicie, które charakterystyczne są dla funkcji spełnianej przez tak zwane pojęcia klasyfikujące[11]. Jeśli przyjmiemy taką dość standardową dla rozważań prawniczych formułę wyrażającą sytuację stosowania prawa, a mianowicie że „stosować prawo" znaczy tyle, co podejmować decyzje mające charakter definitywnych rozstrzygnięć o występowaniu cech prawnych w określonych, poddawanych ocenie prawnej, obiektach (zachowaniach), to z treści art. 8 ust. 2 wywieść można wniosek, iż tekst ustawy zasadniczej — jeżeli ma być przydatny do tego rodzaju użycia — powinien posługiwać się takimi wyrażeniami, które byłyby zdolne do tego, aby pełnić funkcję kryteriów klasyfikacji (prawnej „kwalifikacji") obiektów objętych zakresem nazw użytych w tekście. Tym bowiem, co wyróżnia pojęcia klasyfikujące, jest to, że pozwalają one dzielić zbiór przedmiotów, o których orzekana jest jakaś cecha, na dwa

10 Uporządkowanie to wyglądałoby następująco: „Konstytucja" (art. 8 ust. 1), „umowa międzynarodowa", która „ma pierwszeństwo przed ustawą", jednak pod warunkiem, że jest ratyfikowana za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie (art. 91 ust. 2), „ustawa" i „rozporządzenie", które wydawane są „na podstawie szczególnego upoważnienia zawartego w ustawie i w celu jej wykonania" (art. 92 ust. 1 zdanie pierwsze).

11 C.G. Hempel, P. Oppenheim, *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik*; T. Pawłowski, *Tworzenie pojęć w naukach humanistycznych*.

zupełne i rozłączne podzbiory: przedmiotów, które mają cechę *P*, oraz przedmiotów, które jej nie mają[12]. W naszym przypadku oznacza to, że od norm konstytucyjnych należałoby oczekiwać takich właściwości, ażeby nadawały się do tego, aby (a) móc stwierdzić na ich podstawie, że określony zbiór zachowań jest lub nie jest objęty zakresem regulacji normy konstytucyjnej, a więc że zachowania te są ze względu na konstytucję prawnie doniosłe, bądź też że doniosłości takiej przypisać im nie można (zupełność kwalifikacji prawnej); (b) ze względu na określoną normę konstytucyjną objęte zakresem regulacji tej ustawy określonego rodzaju zachowania się dają się podzielić na dwa inne, rozłączne podzbiory, to jest zachowań zgodnych z normą konstytucyjną lub też z nią niezgodnych (niesprzeczność kwalifikacji). Jak widać, zapis art. 8 ust. 2 Konstytucji RP przez to, że odwołuje się do pojęcia stosowania prawa (dokonywania rozstrzygnięć ze względu na normę) nie stwarza potrzeby odwoływania się do takiego sposobu rozumienia normy, który zakłada atrybutywne stopniowanie prawa. Inaczej mówiąc, dla organu stosowania prawa nie jest istotne, czy norma, którą stosuje, jest „najwyższym prawem", jakąś „normą wyższego rzędu", czy też to, że uznawać ją należy za „zwykły" składnik określonego porządku prawnego. Dopiero wątpliwości co do podstawy obowiązywania uruchamiają potrzebę odwoływania się do prawniczych reguł wyprzedzania, a więc w tym przypadku do przekonania o „wyższej mocy" prawnej konstytucji. Jeżeli jednak organ nie ma tego rodzaju wątpliwości, to istotne dla niego jest tylko jedno: aby norma ta była konkluzywna w obu wyróżnionych wyżej *sub* (a) i (b) wymiarach. Jest to warunek konieczny, aby możliwe było wydzielenie dziedziny regulacji norm konstytucyjnych, czyli wyodrębnienie ich zakresów zastosowania i normowania, bez czego nie da się w sposób pewny zidentyfikować określonego zachowania jako „prawnego" oraz stanowczo rozstrzygnąć o powodowanych przez to zachowanie skutkach prawnych. Ażeby jednak rozstrzygnięcia tego rodzaju mogły ze względu na normy konstytucyjne zapadać, niezbędna jest tu taka konstrukcja pojęcia normy, która u swoich podstaw zakładać będzie dwuelementowe podziały przedmiotów objęte zakresem regulacji takich norm. Norma konstytucyjna musi pod tym względem zostać zrównana z innymi normami systemu prawa i jak każda inna powinna być traktowana jako pojęcie o charakterze klasyfikującym.

W art. 8 ust. 2 pisze się o stosowaniu Konstytucji w sposób „bezpośredni", co oznacza, że prawodawca dopuszcza także taką konstrukcję myślową oraz takie odpowiadające jej sytuacje, które są innym niż

12 Zob. *ibidem*, s. 169.

„bezpośrednie" stosowaniem Konstytucji. Zaopatrzenie tegoż przepisu w dodatkowy zapis: „chyba że Konstytucja stanowi inaczej" prowadzi do dość oczywistej chyba konkluzji, co mianowicie prawodawca chciał rozumieć przez „stosowanie pośrednie". Będą nim takie, wcale liczne, choć dające się przecież kompletnie policzyć, przypadki, w których sama Konstytucja odsyła do ustaw zwykłych (na przykład art. 15 ust. 1, art. 28 ust. 5, art. 33 ust. 3, art. 34 ust. 1, art. 37 ust. 2, art. 51 ust. 5, art. 54 ust. 2 i wiele innych). Wnosić z tego można, że pozostałe, nieobjęte odpowiednimi odesłaniami, sytuacje, będą już „stosowaniem bezpośrednim". To, co w intencji prawodawcy określane jest jako „stosowanie bezpośrednie", nie uwzględnia jednak istotnej różnicy pomiędzy przepisami, które są zorientowane na wypełnianie przez konstytucję funkcji kontrolnej, a co realizuje się w wymiarze metanormatywnym i opiera się na pojęciach porządkujących, oraz przepisami, które zorientowane są na wypełnianie przez konstytucję zwykłej funkcji prawnej jako podstawy dla orzeczeń sądowych i administracyjnych, gdzie orzekać trzeba o faktach i każdorazowo dokonywać ich skutecznej kwalifikacji, a czemu służyć mają zwroty językowe budowane wedle wymagań stawianych pojęciom klasyfikującym.

Warto zwrócić uwagę, że przez stosowanie prawa w teorii prawa standardowo rozumie się właśnie ten drugi typ sytuacji[13], i choć nie używa się takich słów, to raczej trudno tu o wątpliwość, że jest to właśnie „bezpośrednie" stosowanie prawa. Stosowaniu prawa towarzyszą bowiem zawsze pewne fakty, co do których organ wydaje rozstrzygnięcia, i których konsekwencje prawne ustala[14]. Metanormatywny sens przepisu odsyłającego, zawartego w art. 8 ust. 2 (w określonych przypadkach to nie Konstytucja jest stosowana bezpośrednio, lecz wskazana przez nią ustawa) potwierdza, iż twórcy Konstytucji RP słusznie uznali, że tego rodzaju odesłanie nie mieści się już w zakresie „bezpośredniego" stosowania prawa, że wskazanie przez akt prawny innej normy zawartej w ustawie zwykłej nie jest już kwalifikacją prostych faktów prawnych (klasyfikacją przedmiotów dokonywaną ze względu na zakres danej nazwy), lecz wyrazem porządkowania systemu prawa,

13 Por. J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988, *passim*, w szczególności s. 43. Stanowisko to opiera się na dość radykalnym wyróżnieniu i pojęciowym przeciwstawieniu tworzenia i stosowania prawa, odwołującym się przede wszystkim do tak zwanej reguły generalności (zob. na przykład M. Zirk-Sadowski, *Tak zwana prawotwórcza decyzja sądowego stosowania prawa*, „Studia Prawnicze" 1980, nr 1–2). Warto jednak pamiętać, że istnieje w prawoznawstwie, nawet na gruncie tak zwanego pozytywizmu prawniczego, tradycja odrzucająca tak radykalne przeciwstawienie obu tych pojęć, wskazująca na względny charakter tej dystynkcji, a niekiedy nawet go kwestionująca — zob. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien 1960, s. 198 i n.

14 J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, s. 45.

czyli jego stosowaniem w wymiarze wtórnym, metaprawnym. Dopiero w przypadku uczynienia użytku w postępowaniu sądowoadministracyjnym z takiego przepisu–odniesienia będzie można mówić o jego bezpośrednim stosowaniu. Prawodawca uznał zatem, że stosowanie „pośrednie" ma miejsce tam i tylko tam, gdzie posłużono się w konstytucji odesłaniem, a więc niejako świadomie zrezygnowano z regulacji rangi konstytucyjnej i przekazano dziedzinę regulacji prawnej pod rząd norm zawartych w ustawach zwykłych. Stanowisko, w którym uznaje się odesłanie systemowe jako przypadek stosowania pośredniego jest niewątpliwie słuszne, jednak jeśli traktować je jako jedyną sytuację wyrażającą pośrednie stosowanie prawa, to stanowisko takie należałoby uznać za zbyt wąską interpretację terminu „stosowanie pośrednie". Uważam, że z tego rodzaju stosowaniem będziemy mieć do czynienia zawsze, ilekroć stosowana norma będzie mieć kształt metanormy i będzie pełnić funkcję metaprawną (kontrolną, porządkującą). W tych bowiem przypadkach akt stosowania prawa, choć pośredniczy w procesie dochodzenia do decyzji stosowania prawa, jednak w żaden sposób nie może być traktowany jako czynność polegająca na — jak to ujmował J. Wróblewski — „ustaleniu konsekwencji prawnych z faktów uznanych za udowodnione".

Patrząc na konstytucję z perspektywy teoretycznoprawnej, nie możemy oczywiście w swoich poszukiwaniach granic bezpośredniego i pośredniego stosowania prawa poprzestawać tylko na deklaracjach składanych przez samego prawodawcę. Jedną z przewag wynikających z analizy teoretycznej tekstu prawnego jest to, że pozwala ona rekonstruować również założenia będące jego podstawą, a więc wyjść poza to, co określa się jako „powierzchniową" analizę tekstu. Podejście takie pozwala nam zarejestrować jako sytuacje pośredniego stosowania normy nie tylko przypadki, które są świadomie przez prawodawcę składanymi deklaracjami (odesłania), ale także inne zapisane w tekście ustawy zasadniczej sytuacje, z których możliwe jest zrekonstruowanie wypowiedzi języka prawnego o kształcie metanormatywnym. Mam tu na uwadze przede wszystkim te, bardzo licznie występujące w ustawie zasadniczej partie tekstu, które są zapisem zwrotów językowych i które da się złożyć w wypowiedzi o kształcie norm kompetencyjnych. Jeśli przyjmiemy — za dostępną literaturą teoretyczną[15] — iż odtwarzanie tych norm wymaga określenia przepisów wskazujących na: (a) podmioty, które mogą dokonywać czynności konwencjonalne doniosłe

15 A. Ross, *Directives and Norms*, London 1968, s. 130 i n.; Z. Ziembiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, s. 166–170.

prawnie; (b) ustalenia na podstawie przepisów, jak należy dokonywać czynności uznawane za czynności konwencjonalne danego rodzaju; (c) sprecyzowania dopuszczalnej treści tych czynności (oświadczeń woli, aktów stanowienia normy), to okaże się, że obszerne partie konstytucji regulujące ustrój państwa, procedury działania jego organów oraz wyznaczające zakres regulacji konstytucyjnej (na przykład materie przedmiotowej wyłączności ustawy zasadniczej) będzie należało uznać za przepisy stosowane pośrednio. Ich wykonywanie bezpośrednio nie prowadzi bowiem do dokonywania rozstrzygnięć o „faktach uznanych za udowodnione", lecz jest szczególnego rodzaju zachowaniem się — czynnością konwencjonalną doniosłą prawnie, której rezultatem jest ustanowienie (uchylenie) lub zaktualizowanie jakiegoś obowiązku zawartego w normie merytorycznej. Wykonywanie posiadanych kompetencji doprowadzić zatem może jedynie do identyfikacji lub konkretyzacji określonej normy prawnie obowiązującej, i dopiero ta ostatnia stać się może bezpośrednią podstawą rozstrzygania o „faktach uznanych za udowodnione". Wykonywanie posiadanych kompetencji jest zatem zarówno stosowaniem prawa (realizacją norm „wyższego rzędu"), jak i kształtowaniem — produktywnym lub reproduktywnym — prawa (norm „niższych" lub merytorycznych). Normy kompetencyjne powinny być zatem postrzegane jako metanormy[16] zorientowane na pełnienie funkcji porządkującej w ramach systemu prawa.

Wszystkie te przypadki, które mieszczą się w obszarze kontrolnej funkcji konstytucji, a wyrażane przez metanormatywny kształt wypowiedzi, powinny być zatem również konsekwentnie uznane, oprócz odesłań systemowych, za przypadki „pośredniego" stosowania konstytucji. Konkluzja ta warunkowana jest oczywiście akceptacją przyjętego założenia — opartego na prawie sądowym — o stosowaniu prawa jako decyzji o kwalifikacji faktów. Idąc tą drogą rozumowania, okaże się jednak, że zakres bezpośredniego stosowania konstytucji ulega tak znacznemu zawężeniu, że znalezienie takich obszarów na podstawie tekstu obowiązującej Konstytucji RP stwarzać może dość duże kłopoty. Potencjalną dziedziną, w której takie zastosowanie powinno mieć miejsce, są konstytucyjne regulacje praw i obowiązków obywatelskich, a więc obszar, który wykracza poza dziedzinę objętą regulacją norm kompetencyjnych. Normy tu obecne (normy merytoryczne) określają powinności,

16 „Treścią norm wyższego rzędu (*norms of higher order*) są działania normatywne" [...] „Normy zezwalające wyższego rzędu zwać będę normami kompetencyjnymi" — G.H. von Wright, *Norm and Action*, London 1963, s. 189 i 192. „Kompetencja jest prawnie ustanowioną możnością ustanawiania norm prawnych" — powiada z kolei A. Ross, *Directives and Norms*, s. 130. Zob. także Z. Ziembiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*.

których wykonywanie sprowadza się zasadniczo do zachowań prostych (psychofizycznych)[17], a więc takich, które są „normami pierwotnymi" lub „normami niższego porządku", a to — jak można przynajmniej sądzić na podstawie przedstawionej argumentacji — powinno uzasadniać uznanie przepisów konstytucji wyrażających prawa i obowiązki obywatelskie za przepisy zdolne do tego, aby mogły być stosowane bezpośrednio. Trudno byłoby również przyjąć, że zadaniem norm regulujących prawa i wolności obywatelskie jest jedynie wewnętrzne porządkowanie systemu prawa, skoro (a) normy te swoich pierwotnych adresatów znajdują pośród innych niż państwo podmiotów (obywatele), a ponadto (b) ich naruszenia dają obecnie uprawnionym podmiotom prawne tytuły do występowania ze skargami opartymi na mechanizmach zbliżonych do reguł postępowania sądowego (art. 191 w związku z art. 79 Konstytucji RP).

4. Zwykle nieco powierzchowna znajomość przez teoretyka prawa tak specjalistycznej i obciążonej długą tradycją problematyki, jaką jest kwestia konstytucyjnej regulacji „Wolności, praw i obowiązków człowieka i obywatela" (rozdział II Konstytucji RP), skłaniała mnie ku nieco intuicyjnemu przeczuciu, iż ta obszerna grupa przepisów ustawy zasadniczej jest kierowana do obywateli, że — inaczej mówiąc — to oni są adresatami norm rekonstruowanych z tej partii tekstu ustawy. Moja intuicja nie w pełni jednak pokrywa się ze stanowiskiem doktryny prawa konstytucyjnego. Tutaj bowiem znacznie mocniej podkreśla nie to, że państwowy akt konstytucyjny wyposaża obywatela w jakieś prawa i obowiązki (pomijając nawet wariant prawno-naturalnej legitymizacji tych praw, gdzie myśl taka zostałaby z gruntu odrzucona), ile raczej wskazuje się na to, że ma on gwarantować, że państwo nie będzie wydawać jakichkolwiek aktów prawnych godzących w wartości konstytucyjnie chronione[18]. Zapisy te są zatem wyrazem samoograniczenia

17 Ostrożność, z jaką wprowadzam dystynkcję między normami regulującymi prawa i obowiązki obywatelskie — jako normami merytorycznymi — i normami kompetencyjnymi, bierze się stąd, że choć pojęciowo czym innym jest uprawnienie w sensie roszczenia, a czym innym uprawnienie-kompetencja (zob. *ibidem*, s. 176 oraz pkt 6.6), to jednak może być tak, że określone zachowanie się może realizować oba te typy uprawnień (na przykład złożenie pozwu jest wykonaniem kompetencji wobec sądu przez uprawnionego i zarazem realizacją roszczenia jako określonego — korzystnego dla składającego pozew — żądania zachowania się przez inną osobę: sądu jako adresata roszczenia procesowego i pozwanego jako adresata roszczenia materialnoprawnego). Mówiąc o „prawach i obowiązkach obywatelskich" trudno byłoby też ograniczyć się wyłącznie do uprawnień-roszczeń (choć pewna symetria zawarta w relacji uprawnienie — obowiązek oparta na stosunkach cywilnoprawnych typu zobowiązaniowego do tego zachęca). Niewątpliwie jednak istnieją takie „prawa obywatelskie", które pojęciowo są uprawnieniami-kompetencjami (na przykład prawo do procesu sądowego).

18 „Poprzez wyrażenie w konstytucji podstawowych dla systemu prawa wartości dąży się do tego, aby treść prawa była sprawiedliwa. Realizacja tego postulatu przebiegała dwuetapowo.

się państwa, złożeniem przez prawodawcę swoistego oświadczenia, że w swoich zapędach, do których — jak wykazuje historia — ma duże skłonności, będzie powściągliwy. Ich obecność w konstytucjach jest pewnego rodzaju testem dla państwa: czy deklaruje gotowość dochowywania pewnych uniwersalnych wartości państwa sprawiedliwego, demokratycznego itp.; testem, którego wyniki znajdujemy w uchwałach trybunałów orzekających o zgodności aktów wydanych przez państwo z obowiązującą w nim konstytucją.

Zgodnie z tym tokiem rozumowania nie musimy oczywiście podważać stanowiska, że adresatem normy wyrażającej konstytucyjne „wolności i prawa" jest obywatel (może nim być zarówno obywatel, jak i organ państwowy, jeśli do rozważanej sytuacji odniesiemy koncepcję tak zwanych norm sankcjonowanych i sankcjonujących i — odpowiednio — adresatów pierwotnych i wtórnych). Jest to jednak powód, aby zastanowić się nad funkcją prawną tych przepisów, a w szczególności, czy służą one jako podstawa klasyfikacji objętych ich zakresem znaczeniowym obiektów (pełnią rolę przesłanki kwalifikacji prawnej zachowań), czy też może służą jako kryteria stopniowania właściwości przedmiotów, których rozważana cecha dotyczy (krytyce działań prawnych organów państwowych jako kolizyjnych lub niepełnych realizacji idealnych wzorców zapisanych w konstytucji). Rozwiązanie tego dylematu zależeć będzie od tego, jak scharakteryzujemy kształt językowy wypowiedzi normatywnych, w których formułowane są prawa, wolności i obowiązki obywatelskie, w szczególności czy uznamy je za zasady prawa, czy reguły w znaczeniu, w jakim oba te pojęcia w literaturze teoretycznej ujęte zostały przez R. Dworkina i R. Alexy'ego[19].

Jeśli wierzyć przedstawicielom doktryny prawa konstytucyjnego, że „konstytucyjne prawa jednostki są przeważnie wyrażane za pomocą zasad, a nie reguł"[20], to w konsekwencji tego trzeba by dojść do wniosku,

---

Najpierw postanowienia konstytucji, w szczególności dotyczące praw jednostki, były uznawane za postulaty adresowane przede wszystkim do prawodawcy. Z czasem zaczęto je traktować jako wiążące przepisy prawa, którymi są związane wszystkie organy państwa. Istotne z tego punktu widzenia było uchwalenie niemieckiej konstytucji, która w art. 1 ust. 3 stwierdza, iż prawa podstawowe wiążą ustawodawcę i inne organy władzy jako prawa bezpośrednio obowiązujące" — P. Tuleja, *Interpretacja konstytucji*, [w:] *Konstytucja i gwarancje jej przestrzegania. Księga pamiątkowa ku czci Prof. Janiny Zakrzewskiej*, Warszawa 1996, s. 481.

19 R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998; R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1985, s. 75 i n.; polskie omówienia w: T. Gizbert-Studnicki, *Zasady i reguły prawne*, „Państwo i Prawo" 1988, z. 3, oraz W. Lang, J. Wróblewski, *Współczesna teoria i filozofia prawa w USA*, Warszawa 1986, s. 215 i n.

20 P. Tuleja, *Interpretacja konstytucji*, s. 484. Pogląd taki można jednak znaleźć także u R. Alexy'ego (*Theorie der Grundrechte*, s. 76), który powiada, że zasady sytuują podstawowe prawa obywatelskie w tej mierze, w jakiej przepisy nakładają na organy państwa obowiązek działania lub zaniechania.

że ze względu na sposób, w jaki prawa jednostki ujmowane są w konstytucji, „przeważnie" nie nadaje się ona do tego, aby być podstawą dla rozstrzygnięć o faktach (zachowaniach) jako zgodnych/niezgodnych z ich konstytucyjnym zapisem. Dzieje się tak dlatego, że zasady prawa wyrażane są za pomocą wypowiedzi normatywnych niezupełnych, co powoduje, że mają tak zwaną otwartą strukturę (ich zakres zastosowania i/lub normowania ukształtowany jest w taki sposób, że nie pozwala na jednoznaczne określenie okoliczności i/lub zachowania się wskazanego przez normę)[21]. Ich struktura jest kwalifikacyjnie niekonkluzywna, co powoduje, że nie nadają się one jako samodzielna podstawa rozstrzygania, a swoją normatywną funkcję są w stanie spełniać jedynie w połączeniu z innymi wypowiedziami normatywnymi, takimi, które zdolne są posiadać zamkniętą strukturę, czyli w połączeniu z tym, co R. Dworkin i R. Alexy chcą nazywać regułami prawnymi.

Relacja między zasadami i regułami nazywana bywa różnie, choć jej sens bywa podobny. Według Dworkina zasady mają wymiar funkcjonalnej „doniosłości" lub „ważności", mają zatem różną moc lub wagę, gdy tymczasem reguły są takiego atrybutywnego stopniowania pozbawione. Zasady stanowią rację argumentacyjną przy wyborze reguł, jednak same nie nadają się do wyznaczania konsekwencji prawnych[22]. Według Alexy'ego natomiast zasady wyznaczają idealną powinność, są normami optymalizującymi realizację stanów rzeczy w możliwie najwyższym stopniu ze względu na ich prawne i faktyczne możliwości[23]. Granice prawnych możliwości wyznaczają zaś reguły. Ujęcie każdego z tych autorów uprawnia — jak się wydaje — do wniosku, iż zasady, w przeciwieństwie do reguł, oparte są na konstrukcji pojęć porządkujących[24]. Są zatem takimi wypowiedziami normatywnymi, które służą porządkowaniu reguł prawnych przez to, że dostarczają uzasadnień dla dokonywania wyborów w granicach wyznaczonych przez reguły. Owe prawnicze „porządkowanie" ma na celu ustalenie (identyfikację) określonej reguły jako normy prawnie obowiązującej, przy czym czynności te należy pojmować jako działania z dziedziny egzegezy czy węziej nawet z zakresu wykładni tekstu prawnego, jako że nie chodzi tu już o ustalanie tego, co jest faktem prawotwórczym, ale o to, jakie z określonego faktu (tekstu

21 *Ibidem*, s. 96; zob. także T. Gizbert-Studnicki, A. Grabowski, *Normy programowe w konstytucji*, [w:] *Struktura i charakter norm konstytucji*, Warszawa 1997, s. 102 oraz cytowana tam literatura.

22 R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, s. 57 i n.

23 R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, s. 76.

24 U R. Alexy'ego znajdujemy elementy stopniowania w tak zwanej zasadzie proporcjonalności, wedle której realizując jedną spośród konfliktowych norm-zasad, należy dążyć do powodowania w miarę najmniejszego uszczerbku po stronie innych; *ibidem*, s. 100.

prawnego) można wyprowadzić normy (reguły) wskazujące jednoznacznie zachowania się adresatów w określonych okolicznościach. Rola zasad w ramach porządku prawnego „sprowadza się [...] w gruncie rzeczy do zalecenia, aby interpretować i stosować reguły prawne przy uwzględnieniu pewnego ideału prawnego wyznaczonego przez zasady”[25].

Konstytucyjną zasadę formułującą jakieś prawo lub obowiązek jednostki należałoby zatem traktować jako rację argumentacyjną czy też jako kryterium wyboru pomiędzy wypowiedziami normatywnymi (normami-regułami w terminologii cytowanych autorów), które to wypowiedzi w sposób strukturalnie zamknięty będą określać (na przykład na poziomie ustaw) odpowiadające treściowo przepisom konstytucji uprawnienia lub obowiązki obywatelskie. Oczywiście praktyczna przydatność w tym zakresie tekstu konstytucji ujawniać będzie się wtedy, gdy zajdzie potrzeba dokonywania takiego wyboru, to jest gdy zapis reguły w akcie niższej rangi będzie wieloznaczny, a tym samym uczyni możliwym wyinterpretowanie więcej niż jednej normy. Dokonywaniu wyborów między takimi normami mają służyć zasady konstytucyjne, które przez to, że wskazują na aksjologicznie najlepsze wybory, pozwalają tym samym eliminować pewne rezultaty interpretacyjne (normy) jako „nieoptymalne” lub „pozbawione racji argumentacyjnej” realizacje wartości konstytucyjnych. Tak więc obecność zasad prawnych w ustawie zasadniczej „gwarantować ma, że w systemie prawa nie będzie aktów prawnych godzących w wartości konstytucyjnie chronione”[26]. W ten oto sposób nasza próba poszukiwania w konstytucji potencjalnych norm merytorycznych, służących stanowczemu orzekaniu o faktach (stwierdzaniu konsekwencji prawnych norm uznanych za obowiązujące), zakończyła się znalezieniem tego rodzaju standardów prawnych, które spełniają rolę wskaźników pozwalających ustalać samo obowiązywanie norm. Owe „normy-zasady” należałoby traktować jako wskazania służące dokonywaniu wyborów między takimi możliwymi znaczeniami, które dają się uzasadnić na podstawie tekstu prawnego zawierającego w sobie normy-reguły. Zasady prawa są zatem nie tyle normami w sensie ścisłym (pojmowanymi jako wypowiedzi jednoznacznie charakteryzujące sytuację i zachowanie się adresata), ile raczej standardami służącymi dokonywaniu wyborów między normami potencjalnie możliwymi do odtworzenia ze względu na dany czytelnikowi tekst prawny. A zatem znowu znaleźliśmy się w wymiarze metaprawnym, na poziomie normatywnej argumentacji służącej dokonywaniu wyborów właściwego

25 T. Gizbert-Studnicki, *Zasady i reguły prawne*, s. 26.
26 P. Tuleja, *Interpretacja konstytucji*, s. 481.

prawa, nie zaś w sytuacji rozstrzygania na podstawie zidentyfikowanych już praw.

Jeśli uwzględnić spełnianą funkcję, to konstytucyjne zasady prawne służące wyrażaniu „wolności, praw i obowiązków" należałoby w tej sytuacji określić raczej jako pewien zespół przesłanek istotnych dla egzegezy (głównie wykładni) tekstu prawnego, konstytuujących kryteria doniosłe dla uznawania ustawowych norm regulujących owe „wolności, prawa i obowiązki" za normy prawnie obowiązujące. Wydaje się, że jest to bardziej adekwatne ujęcie, jeśli zważyć językowo otwarty kształt tego, co nazywa się „normami konstytucji" oraz szczególną pozycję tych „norm" w systemie prawa, aniżeli traktowanie zapisów konstytucyjnych jako prawnych dyrektyw wskazujących powinności obywatelskiego zachowania się w tym zakresie[27]. W tym drugim przypadku mielibyśmy bowiem raczej do czynienia z deklaracjami, którym bardzo trudno byłoby w języku teorii prawa nadać wymiar spójnej i możliwej do przyjęcia konceptualizacji. Przypadek konstytucyjnych praw i obowiązków obywatelskich ujętych w formie zasad prawa wskazywałby zatem, że i w tym przypadku ustawa zasadnicza bliższa jest metaprawnej idei „konstytucji prawa", aniżeli temu, czego zwykle oczekuje się od aktu normatywnego, to jest, aby był miejscem lokalizacji norm prawnych, pozwalających kształtować zachowania w określonych dziedzinach życia społecznego, a organom orzekającym — dawał możliwość weryfikowania tych zachowań jako zgodnych lub niezgodnych z prawem.

5. „Stosowanie konstytucji we właściwym [...] znaczeniu polega na wydawaniu aktów indywidualnych i konkretnych bezpośrednio i wyłącznie na podstawie norm konstytucji, tj. bez potrzeby jej rozwinięcia i konkretyzacji w ustawie zwykłej; dlatego można nazwać je także bezpośrednim stosowaniem konstytucji"[28]. Stwierdzenie „braku potrzeby" odwoływania się do norm ustawowych nie musi jednak oznaczać braku normy w ogóle. Zwykle bowiem jest tak, że normy konstytucyjne mają swoje treściowe odpowiedniki w normach niższej rangi, a zatem są rozwijane i konkretyzowane. W związku z tym należałoby tu wyróżnić

27 „Wydaje się, że jasne zadeklarowanie, jakimi preferencjami powinien kierować się z jednej strony prawodawca, a z drugiej — organy stosujące prawo w przypadku wątpliwości interpretacyjnych lub wyraźnie postawionych organowi luzów decyzji, ma większość doniosłość z punktu widzenia kształtowania systemu prawnego niż przepisy, które mają sprawiać wrażenie, że formułują określone dyrektywy postępowania, a w praktyce nie sposób ustalić, co właściwie komuś nakazują, czy też czego zakazują" — S. Wronkowska, Z. Ziembiński, *O aspekcie normatywnym ustawy zasadniczej PRL*, „Państwo i Prawo" 1988, z. 7, s. 38.

28 K. Działocha, *Bezpośrednie stosowanie konstytucji PRL*, „Studia Prawnicze" 1988, nr 4, s. 5.

dwa przypadki: (a) sytuacje, gdy norma konstytucyjna nie znajduje dla siebie rozwinięcia w aktach niższego rzędu, a więc jest ona jedyną regulacją określonego typu zachowania się, oraz (b) przypadki, gdy zakresy regulacji konstytucji i ustaw (innych aktów prawnych) będą się pokrywać, a zatem wydawana decyzja konsumować będzie sobą zarówno normę konstytucyjną, jak i ustawową. Moim zdaniem, przypadek (a) stawia konstytucji wymagania możliwe do spełnienia, ale tylko pod warunkiem, że przez stosowanie prawa rozumieć będziemy wykonywanie kompetencji zapisanych w konstytucji, a przez regulowane zachowanie się — dokonywanie doniosłych z konstytucyjnoprawnego punktu widzenia czynności konwencjonalnych. A zatem chodzi tu o takie sytuacje, gdy przez stosowanie prawa nie będziemy rozumieć orzekania na podstawie normy konstytucyjnej o „faktach uznanych za udowodnione" (zachowaniach psychofizycznych), lecz o czynnościach, które prowadzą do tworzenia lub odtwarzania określonych norm merytorycznych[29]. Dodatkowym warunkiem, jaki powinien być w tym przypadku spełniony, jest wymóg, aby kompetencje te zapisane były w przepisach konstytucji w stopniu precyzji charakteryzującym reguły prawa[30]. Jednak stosowanie prawa ograniczające się do wykonywania samych tylko reguł wykonywania kompetencji trudno byłoby uznać — jak to próbowałem już wykazywać — za „stosowanie bezpośrednie", gdyż jego pierwotny sens ma charakter metaprawny i dlatego z punktu widzenia wydawania przez organy sądowe i administracyjne indywidualno-konkretnych orzeczeń jego rola jest niesamodzielna[31]. Wniosek ten znajduje dla siebie jeszcze silniejsze potwierdzenie, jeżeli przez „bezpośrednie stosowanie" konstytucji będziemy rozumieć stosowanie „wyłączne". Wtedy to bowiem również kompletny zapis norm merytorycznych — jako składników pojęciowo zintegrowanych z normą kompetencyjną — powinien

29 W tym obszarze mieścić się będą między innymi przepisy określające podmioty, warunki ważności oraz dziedziny, w których mogą być skutecznie dokonywane określone konstytucyjnie akty (czynności konwencjonalne) — na przykład art. 96 ust. 1, art. 97 ust. 1, art. 98–103, 114–116, 117–123, 127–162 i inne.

30 Nie mogą to być zatem takie zapisy, jak na przykład art. 126 ust. 1 i 2 czy art. 146 ust. 1–3, 4 pkt 1, 3, 7, 8, 11 itp.

31 To, co można określić jako przepis kompetencyjny, nie wystarcza do sformułowania tak zwanej podstawy prawnej decyzji, gdyż wymaga dopełnienia o przepisy regulujące zachowania psychofizyczne. Mówiąc inaczej, każda kompletna norma kompetencyjna zawierać w sobie musi normę merytoryczną (wykonywanie kompetencji prawotwórczych prowadzi bowiem do ustanowienia norm merytorycznych, wykonywanie kompetencji w zakresie stosowania prawa prowadzi do aktualizowania obowiązków zawartych w normach merytorycznych). Tę drugą normę — nazywaną tu merytoryczną — Z. Ziembiński (*Problemy podstawowe prawoznawstwa*, s. 169) nazywa „normą nakazującą tak a tak reagować na czynności konwencjonalne we właściwy sposób dokonane", ten element normy kompetencyjnej jest już — jak powiada cytowany autor — „klasyczną normą prawną".

także znaleźć się w odpowiednich przepisach konstytucji, a to już jest wymóg, który stawia konstytucji warunki trudne, wydaje się, że raczej niemożliwe do spełnienia.

Wariant (b) — gdy zakresy regulacji norm ustawy zasadniczej i ustaw zwykłych będą się pokrywać — jest sytuacją typową i najbardziej doniosłą dla prawniczej praktyki sądowo-konstytucyjnej. Oczywiście praktyka ta bardziej interesuje się przypadkami występującej tu niezgodności norm aniżeli ich treściowej zbieżności. Wydaje się jednak, że oba przypadki są w pewien sposób ciekawe. Pierwszy odwołuje się do prawniczej relacji wyprzedzania pojęć porządkujących, jaka leży u podstaw normy konstruowanej przy udziale art. 8 ust. 1 („Konstytucja jest najwyższym prawem…"), co stanowi uzasadnienie hierarchicznej reguły kolizyjnej. Jest to problematyka dość dobrze przez doktrynę prawa i orzecznictwo sądowo-konstytucyjne rozpoznana. Warto tu jednak zwrócić uwagę na tę tylko okoliczność, że orzekanie o zgodności lub niezgodności z konstytucją ustaw (umów międzynarodowych, innych przepisów) jest stwierdzaniem relacji pomiędzy normami, a nie kwalifikacją faktów ze względu na normę. Czynność ta nie prowadzi zatem do formułowania norm indywidualno-konkretnych, lecz do stwierdzenia — uznawania określonej normy generalno-abstrakcyjnej za prawnie obowiązującą. Nie jest to zatem stosowanie prawa w znaczeniu wyżej przyjętym. Artykuł 8 ust. 2 („Przepisy Konstytucji stosuje się bezpośrednio…") należałoby tu traktować jako całkowicie obojętny ze względu na pełnienie przez ustawę zasadniczą tej roli (zasada bezpośredniego stosowania nie była wcześniej potrzebna Trybunałowi Konstytucyjnemu do wydawania orzeczeń o zgodności prawa z konstytucją).

Przypadki, w których stosując prawo, nie obserwuje się sprzeczności między konstytucją a ustawą lub innymi aktami prawnymi, nie wywołują większych emocji, gdyż traktuje się je jako wyraz uporządkowania systemu prawa, a więc poniekąd wypełnienia przez konstytucję swojej roli jako „najwyższego prawa". Zgodność regulacji zawartej w konstytucji i ustawie zwykłej sprawia, że określone zdarzenie objęte zakresem zastosowania norm zrekonstruowanych z obu tych aktów prawnych spowoduje obowiązek zachowania się, które będzie wykonaniem zarówno obowiązku konstytucyjnego, jak i ustawowego. Nie ma więc powodu, aby w takim przypadku bronić poglądu o „wyłączności stosowania" konstytucji. Na nazwanie tej sytuacji właściwsze byłoby chyba określenie, że nie wystąpiła tu potrzeba odwoływania się do porządkującej funkcji norm konstytucyjnych. Na wypełnianie się ich pragmatycznej roli po prostu nie ma tu miejsca. Pogląd przeciwny zakładałby separację przedmiotową norm konstytucji w systemie prawa i ignorowanie

gałęziowego podziału prawa, który to podział — jak to wskazywałem na wstępie — stanowi prymarne założenie przy poszukiwaniu przez sądy i organy administracyjne normy właściwej dla rozpatrywanego przez siebie przypadku.

Opisując sytuację zgodności normy konstytucyjnej z ustawową, pamiętać jednak należy, że to, co intuicyjnie nazwałem wyżej „normą konstytucyjną", ze względu na budowę (powszechna obecność strukturalnie otwartych zasad) oraz niezupełność elementów struktury (obecność konkluzywnych reguł tylko w przepisach wyrażających normy kompetencyjne) nie pozwala na odtworzenie z samej tylko konstytucji normy pojmowanej jako wypowiedź jednoznacznie i zakresowo kompletnie charakteryzująca obowiązek prawny. Eliminuje to możliwość równoważnego porównywania „normy konstytucyjnej" i „ustawowej", a tym samym stanowczego stwierdzenia występującej między nimi zgodności lub niezgodności. Z logiczno-językowego punktu widzenia stwierdzanie zgodności lub niezgodności norm prawnych z konstytucją — tak przecież ważne w praktyce orzeczniczej Trybunału Konstytucyjnego — należałoby traktować jako pewną metaforę czy skrót myślowy. W istocie chodzi tutaj o argumentacyjne potwierdzanie lub podważanie na podstawie zasad konstytucyjnych tytułów „prawności" norm zapisanych w tekstach prawnych innych niż ustawa zasadnicza. Odwoływanie się w tych przypadkach do argumentacji opartej na konstytucji oznacza poniechanie analizy ściśle językowej i uczynienie wyraźnego ustępstwa na rzecz rozważań o charakterze funkcjonalnym, przy czym pytaniem zasadniczym będzie tu pytanie o funkcję konstytucji w ramach systemu prawa. Jest to funkcja niesamodzielna w sensie prawnym, instrumentalnie podporządkowana zwykłym zadaniom prawa i analizującej go dogmatyki prawniczej: określaniu na podstawie norm w sposób pewny (zupełny, niesprzeczny i jednoznaczny) obowiązków prawnych. W wypełnianiu tego zadania konstytucja może być pomocna, lecz nie może w tym zastąpić standardowych norm systemu prawa. Doktrynie prawa konstytucyjnego, przywiązanej do „najwyższej mocy prawnej" konstytucji, akceptacja takiej pozycji przedmiotu ich rozważań może przyjść z pewnym trudem. Chociaż — jak się wydaje — trud ten warto ponieść, gdyż może to uprościć przynajmniej niektóre ze stawianych na jej gruncie problemów. Jednym z nich jest problem interpretacji konstytucji.

Zgodnie z zasadami rządzącymi metodologią nauk szczegółowych, również doktryna prawa konstytucyjnego dąży na swój sposób do wyodrębnienia swojego przedmiotu rozważań poprzez wykazywanie jakiejś jego specyfiki. Jeśli uznamy, że skoro tym, co najbardziej rzuca się tu w oczy, jest ogólność i znaczeniowa otwartość tekstu, to konsekwencją

tego będzie pogląd, iż „interpretacja konstytucji różni się od interpretacji aktów normatywnych niższej rangi", a „różnica sprowadza się przede wszystkim do liczby założeń interpretacyjnych, które muszą być przyjęte w procesie wykładni dla ustalenia treści jednoznacznej normy prawnej. Wynika to m.in. z faktu, że konstytucja składa się w większości z zasad prawnych [...] i z faktu, że obowiązywanie pewnej ich liczby opiera się na skomplikowanych regułach inferencyjnych"[32]. Wydaje się, że problem jest tu odwrócony. Pytać raczej należałoby, jak poprawnie interpretować teksty prawne (ustaw i innych aktów prawnych) ze względu na konstytucję i zawarte w niej zasady prawne; w czym te zasady jako racje argumentacyjne lub wskaźniki optymalizacyjne mogą się okazać pomocne dla rekonstrukcji takich norm, które są zdolne do tego, aby być strukturalnie zamknięte i jednoznaczne. Tymczasem tutaj poszukuje się specyfiki wykładni samej konstytucji jako aktu w przewadze składającego się z zasad. Stawia się tym samym z jednej strony problem — interpretację zwrotów językowych wyrażających zasady, a z drugiej zaś strony oczekuje się od nich wypełniania zadań z zakresu interpretacji prawa. Tak jak odróżniamy pojęciowo zasady i reguły prawne wraz z ich funkcjami, tak też powinniśmy odróżniać dyrektywy interpretacyjne od przedmiotu, wobec którego chcemy je użyć. Zasady prawa mogą być niewątpliwie źródłem dla takich dyrektyw, reguły prawne zaś (a dokładniej mówiąc wyrażające je przepisy) obiektami, do których dyrektywy te są lub mogą być odnoszone. Pytanie o specyfikę interpretacji konstytucji jako zbioru zasad jest więc pytaniem metodologicznie wadliwym, zawiera w sobie bowiem błędne koło w rozumowaniu: pytamy mianowicie z jednej strony o warunki prawidłowego interpretowania konstytucji, z drugiej zaś oczekujemy od tejże konstytucji, że jako zbiór zasad tworzyć będzie przesłanki poprawnej wykładni prawa w dziedzinach objętych regulacją ustaw zwykłych. Oczywiście jasność rozumienia dyrektyw wykładni sprzyja jasności rozumienia interpretowanego tekstu. Jednak inne wymagania stawia się samym dyrektywom interpretacji (na przykład częsta ich znaczeniowa otwartość), a inne rezultatom ich zastosowania (znaczeniowa i strukturalna zamkniętość). Stawiając problem wykładni konstytucji, co najmniej odwracamy kolejność stawianych pytań, stając się poniekąd zakładnikami metodologii typowej dla nauk szczegółowych (każda dyscyplina prawoznawstwa ma w sobie coś takiego, czego nie ma żadna inna). Komplikacje te wynikają z niezdecydowania doktryny prawa konstytucyjnego co do postawionego w tytule tego tekstu dylematu. Wybierając — do czego próbowałem zachęcać — drugą

32 P. Tuleja, *Interpretacja konstytucji*, s. 486 i 487.

alternatywę (konstytucja prawa), dogmatyka prawnicza nie powinna zadawać pytania o wykładnię konstytucji, a przynajmniej nie powinna od tego pytania zaczynać. Powinna raczej pytać o to, czy przeprowadzana przez nauki szczegółowe, w związku z rozwiązywaniem kwestii dogmatycznoprawnych, wykładnia tekstów aktów normatywnych (ustaw zwykłych) znajduje aksjologiczne wsparcie w konstytucji, czy też nie. W czym konstytucja może być przy rozpatrywaniu tego rodzaju kwestii pomocna? Pytanie natomiast o to, jak interpretować samą konstytucję lub co szczególnego jest w jej interpretacji, jest pytaniem być może samo w sobie ciekawym, na które jednak spodziewana odpowiedź może być tylko zawiła i skomplikowana. Pytania tego typu zaliczyłbym do kręgu tych kwestii, w przypadku których warto polecić znaną maksymę L. Wittgensteina: „o czym nie można mówić, o tym trzeba milczeć".

Ewolucja analitycznej teorii prawa a bezpośrednie stosowanie konstytucji*

1. W tekście niniejszym poszukiwał będę zależności między tym, jak ujmowane są (mogą być) zadania stawiane przed analityczną teorią prawa, a wpływem, jaki przyjęte spozycjonowanie badań analitycznych w prawoznawstwie ma (może mieć) na podejmowanie i rozwiązywanie przez sądy sporów prawnych związanych z bezpośrednim stosowaniem konstytucji. Sama kompetencja określona w art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej[1] bywa w doktrynie prawa konstytucyjnego bardzo różnie rozumiana. Wskutek tego również pewne typy sytuacji bezpośredniego stosowania konstytucji można oceniać jako mniej sporne lub wręcz niekontrowersyjne (na przykład wariant zgodnego współstosowania ustawy zasadniczej i ustawy zwykłej). Inne z kolei budzą zasadnicze spory, gruntownie dzieląc środowisko prawnicze (przypadki stosowania konfrontacyjnego, prowadzące do odmowy zastosowania ustawy uznanej za niekonstytucyjną). W moich rozważaniach pomijam kwestię możliwego rozumienia zakresu kompetencji przyznanej art. 8 ust. 2 Konstytucji RP i ograniczam się wyłącznie do wariantu określonego wyżej jako „konfrontacyjny". Uważam bowiem, że — właśnie przez swój kontrowersyjny charakter — ma on większy niż pozostałe możliwe ujęcia walor poglądowy. Stwarza dobrą okoliczność, aby ukazać wpływ założeń i pewnych istotnych składników dorobku analitycznej teorii prawa na to, jak rozwiązywane są (mogą być) ważne dla dogmatyki prawa, a przede wszystkim dla praktyki prawniczej, kwestie.

---

* Tekst pierwotnie opublikowany w: „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna" 7, 2018, nr 1, s. 97–134 (numer tematyczny „Konstytucjonalizm", red. M. Pichlak).

1 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.), dalej: Konstytucja RP.

Oddziaływanie poglądów nauki prawa na decyzje podejmowane przez organy stosowania prawa — w tym również na kształtowanie kompetencji do ich wydawania — zauważało wielu autorów podejmujących rozważania wpływowe dla analitycznej teorii prawa. Już ponad czterdzieści lat temu L. Nowak odnotował, przy okazji badania dogmatycznoprawnej praktyki interpretacyjnej, że działalność prawników pełni zasadniczo pozapoznawczą funkcję oraz że służy optymalizacji rozumienia tekstów prawnych zorientowanej na oczekiwania interpretatora[2]. Wniosek ten nie obejmował samej teorii prawa, która — poszukując dla siebie naturalistycznych wzorców naukowości — usiłowała zachować pozycję nauki opisującej i wyjaśniającej „fakty", jakie dostarcza praktyka dogmatyczna i uzasadnienia orzeczeń sądowych. Teorii prawa pozostawało w tej sytuacji pełnienie roli naukowej metodologii ujawniającej i wyjaśniającej tak zwaną głęboką strukturę tej praktyki[3]. Poszukiwanie owych struktur „ukrytych" w rzeczywistych praktykach miało jednak zawsze pewien walor racjonalizujący, korygujący poprawność funkcjonowania tej praktyki i nie dawało się sprowadzić do prostego opisu. Otwierało to drogę do rozważań o ukrytej normatywności twierdzeń analitycznej teorii (metodologii) prawa. Wyrazem tego może być silne wsparcie w prawoznawstwie, szczególnie polskim, dla rekonstrukcjonistycznego wariantu analizy języka[4].

Podniesiony wyżej problem nabiera nieco większej klarowności, jeśli przenieść go na ogólniejszy poziom, to jest filozofii analitycznej. Jak zauważa T. Szubka, „termin *filozofia analityczna* miał od samego początku wymiar normatywny: oznaczał filozofię uprawianą we właściwy sposób, tzn. przestrzegającą rygorów metodologicznych, dającą

---

2 Zob. L. Nowak, *Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawoznawstwa*, Warszawa 1973, s. 173 i n.; podobnie Z. Ziembiński, *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, Warszawa-Poznań 1983. Autor pisze (s. 14), że „szczegółowe nauki prawne nie tylko więc wyselekcjonowują obiekty będące przedmiotem ich badań, lecz także w pewnym aspekcie kreują te obiekty". Dodaje też, że „rozwiązywanie zasadniczych problemów dogmatycznych w prawoznawstwie ma więc charakter operacji nie wyłącznie intelektualnej, ale ma też charakter decyzyjny" (*ibidem*, s. 15).

3 L. Nowak, *Interpretacja prawnicza*, s. 11.

4 Zob. Z. Ziembiński, *Metodologiczne zagadnienia prawoznawstwa*, Warszawa 1974. Autor pisze: „jeśli chodzi o rozważania nad prawem i prawoznawstwem współczesnym, wydaje się, że podejście rekonstrukcjonistyczne ma większą przydatność. Refleksja nad językiem współczesnego prawa nie ma zazwyczaj celów wyłącznie poznawczych, lecz w przypadku uprawiania problematyki dogmatycznej wpływa bezpośrednio, a w przypadku podejmowania problematyki teoretycznej wpływa pośrednio na doskonalenie w pewnym aspekcie systemu norm prawa aktualnie w danym kraju obowiązującego" (*ibidem*, s. 204). Nieco mniej stanowczo, wskazując przede wszystkim na potrzebę kooperacji między ujęciem deskrypcjonistycznym i rekonstrukcjonistycznym, ujmowali to inni autorzy — zob. na przykład J. Woleński, *Język prawny w świetle współczesnych metod analizy semantycznej*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace Prawnicze" 1967, z. 31.

poznawczo najlepsze rezultaty”[5]. To zatem metodologia badań naukowych miała mieć dla filozofów analitycznych wymiar normatywny. Separowanie zdań (opisu faktów, tego, co zorientowane empirycznie) od norm i ocen uchodzi za jeden z kanonów filozofii analitycznej, a zarazem może być pewną podpowiedzią na nie w pełni jednoznaczne deklaracje ze strony teoretyków prawa co do charakterystyki twierdzeń w ich własnej dyscyplinie. Jeśli bowiem analityczną teorię prawa potraktujemy jako teorię obejmującą swym zainteresowaniem zarówno budowanie językowego wymiaru zjawisk prawnych (w sensie ścisłym, przedmiotowym), jak i metodologię badań tego obszaru, to trudności w oddzielaniu obu tych poziomów analizy będą tymi samymi trudnościami, które wiążą się z próbami separacji opisowego i normatywnego aspektu badania prawa. Konsekwentnie separowanie od siebie twierdzeń teoretycznych od tez metodologicznych powinno — jak można by sądzić — eliminować problem. Po to bowiem filozofowie analityczni stawiali przed językiem nauki tak ostre wymagania, aby przygotowane w ten sposób narzędzia badawcze dawały rezultaty w postaci zobiektywizowanych twierdzeń o badanej dziedzinie. Rzecz jednak w tym, że dystynkcja, na której ten sposób myślenia znajduje oparcie (metoda badawcza, język opisu — przedmiot badań, opisywane fakty) na gruncie prawoznawstwa, podobnie zresztą jak w całej humanistyce, mocno się komplikuje. Licznych argumentów dostarcza tu zarówno ewolucja dwudziestowiecznej filozofii analitycznej z jej tak zwanym pragmatycznym przełomem, jak i sama teoria i filozofia prawa z takimi chociażby propozycjami badawczymi, jak wewnętrzny punkt widzenia w rozumieniu pojęć czy refleksyjny wymiar prawa. Ukazują one znaczący wpływ postawy badacza na kształtowanie obrazu prawa, adaptowanego do sytuacji i zrelatywizowanego do posiadanej wiedzy. Jedno wydaje się coraz bardziej pewne: z upływem czasu zarówno ogólna filozofia analityczna, jak i jej prawniczy odpowiednik zdają się zgłaszać coraz mniej roszczeń do tradycyjnie pojmowanej — za tak zwanym logicznym pozytywizmem — naukowości, a w coraz większym stopniu starają się spełniać oczekiwania wyrastające z praktyki społecznej.

Nadmierny rygoryzm w podejściu do metodologicznego wymiaru uprawiania nauki („kompleks naukowości” prawoznawstwa) powodował skłonność teorii prawa do angażowania się w „samą siebie” — w nadziei, że dzięki dobrym wzorcom z przyrodoznawstwa nauki

5 T. Szubka, *Filozofia analityczna. Koncepcje, metody, ograniczenia*, Wrocław 2009, s. 27; podobnie W. Janikowski, *Normatywna definicja filozofii analitycznej*, „Analiza i Egzystencja” 2007, nr 5.

prawne przełamią swoją metodologiczną niedojrzałość. Richard Rorty ten typ naukowej autorefleksji określał jako zdolność filozofów analitycznych do rozwiązywania zagadek ważnych i zrozumiałych dla tych, którzy je formułują[6]. Chyba każdy z teoretyków prawa, w zderzeniu z oczekiwaniami praktyki, doświadczył podobnego dyskomfortu co do użyteczności własnej wiedzy, w szczególności tej, która budowana była na wzorach logiki formalnej. Tradycyjne logiczne dychotomie, takie jak poznanie–działanie, prawda–fałsz, ogólne–jednostkowe, język–fakty, podmiot–przedmiot, teorie–metateorie itp., mogły uchodzić za uniwersalne narzędzia naukowego poznania i wyjaśniania (pojęciowego porządkowania dostępnej nam wiedzy)[7], ale już dla uzasadniania decyzji prawnych miały mocno ograniczone zastosowanie. Schematy takie, utrwalane w dydaktyce akademickiej, z dużym trudem poddawały się „socjalizacji" w zawodowej praktyce prawniczej. Model „naukowego" prawoznawstwa stawał się dzięki temu modelem uniwersyteckiego nauczania, a ten z kolei fundował (umiarkowanie użyteczne) podstawy stosowania prawa i uzasadniania podjętych rozstrzygnięć. Odpowiedzią na analityczną filozofię prawa, z jej zdolnością wyłącznie do pojęciowego porządkowania poszczególnych cegiełek wiedzy, powinna być filozofia zaangażowana, filozofia postanalityczna, czyli taka, która zamiast wyłącznie konstruować „gmach" nauki staje się zdolna do tego, aby — jak ujął to R. Rorty, inspirując się Heglem — „swój czas uchwycić w myśli"[8]. Dobrym przykładem na tego rodzaju reorientację może być mocne zaangażowanie się polskich teoretyków i filozofów prawa w debatę wokół kryzysu Trybunału Konstytucyjnego — co ciekawe, przy dużo bardziej zdystansowanej postawie doktryny prawa konstytucyjnego. Mogłoby to świadczyć o tym, że pragmatyczny przełom w badaniach nad językiem prawa i prawoznawstwa zdążył objąć środowisko ogólnej nauki o prawie w znacznie większym stopniu, aniżeli ma to miejsce w doktrynie prawa konstytucyjnego. Zapewne jest to wymuszone zewnętrznymi okolicznościami, ale przecież o zdolność reagowania na takie właśnie okoliczności,

6 Zob. R. Rorty, *Filozofia analityczna a filozofia transformacyjna*, „Analiza i Egzystencja" 2007, nr 5.

7 Na tego rodzaju, choć nieco inaczej wyartykułowanych, opozycjach kategorialnych — aplikowanych do perspektywy sporów toczonych w analitycznej teorii prawa — oparta jest m.in. monografia T. Gizbert-Studnickiego, A. Dyrdy i A. Grabowskiego, *Metodologiczne dychotomie. Krytyka pozytywistycznych teorii prawa*, Warszawa 2016. Dodajmy jeszcze, że przywoływany niżej przeze mnie nurt postnowoczesny (postanalityczny) zawiera wiele elementów wspólnych z prezentowaną w przywołanej monografii doktryną postpozytywizmu prawniczego, w tym także z zaliczaną do tej doktryny teorią tak zwanego nowego konstytucjonalizmu (zob. *ibidem*, rozdział IV). Nie ma tu jednak miejsca na konfrontacje przywołanych tu nurtów i doktryn.

8 R. Rorty, *Filozofia analityczna a filozofia transformacyjna*, s. 7.

o umiejętność ich konceptualizowania w sposób właściwy dla „swojego historycznego czasu", chodziło zwolennikom pragmatycznej reorientacji badawczej.

Tezę, którą stawiam w niniejszym artykule, da się ująć tak oto: różnice poglądów obecne w polskiej doktrynie prawniczej w kwestii bezpośredniego stosowania konstytucji przez sądy w wariancie konfrontacyjnym są konsekwencją braku spójności założeń, na których wspierają się twierdzenia polskiej analitycznej teorii prawa. Punktem odniesienia dla tych odmiennych założeń jest znane już polskiej teorii prawa rozróżnienie na podejście analityczne i postanalityczne[9]. Jednak dla potrzeb rozważań o bezpośrednim stosowaniu konstytucji, pozwolę sobie tę wyjściową dystynkcję nieco rozbudować, uzupełniając pierwszy z tych nurtów (analityczny) o rozróżnienie w jego ramach wariantu tradycyjnego i nowoczesnego. Dzięki temu teoretyczną podstawę zrozumienia fenomenu zróżnicowania twierdzeń rodzimej doktryny prawniczej w kwestii bezpośredniego stosowania konstytucji wiązać będę z trzema nurtami uprawiania analitycznej teorii prawa: (1) tradycyjnym, (2) nowoczesnym i (3) ponowoczesnym (postanalitycznym). Doprecyzowana na podstawie powyższej triady teza, do której zamierzam przekonywać czytelnika w niniejszym opracowaniu, będzie mieć kształt następujący: ta część dogmatyki prawa i praktyki orzeczniczej, która odmawia sądom niekonstytucyjnym (sądom powszechnym, sądom administracyjnym, Sądowi Najwyższemu) tytułu do bezpośredniego i samodzielnego — to jest z pominięciem drogi pytań prawnych określonej w art. 193 Konstytucji RP — powoływania się na konstytucję wbrew przepisom ustawy wspiera się na nowoczesnym wariancie uprawiania analitycznej teorii prawa. Natomiast nurt postanalityczny, w mojej ocenie, budować będzie teoretyczne podstawy dla akceptacji praktyki bezpośredniego i samodzielnego stosowania konstytucji przez sądy niekonstytucyjne. Wreszcie wariant tradycyjny — historycznie najstarszy — przywołuję tu z dość osobliwego powodu. Nie wydaje się on przydatny do ujawniania uwarunkowań leżących u podstaw przywołanego sporu doktrynalnego. Ma jednak pewien walor wyjaśniający, gdy chodzi o najnowszą polską praktykę polityczno-prawną. Wzmacnia bowiem argumentację podważającą aktywizm prawniczy w każdym jego wymiarze (sędziowskim, doktrynalnym), w tym także aktywizm sądów i trybunałów sięgających do konstytucji jako podstawy wyrokowania. Więcej, wariant ten zdaje się w ogóle podważać sens istnienia prawno-konstytucyjnej kontroli

9 Zob. *Postanalityczna filozofia prawa*, red. M. Jabłoński, M. Paździora, „Przegląd Prawa i Administracji" 2015, nr 102.

tworzenia (i stosowania) prawa, a tym samym w istocie rzeczy delegitymizuje przywołaną debatę doktrynalną.

I jeszcze trzy istotne zastrzeżenia. Po pierwsze, przywołane wyżej trzy nurty analitycznej teorii prawa zamierzam prezentować jedynie w takim, mocno ograniczonym zakresie, jaki wydaje się przydatny dla zobrazowania ich wpływu na poglądy w kwestii bezpośredniego stosowania konstytucji. Chodzić będzie o ustalenie, czym jest prawo i — przede wszystkim — jak postrzegana jest wobec tak lub inaczej ontologicznie ujętego prawa funkcja tekstu prawnego. Po drugie, będę mieć na uwadze polską analityczną teorię prawa, gdyż to ona właśnie poprzez swój dorobek oraz dydaktykę akademicką dostarczała dogmatyce prawa i orzecznictwu pojęciowych narzędzi uzasadniania rozstrzygnięć (projektów rozstrzygnięć) kwestii prawnych z obszaru bezpośredniego stosowania konstytucji. I po trzecie, w tych fragmentach moich rozważań, w których odwołuję się do prawno-konstytucyjnej literatury przedmiotu, korzystam jedynie z wybranych pozycji. Literatura ta dobrana jest w taki sposób, aby służyła jako egzemplifikacja tez ogólnych, ukazujących zmiany zachodzące w analitycznej teorii prawa. Ale nie tylko o egzemplifikację chodzi. Pozwalam sobie również na krytykę niektórych twierdzeń doktryny prawno-konstytucyjnej. Krytykę tę umożliwia postulowana przeze mnie postanalityczna perspektywa badawcza — odmienna od postawy nowoczesnej, na gruncie której osadzony był (i wydaje się, że w dużej mierze nadal jest) główny nurt rozprawiania o bezpośrednim stosowaniu konstytucji. Z tych samych powodów sięgam do literatury nieco starszej, mocniej zorientowanej na systematykę dorobku tej doktryny.

2. Oparcie dla tradycyjnych teorii analitycznych znaleźć można w założeniach pozytywizmu naukowego, a następnie również neopozytywizmu z charakterystyczną dla tego nurtu dominacją perspektywy epistemologicznej. Jedyną poznawczo akceptowalną formą pozyskiwania wiedzy (wiedzy zdolnej spełniać wymóg naukowości) był opis prostych faktów empirycznych. Opis ów miał mieć cechy zdań protokolarnych (sprawozdawczych, bazowych), w jakikolwiek sposób nieangażujących podmiot wypowiedzi w wartości czy wyznawane przekonania. Język, jak ujął to L. Wittgenstein w *Traktacie logiczno-filozoficznym*, miał być obrazem rzeczywistości, a ujmowana w języku logiki struktura lingwistyczna odbiciem budowy świata. Wszystko inne, co wykraczało poza tak ujęte zadania języka, stawało się nienaukowe, metafizyczne, a w konsekwencji delegitymizowane jako „pozorne". To z takiej właśnie argumentacji wyrosła najbardziej chyba znana maksyma przywołanego

autora, że „granice mego języka oznaczają granice mego świata”[10] czy, nie mniej popularna, teza — memento *Traktatu*: „O czym nie możemy mówić, o tym powinniśmy milczeć”[11]. Takie spozycjonowanie języka z jego weryfikacyjną (falsyfikacyjną) koncepcją znaczenia otworzyło przestrzeń dla zastosowania logiki, która miała dostarczać, jeśli nie jedynej, to przynajmniej najbardziej szanowanej, wzorcowej argumentacji. Logika miała łączyć twierdzenia bezpośrednio sprawdzalne empirycznie z tezami o charakterze ogólniejszym (teoretycznym). Aby twierdzenia teoretyczne mogły uchodzić za sprawdzalne, musiały pozostawać w określonej relacji logicznej do zdań wyjściowych (protokolarnych). Pozwoliło to na integrację logiki formalnej (a następnie również semantyki) z empirycznym odniesieniem. Naturalizm ontologiczny (empiryczny status przedmiotu) otworzył w ten sposób drogę do naturalizmu metodologicznego, czyli realizacji idei poszukiwania jednej dla wszystkim nauk — w tym społecznych i humanistycznych — metodologii naukowej opartej na wzorcach wywodzonych z przyrodoznawstwa.

Ujęcie nauki wspierane na tego rodzaju wzorcach okazało się nieobojętne również dla prawoznawstwa i praktyki prawniczej. To J. Bentham wskazywany jest zwykle nie tylko jako prekursor pozytywizmu prawniczego, ale także jako inicjator prób adaptowania filozoficznych spostrzeżeń dotyczących języka na grunt filozofii prawa. Jego pogląd na językowy wymiar prawa wspiera radykalnie empiryczna teoria znaczenia[12]. Znaki językowe mają wyłącznie komunikować treść oznaczanych obiektów (prawa). Zbiór znaków nie może być bowiem identyfikowany z tym, co jest oznaczane. Jeremy Bentham, a następnie w ślad za nim J. Austin, uznawali, że prawo zasadniczo jest faktem, szczególnym zachowaniem, aktem wolicjonalno-decyzyjnym, za którym kryje się rozkaz legitymowanej, suwerennej władzy, wyrażanej przez czynności podejmowane przez aktualną większość parlamentarną. W konsekwencji, norma prawna nie jest identyfikowana z wypowiedzią językową prawodawcy, ale ujmowana jako pewien fakt, jako działanie uzewnętrzniające jego wolę[13]. Analogicznie, również prawo jako całość nie będzie zbiorem

10 Teza 5.6 — zob. L. Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, przeł. B. Wolniewicz, Warszawa 2000, s. 64.

11 Teza 7 — *ibidem*, s. 83.

12 Zob. Stanford Encyclopedia of Philosophy, 5.12.2021, https://plato.stanford.edu/entries/law-language/#HistIntr (dostęp: 23.03.2026).

13 Takie ujęcie otworzyło drogę dla tak zwanego nielingwistycznego ujęcia normy prawnej, obecnego również w polskiej teorii prawa — zob. na przykład K. Opałek, *Argumenty za nielingwistyczną koncepcją normy. Uwagi dyskusyjne*, „Studia Prawnicze” 1985, nr 304; K. Opałek, *Dwoistość ujęcia normy w nauce prawa*, „Państwo i Prawo” 1988, z. 6; K. Opałek, J. Woleński, *Logika i interpretacja powinności*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1988, nr 21.

odpowiednio uporządkowanych znaków (system norm — dokonane wypowiedzi).

W świetle tej wczesnej wersji uprawiania analitycznej teorii prawa język prawny jest wyłącznie użyteczną formą jednostronnego komunikowania prawa — decyzji podjętych przez prawodawcę, kierowanych do adresatów ustanowionych obowiązków. Dodajmy jeszcze, że w perspektywie koncepcji prawa J. Benthama i J. Austina język wcale nie jest jedyną możliwą formą przekazywania informacji o prawie. Dla zbudowania pełnego obrazu prawa nie mniej użyteczne, co komunikaty pochodzące od prawodawcy, są obserwacje samych faktów niezapośredniczonych w języku[14]. Językowość, a następnie oparta na niej systemowość, w ramach omawianego podejścia nie są zatem jeszcze koniecznymi cechami prawa. Nie ma tu również miejsca na język prawniczy jako zjawisko choćby względnie autonomiczne. Nauka i praktyka prawnicza dostarczają bowiem prostych obrazów prawa, niezniekształconych przez jakiekolwiek własne media pojęciowe. Z tych samych powodów w ramach omawianej perspektywy badawczej trudno byłoby mówić o środowiskowej autonomii prawników, w tym również sędziów, wobec otoczenia społecznego, a więc także wobec polityki i polityków. Nauka i praktyka prawnicza są programowo apolityczne, gdyż nie mają wpływu na językowy kształt i rzeczywistą treść obowiązującego prawa. Są jednak polityczne w tym sensie, że służą reprodukcji z natury rzeczy politycznych decyzji prawodawcy. Polityczność prawodawcy nie jest konfrontowana, a tym bardziej limitowana dorobkiem doktryny prawniczej.

Ustawa, w tym również ustawa konstytucyjna, będą w tej perspektywie ujmowane jako akty suwerennej władzy politycznej. Tak jak nie ma tu miejsca na choćby względną autonomię myśli prawniczej, tak również nie znajdzie się miejsce dla konstytucjonalizmu pojmowanego jako dorobek myśli filozoficznoprawnej, teorii konstytucji czy doktryny konstytucyjnej. Cała konstytucyjna „myśl filozoficzna" daje się w omawianej perspektywie sprowadzić do idei Carla Schmitta — konstytucji jako aktu uprawomocnienia władzy politycznej wyrażającego wolę i jedność społecznego suwerena[15]. Na sądową, a tym bardziej wyspecjalizowaną (trybunalską) kontrolę konstytucyjności prawa nie ma tu miejsca. Oznaczałoby to bowiem prawne ograniczenie realnej, politycznej

14 „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, 5.12.2021, https://plato.stanford.edu/entries/law-language/#HistIntr (dostęp: 23.03.2026).

15 Zob. C. Schmitt, *Nauka o konstytucji*, przeł. M. Kurkowska, R. Marszałek, Warszawa 2013, s. 26 i n.

suwerenności ludu — narodu. Tak mocno przywoływany w bieżących polskich sporach politycznych argument z suwerenności i demokracji zdaje się wpisywać w taką właśnie filozofię konstytucji.

3. Przez nowoczesne teorie analityczne rozumiem takie, które podważają wyłącznie referencjalną funkcję języka nauki. Nie deklarują jednak tego wprost, gdyż ze względu na swoją naturalistyczną proweniencję w pewien sposób czują się zobligowane do maskowania aktywnego oddziaływania języka nauki na rzeczywistość. Oferowany przez naukę zestaw pojęć ma za zadanie porządkować, kategoryzować poszczególne fragmenty języka, składające się na zastany, mniej lub bardziej intuicyjny obraz badanej rzeczywistości. Jest to postawa inspirowana w głównej mierze ideą transcendentalności (analitycznego aprioryzmu) I. Kanta. Zamysł poszukiwania języka zdolnego do ujmowania prostych, „czystych" danych zmysłowych jest tu zastępowany ideą języka zakładającego inherentną interpretację pojęciową, w której „dane te nie byłyby w stanie same z siebie [się] wytworzyć"[16]. Badane przedmioty nie są zatem rezultatem doświadczenia zmysłowego, ale poprzez proces interpretacji są konstytuowane z — mających aprioryczną naturę — zasobów pojęciowych, którymi dysponuje nauka. Źródłem powszechnej ważności formułowanych twierdzeń nauki nie są badane obiekty — gdyż ich różnorodność jest nieskończona i niemożliwa do percepcyjnego ogarnięcia — ale sam poznający podmiot, którego poznawczy rozum (podmiotowa struktura poznawcza) wprowadza odpowiedni, pojęciowy porządek do badanej rzeczywistości. Kantowska „*Krytyka* [*czystego rozumu* — dop. A.B.] przekonuje, że wszelka forma obiektywności wymaga »subiektywnej« podbudowy, to znaczy wiąże się w sposób nierozerwalny z podmiotowymi sposobami wyznaczania sensu, uzasadniania, rozumienia, waloryzacji. Jej celem jest uświadomienie reguł, które umożliwiają połączenie różnorodnych przedstawień"[17]. Reguły owe funduje logika, która jest narzędziem poszukiwanej syntezy (systematyzacji wiedzy) o poszczególnych obiektach. Sama zaś logika jest pochodną intelektu, a nie badanej rzeczywistości. Innymi słowy, to intelekt i jego odpowiednio dobierane myślowe konstrukcje są fundatorem „prawdziwej jedności" świata bądź też jakiegoś jego określonego obszaru[18].

16 M. Frank, *Główna myśl Kanta*, przeł. Z. Zwoliński, „Przegląd Filozoficzny — Nowa Seria" 2004, nr 4 (52), s. 69.

17 S. Bakuła, *Problem poznania w Krytyce czystego rozumu Kanta jako teoretyczna propozycja dla współczesnych dyskusji nad poznaniem*, „Filozofia i Nauka. Studia filozoficzne i interdyscyplinarne" 1, 2013, s. 262.

18 Por. I. Kant, *Krytyka czystego rozumu*, przeł. R. Ingarden, Warszawa 1957, s. 238 i n.

Przykład poglądów H. Kelsena z okresu, który nastąpił po pierwszym wydaniu jego *Czystej teorii prawa* (lata 1922–1940)[19], pokazuje, że również prawo może być jednym z takich obszarów, a prawoznawstwo fundować może obraz „prawdziwej jedności" prawniczego świata. Pojęcie normy prawnej oraz skonstruowany na podstawie tych pojęć systemowy porządek norm (modele systemu prawa), następnie posegmentowany przez dogmatyki prawa na gałęzie prawa — mogą uchodzić za takie właśnie, doniosłe dla nauki i praktyki, składniki „subiektywnej" prawniczej podbudowy. Usilne, choć niepozbawione różnorakich perturbacji, poszukiwania na gruncie tradycyjnej logiki odpowiednich reguł służących syntezie materiału normatywnego pochodzącego od prawodawcy można uznać za dopełnienie nowoczesnego sposobu rozprawiania w prawniczym nurcie analitycznym. Atrybut systemowości prawa oraz systematyczności badań prawniczych stał się założeniem szczególnie użytecznym w analizach prawniczych kooperujących z kulturą *civil law*. „Naukowy obraz" porządku prawnego (systemowość prawa oraz jego wewnętrzne, gałęziowe zróżnicowanie) koresponduje tu bowiem z wewnętrzną organizacją badań prawniczych, to jest z podziałami na poszczególne dyscypliny naukowe, pilnujące swoich, wyznaczanych głównie przedmiotowo, domen badawczych. Otworzyło to drogę do profesjonalizacji badań prawniczych poprzez wytworzenie się wyspecjalizowanych dogmatyk, obudowywanych, idącą z tym w parze, specjalizacją zawodów prawniczych. W proces ten umiejętnie wpisała się również ustrojowa specyfikacja zakresów kognicji poszczególnych sądów (przedmiotowy i instancyjny porządek rozpatrywania według „rodzajów spraw"). To na takim właśnie sposobie myślenia o prawie i zawodowej roli prawników wspierała się Kelsenowska koncepcja konstytucyjnych sądów prawa[20]. Przywilej zawodowej specjalizacji nie mógł w tej sytuacji ominąć również nauki i nauczania prawa konstytucyjnego. I ta dyscyplina zaczęła coraz mocniej przyswajać sobie paradygmat badawczy typowy dla analizy dogmatycznoprawnej, a pojawienie się w polskim obrocie prawnym Trybunału Konstytucyjnego tylko przyspieszyło ten proces. Angażująca kiedyś PRL-owską naukę prawa konstytucyjnego (nieprzypadkowo wtedy jeszcze szerzej nazywanego „prawem państwowym") dyskusja wokół prawnego charakteru ustawy zasadniczej z momentem pojawienia się w Polsce TK zamknęła tamtą debatę oraz wymusiła na konstytucjonalistach jurydyzację dotychczasowego

19 Zgodnie z periodyzacją C. Heidemanna, *Die Norm als Tatsche. Zur Normentheorie Hans Kelsen*, Baden-Baden 1997, s. 43.

20 Zob. M. Korycka-Zirk, *Filozoficzny wymiar kontroli konstytucyjności*, Toruń 2017, s. 42.

sposobu rozprawiania o konstytucji — jurydyzację ukierunkowaną na systemowy ogląd prawa.

Jeżeli przedmiotowo zmienna treść tekstów aktów prawnych nowoczesnego prawoznawstwa należeć ma do materii właściwej dla analitycznych specjalistów, to poszukiwanej syntezy tekstów pochodzących od prawodawcy dostarczać powinna ogólna teoria prawa. Powinnością teorii jest zatem „czuwanie" nad całością obrazu prawa, nad jego poprawnym konstruowaniem. Uniwersalne formy poznania-porządkowania prawa, to domena ogólnych teorii analitycznych (na przykład dociekania nad pojęciową konstrukcją normy prawnej, systemu prawa czy uniwersalnymi regułami wykładni). Analityczna teoria prawa staje się w ten sposób metodologią prawoznawstwa. Nie ma własnego, sobie tylko przypisanego (jak to jest w dogmatykach prawa) przedmiotu[21]. Służyć ma pomocą w rozwiązywaniu problemów pojawiających się w badaniach prawniczych. Nie tylko zatem nie rozszerza naszej wiedzy o obowiązującym prawie, ale również nie podejmuje wprost praktycznych kwestii związanych ze stosowaniem prawa — te są niejako zastrzeżone dla znawców odpowiednich fragmentów tekstów aktów prawnych. Nowoczesny teoretyk prawa chętnie natomiast wytknie dogmatyce prawa błędy i niekonsekwencje — szczególnie natury logicznej — w rozumowaniu i opartej na nim argumentacji.

Elementem składowym metodologicznego programu nowoczesnych teorii analitycznych (widocznym w Polsce na przykład w ośrodku poznańskim) jest program tak zwanej teoriopoznawczej redukcji. Chodzi o postulat prostoty i uniwersalizmu twierdzeń nauki. W myśl tego programu realne porządki prawne powinny być badane z wykorzystaniem upraszczających (idealizujących, modelujących) schematów pojęciowych. W prawoznawstwie prowadziło to na przykład do ujmowania wypowiedzi prawodawcy w jedną, uniwersalną dla całego systemu prawa, imperatywną konstrukcję normy. Dzięki takiemu zabiegowi definicyjnemu „usunięte" zostały z teoretycznego języka nauki (a właściwie przesunięte do poziomu składnika podstawowej struktury) różnorakie „uprawnienia", „dozwolenia", „kompetencje" oparte na „wolnościowych" (nieimperatywnych) regułach. Skoro źródłem „powszechnej ważności" formułowanych twierdzeń nie są, jak to już wiemy od Kanta, badane obiekty w ich nieskończonej i niemożliwej do ogarnięcia różnorodności, to badaczowi usiłującemu mimo wszystko objąć swoim

21 Jak pisał J. Woleński, „to teoria [analityczna — A.B.] kreuje swój przedmiot, a nie odwrotnie" — J. Woleński, *Spór o status metodologiczny nauki o polityce*, [w:] *Metodologiczne i teoretyczne problemy nauk politycznych*, red. K. Opałek, Warszawa 1975, s. 40.

analitycznym rozumem takie zróżnicowane i często niespójne wypowiedzi realnego prawodawcy pozostaje skorzystać z odpowiedniego, upraszczającego schematu pojęciowego. Rezultaty pojęciowej redukcji będą miały istotny wpływ na rozważania nad ewentualną specyfiką tekstów prawnych w poszczególnych gałęziach prawa. Dorobek tak ukształtowanej analitycznej teorii prawa źle bowiem toleruje na przykład pytania o specyfikę budowy norm konstytucyjnych czy o autonomię wykładni tekstu konstytucji. Otwiera to pole konfliktu między teorią prawa, dążącą do upraszczania i uniwersalizacji swoich twierdzeń, i zorientowanymi partykularnie dogmatykami prawa. Dla nowoczesnych teorii analitycznych stanowiło to istotną barierę we współpracy ze szczegółowymi naukami prawnymi.

Tym jednak, co wydaje się łączyć osiągnięcia nowoczesnej analitycznej teorii prawa z oczekiwaniami dogmatyk prawa była obustronna atencja dla aparatury logicznej. Sięganie do języka logiki ogólnej miało ugruntowywać przekonanie o racjonalności i obiektywności postępowania naukowego, a w konsekwencji, również racjonalności i obiektywności postępowania praktyki prawniczej (*vide*: sympatia sędziów do sylogistycznego modelu stosowania prawa czy gremialne opowiadanie się za odtwórczym charakterem wykładni). Sprzyjała temu oferowana przez analityczną teorię prawa siatka pojęciowa, zdominowana przez proste, zazwyczaj dychotomiczne, podziały logiczne, aspirujące do spełniania wymogów zupełności i rozłączności. Spośród wielu możliwych pojęciowych dystynkcji w interesującym nas kontekście warto wskazać na dwie: podział na fakty i normy (odpowiednio, podział na sądy faktów — sądy prawa) oraz na tworzenie i stosowanie prawa (i idący za tym podział na kompetencje w zakresie stanowienia obowiązków — kompetencje w zakresie aktualizowania obowiązków). To dzięki tego rodzaju mocnym, „logicznym" podziałom mieliśmy w doktrynie niekończące się dyskusje wokół statusu orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego czy tak zwanych uchwał interpretacyjnych Sądu Najwyższego. Praktyka orzecznicza tych organów po prostu nie mieściła się w takich zero-jedynkowych schematach. Życie okazało się bardziej skomplikowane, niż przewidywał to porządek pojęć analitycznej teorii prawa. Dzisiaj, kiedy doktryna prawnicza zaczyna powoli tolerować pogląd o TK jako podmiocie „funkcjonalnie" prawotwórczym (poniekąd pomógł w tym sam Kelsen ze swoim konceptem „negatywnego prawodawcy"), te same dystynkcje pojęciowe bywają przywoływane przeciwko stanowisku przyznającemu sądom tytuł do powoływania się na konstytucję wbrew ustawie (sądy powszechne nie są sądami prawa, sądy powszechne nie mogą tworzyć prawa). Można to ocenić jako dowód ugruntowania

w doktrynie prawniczej myślenia opartego na nowoczesnym wariancie uprawiania nauk analitycznych. Jeśli pozwalamy sobie H. Kelsena uznać za patrona tego właśnie nurtu teorii prawa — a przecież to z jego normatywnej teorii wywodzona jest nowoczesna wizja sądu konstytucyjnego jako wyspecjalizowanego trybunału[22] — to może warto odnotować również i to, jak zmieniły się poglądy tego autora w okresie późniejszym, gdy stanął wobec nowych dla siebie, amerykańskich wyzwań[23].

4. Filozoficzne rodowody postanalitycznego podejścia badawczego oraz jego konsekwencje dla prawoznawstwa miałem okazję szeroko prezentować w innym miejscu[24]. Obecnie jedynie skonfrontuję je — w obszarach istotnych dla problematyki bezpośredniego stosowania konstytucji — z wyartykułowanymi wyżej założeniami charakterystycznymi dla postawy nowoczesnej.

Zmiany proponowane przez myślenie postanalityczne inspirowane są ideą odchodzenia od naukowych formalizacji, upraszczających i zniekształcających zastaną praktykę językową. Postulat prostoty i uniwersalności twierdzeń nauki zastępowany jest tu postulatem pragmatycznej jasności i społecznej, kontekstualnej komunikatywności używanych pojęć. Dla prawoznawstwa ma to istotne następstwa. Prawo to jest nie tylko pojęciowo jednolite pod względem kształtu, imperatywne normy (jak wprost ujmował to J. Austin czy jak poprzez mechanizm redukcji utrzymywało wielu wpływowych przedstawicieli nowoczesnej analitycznych teorii prawa[25]), ale również „wolnościowe", nieimperatywne reguły dopuszczające celowość i interesowność po stronie publicznych i prywatnych użytkowników, w tym również otwierające się na motywację moralną jako rację ich wykonywania. Uzupełnieniem norm i reguł stają się również inne standardy: zasady prawa, regulacje typu *soft law* czy wreszcie sposoby zachowania kształtowane przez kulturę prawną. Tego rodzaju multiplikacja pojęć wyrażających normatywność, a także rozszerzenie źródeł ich budowania, służyć ma adekwatnemu obrazowaniu rzeczywistego komplikowania się współczesnych porządków

22 Zob. na przykład E. Zwierzchowski, *Z zagadnień legitymizacji sądownictwa konstytucyjnego*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo" 257, 1997, s. 303.

23 „Faza czwarta językowo-analityczna rozpoczyna się [u H. Kelsena — dop. A.B.] w latach sześćdziesiątych [...], w której można wyróżnić dwa podstawowe motywy: semantyki i pragmatyki norm oraz woluntaryzm i tezę, że logika norm jest niemożliwa" — M. Zalewska, *Problem zarachowania w normatywizmie Hansa Kelsena*, „Jurysprudencja" 2014, nr 1, s. 28.

24 Zob. A. Bator, *Postanalityczna teoria i filozofia prawa. Nowe szanse, nowe zagrożenia?*, [w:] *Postanalityczna filozofia prawa*, s. 21 i n.

25 W polskiej literaturze podejście takie znajduję głównie w pracach Zygmunta Ziembińskiego i Macieja Zielińskiego oraz w ukształtowanym na osiągnięciach obu tych Autorów dorobku całego środowiska „poznańskiej szkoły teorii i filozofii prawa".

prawnych. Systemowość prawa oraz relacje powstające wewnątrz systemu zachowują swoją argumentacyjną użyteczność, jednak już rygory związane z pojmowaniem systemowości ulegają znacznemu osłabieniu. Nie będzie to już zamknięty i wewnętrznie spójny system konstrukcyjnie jednorodnych norm merytorycznych i kompetencyjnych, a porządek oparty również na dużo łagodniejszych, niekonkluzywnych standardach. Tekst prawny zachowuje swoją prawniczą wagę, ale przestaje być wyłącznym źródłem argumentacji. Również konstytucja pisana zachowuje swoją prymarną doniosłość, jednak wiedza o niej domagać się będzie uzupełnienia o dorobek doktryny prawa konstytucyjnego, filozofii konstytucji czy filozofii politycznej. Otwiera się w ten sposób szeroka przestrzeń dla konstytucjonalizmu.

Podejście postanalityczne odwołuje się do szerokiej integracji nauk humanistycznych. Więcej, chodzi tu również o kooperację z otoczeniem kulturowym i społecznym, zorientowaną na integrację problemową wokół istotnych wyzwań współczesności. Odbywa się to kosztem poniechania programu metodologicznej integracji samej praktyki naukowej wokół jakichkolwiek zewnętrznych wobec humanistyki (naturalistycznych) wzorców. Jest to zatem podejście holistyczne w sensie problemowym, które otwiera się na dorobek różnych dyscyplin naukowych i na doświadczenia zdobywane w odmiennych praktykach społecznych. Od nauki oczekuje się odpowiedniego reagowania na rzeczywiste problemy, bez limitowania kierunków możliwych rozwiązań przyjmowaną metodologią badawczą czy zastaną systematyką wiedzy. Ma to być taka nauka (filozofia), która zdolna jest do „uchwycenia swojego czasu w myśli". Tradycyjna logika w takim, mocno spragmatyzowanym, myśleniu nie znika, a sprowadzana jest do roli jednego z wielu dostępnych narzędzi badawczych[26]. Reguły formalizujące argumentację szeroko uzupełniane są przez narzędzia pojęciowe budowane na gruncie pragmatycznej analizy języka (między innymi społeczny kontekst rozumienia tekstu, aktowość pozwalająca ujmować język jako komunikacyjne zachowanie[27]). To, co „ukryte" w przyjętych założeniach badawczych czy też uproszczone w pojęciowych schematach i kategoryzacjach nowoczesnych teorii analitycznych staje się u postanalityków jawnym składnikiem prowadzonego sporu.

Nowoczesna teoria prawa nie znała tak zwanych trudnych przypadków orzeczniczych albo — łagodniej rzecz ujmując — nie była

26 H. Putnam, *The Uniqueness of Pragmatism*, „Think. Philosophy for Everyone" 2004, nr 8, s. 101.

27 Pełniejszą listę tych czynników przedstawia na przykład M. Tokarz, *Elementy pragmatyki logicznej*, Warszawa 1993, s. 108.

przygotowana na takie przypadki. Jeżeli interesowała ją praktyka językowa, to po to, aby „za pomocą narzędzi logicznych — rozjaśniać i precyzować wyłącznie nasze koncepcje i teorie formułowane w życiu codziennym i w naukach [...]"[28]. Teoretyzowanie na sposób analityczny jest bowiem — jak pisze T. Szubka — „działalnością typowo akademicką, która nie rości sobie pretensji do bezpośredniego oddziaływania na życie społeczne i polityczne [...]. Ma być z założenia światopoglądowo i praktycznie neutralna"[29]. W naukach prawnych tego rodzaju „rozjaśnianie i precyzowanie koncepcji i teorii" prawniczego życia codziennego z użyciem „narzędzi logicznych" przełożyło się między innymi na popularność sylogistycznego modelu stosowania prawa, czemu z kolei sprzyjać miała pojęciowo jednorodna konstrukcja normy wyrażająca obowiązki prawne. Jakiekolwiek bardziej złożone sytuacje prawne musiały być tym samym sprowadzone do sytuacji standardowych. Tradycyjna logika z jej zero-jedynkowymi atrybucjami (prawda-fałsz, sprzeczność-niesprzeczność, spełnianie-niespełnianie) nie mogła tolerować trudnych przypadków orzeczniczych, ujawniających swoją złożoną naturę w sytuacjach granicznych[30]. Aby oparte na aparaturze logicznej trudne przypadki mogły znaleźć swoje rozwiązanie, musiały być „zredukowane" do przypadków prostych. Otwarcie się na pragmatyczny wymiar języka — jak chociażby wydobycie roli, jaka w rozumieniu tekstu spełnia jego społeczny kontekst czy dopuszczenie typologicznego stopniowania przypadków[31] — pozwoliło wyposażyć badacza języka w analityczne narzędzia przydatne również w niestandardowych przypadkach użycia języka prawnego. Można zatem powiedzieć, że dopiero w takiej perspektywie badawczej „trudne przypadki orzecznicze" z całą powagą dają się rozpatrywać jako właśnie takie.

Problemy powstające w związku z bezpośrednim stosowaniem konstytucji dostarczają mocnych dowodów na to, że nauka prawa stoi obecnie przed istotnie „trudnym przypadkiem" (przypadkiem — typem), i to mającym w pełni wymiar Heglowskiego „wyzwania naszych

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

29 *Ibidem*.

30 H.L.A. Hart pisze: „język reguły pozwoli nam po prostu wyłowić łatwo uchwytne przykłady [...], przypadek oczywisty [...]. Niepewność w obszarach granicznych to cena, jaką płaci się za użycie ogólnych terminów porządkujących w każdej formie komunikowania o faktach" — H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, przeł. J. Woleński, Warszawa 1998, s. 175–176. Jest to, zdaniem Harta, konsekwencją naturalnego charakteru języka tekstów prawnych. Zob. także T. Gizbert-Studnicki, *Język prawny z perspektywy socjolingwistycznej*, Kraków 1986, s. 115 i n.

31 Zob. T. Pawłowski, *Tworzenie pojęć w naukach humanistycznych*, Warszawa 1986, s. 168 i n.; prawnicze próby aplikacji typologii i pojęć porządkujący w prawoznawstwie za doktryną niemiecką referuje T. Spyra, *Granice wykładni prawa. Znaczenie językowe tekstu prawnego jako granica wykładni*, Kraków 2006, s. 118–119.

czasów". Schematy pojęciowe wsparte na dotychczasowym dorobku nauk prawnych (na przykład różnicowanie metod wykładni, ustalone katalogi dyrektyw i reguły ich stosowania) w odniesieniu do konstytucji okazują się nieadekwatne i z punktu widzenia aktualnych wyzwań po prostu niewystarczające. Sugestię, że wykładnia ustawy zasadniczej wymaga uwzględnienia argumentów pochodzących z jej „otoczenia normatywnego" można zatem uznać za symptom zmiany dotychczasowego profilu uprawiania analitycznej teorii prawa, korespondującej z postulowanym przez postanalityków otwieraniem się na kulturowy, filozoficzny i polityczny wymiar interpretacji tekstu konstytucji[32]. Jeżeli zatem dogmatykę prawa ujmować będziemy jako dyscyplinę zawężoną w swoich analizach do określonego zestawu tekstów pochodzących od prawodawcy i stosującą kanoniczne dla zastanego dorobku analitycznej teorii reguły i dyrektywy ich wykładni, to tak pojmowana wizja dogmatyki prawa w odniesieniu do prawa konstytucyjnego wydaje się współcześnie już chyba nie do utrzymania. To, że zbudowana na wąskim, logiczno-językowym fundamencie dotychczasowa dogmatyka prawa konstytucyjnego miała się „w miarę dobrze" tłumaczyć można chyba tylko tym, że omijały ją wyzwania prawno-polityczne, pozwalające przetestować rzeczywistą użyteczność konstytucji i konstytucjonalizmu. Amerykański przykład „żywej konstytucji", powstającej w konfrontacji z tego rodzaju wyzwaniami, pokazuje zupełnie inną drogę budowania konstytucji i konstytucjonalizmu, łączącą standardowe analizy tekstowe z teorią, a przede wszystkim z filozofią prawa[33].

Jak widzimy — a szczególnie jaskrawo ujawnia się to w prawie konstytucyjnym — podział na teoretyczno-filozoficzny oraz dogmatyczny wymiar analizy języka tekstów prawnych wydaje się (jak wszystkie zresztą radykalne dystynkcje) trudny do utrzymania, a przede wszystkim szkodliwy dla samego prawoznawstwa, o ile oczywiście nie chce ono pozostać wyłącznie „działalnością typowo akademicką, która nie rości sobie pretensji do bezpośredniego oddziaływania na życie społeczne". Podejście postanalityczne zdaje się podpowiadać, że zarówno ogólna

32 Zob. S. Wronkowska, *O niektórych osobliwościach konstytucji i jej interpretacji*, [w:] *Wykładnia konstytucji. Aktualne problemy i tendencje*, red. M. Smolak, Warszawa 2016. Autorka wyróżnia tekst konstytucji oraz jego „normatywne otoczenie". Na to drugie składać się mają idee ustrojowe bogate w „treść ukształtowaną nierzadko w długim procesie historycznym". Następnie dodaje, że „bogactwo treści konstytucji nie znajduje w niej pełnego wymiaru językowego. Ma więc konstytucja swój lakoniczny wymiar lingwistyczny i bogaty, rozległy wymiar pozalingwistyczny" (*ibidem*, s. 24). Zauważa także, że „typowe i dobrze opracowane reguły tej wykładni [to jest wykładni językowej tekstu konstytucji — przyp. A.B.] często w ogóle nie znajdują zastosowania" (*ibidem*, s. 27).

33 Zob. M. Korycka-Zirk, *Filozoficzny wymiar kontroli konstytucyjności*, rozdziały IV i V.

nauka o prawie (wsparta odpowiednią wiedzą z kulturowego otoczenia), jak i dogmatyka prawa konstytucyjnego równoprawnie — a najlepiej we współpracy — mogą sięgać do dostępnych im sposobów argumentacji. Każda z nich w swoim branżowym, stematyzowanym języku może służyć „tej samej sprawie", tj. rozwiązywaniu rzeczywistych problemów. Dopiero tak zintegrowana współpraca, nielimitowana podziałami na badawcze domeny i dyscypliny, jest w stanie aspirować do symbolicznej mądrości Dworkinowskiego „sędziego — Herkulesa", zdolnego radzić sobie z trudnymi przypadkami, a takich niewątpliwie współcześnie dostarcza nam materia bezpośredniego stosowania konstytucji przez sądy.

Znakiem rozpoznawczym podejścia postanalitycznego będzie rezygnacja z roszczenia do profesjonalizacji badań i specjalizacji praktyki prawniczej legitymowanej gałęziowymi podziałami prawa. Znajomość prawa pozytywnego połączona z prawniczą wiedzą ogólną oraz odpowiednio rozległą wiedzą pozaprawną zastępują tu stechnicyzowaną wiedzę prawników-ekspertów, na której tradycyjnie wspierały się dogmatyki prawa. Konsekwencje takiego sposobu ujmowania miejsca i funkcji nauki są nieobojętne również dla orzecznictwa i praktyki sędziowskiej. Ustrojowy porządek orzekania zbudowany na demarkacji kompetencji orzeczniczych poszczególnych sądów — w tym podział sądów na konstytucyjne sądy prawa i niekonstytucyjne sądy faktów — oparty był również na kryteriach przedmiotowych, aspirujących do spełniania postulatów „logicznej" zupełności i rozłączności (wzajemnego nieingerowania w przyznane kompetencje). Taki stan rzeczy wyrasta oczywiście z elementarnego wymogu racjonalnego organizowania każdej, a więc i sądowej, praktyki. Nie musi to jednak rzutować na typ i kierunek argumentacji, którą wykorzystują osoby (sędziowie) usytuowane w tak czy inaczej ukształtowanym porządku organizacyjnym. W nauce mamy do czynienia z niemal dokładnie taką samą sytuacją, to jest z podejmowaniem merytorycznych czynności składających się na określoną praktykę badawczą oraz z organizacyjnym podziałem na dyscypliny naukowe oraz, mniej lub bardziej, odpowiadające im wydziały, katedry i zakłady. O ile problemowej aktywności badawczej nie da się — a na pewno nie powinno się — wyznaczać granic przedmiotowych, o tyle organizacja badań (i dydaktyki akademickiej) domaga się już ze względów praktycznych zawsze jakiejś formy przedmiotowego limitowania[34]. Warto zauważyć, że w przypadku sądownictwa postulowana tu funkcjonalna niezależność między organizacją procesu orzekania oraz merytoryczną argumentacją

34 Zob. J. Woleński, *Dyscyplina a teoria naukowa*, „Zeszyty Naukoznawstwa" 1981, z. 1–2.

składającą się na uzasadnianie podejmowanych rozstrzygnięć prawnych nie jest wcale czymś zupełnie nowym[35].

To, o czym wyżej napisałem, jest oczywiście w dużo większym stopniu programem działania aniżeli diagnozą rzeczywistości. Postanalityczne podejście do prawa wymaga bowiem odpowiednich zmian w edukacji prawniczej — i to nie tylko uniwersyteckiej, ale również na poziomie aplikacji prawniczych. Niezbędne jest odchodzenie od idei studiów przygotowujących do zawodu wyspecjalizowane kadry prawnicze. Potrzebna jest większa otwartość dogmatyk prawa (nie tylko prawa konstytucyjnego) w sięganiu do wiedzy i dydaktycznego doświadczenia teorii i filozofii prawa, a nawet do dyscyplin spoza kanonu wiedzy prawniczej. Nasze krajowe myślenie o dydaktyce uniwersyteckiej ciągle zdominowane jest uważnym pilnowaniem przez poszczególne katedry i zakłady historycznie zawłaszczonych domen nauki i nauczania. A wszystko to zazwyczaj dzieje się za sprawą argumentu o nieodzowności prawniczej fachowości i specjalizacji.

5. Przejdźmy obecnie do prawniczej debaty o bezpośrednim stosowaniu konstytucji przez sądy. W polskiej doktrynie prawa konstytucyjnego i sądowego, gdy tylko pojawił się art. 8 ust. 2 w Konstytucji RP (a elementy tej debaty znaleźć można było również wcześniej) powstał spór, co w istocie powinność bezpośredniego stosowania ustawy zasadniczej oznacza dla praktyki prawniczej. W 2005 roku, a więc gdy środowisko konstytucjonalistów miało już nieco czasu, aby się z przepisem tym oswoić, K. Działocha w opracowaniu podsumowującym dotychczasowy stan badań nad stosowaniem polskiej ustawy zasadniczej stwierdził (wspierając się w tej materii między innymi poglądem L. Garlickiego), że „nadal nie wiemy do końca, na czym ma polegać bezpośrednie stosowanie konstytucji"[36]. Od tego czasu temat ten obrósł literaturą, której rozmiary mogą zniechęcić nawet najcierpliwszych prawniczych analityków[37]. Pomińmy w tej sytuacji kwestię wieloznaczności samego

---

35 Niech jako przykład posłużą sytuacje powstające na gruncie stosowania prawa UE przez sędziów krajowych. Organizacyjnie wyodrębnienie sądów krajowych i sądów europejskich nie przeszkadza temu, aby sędziego opłacanego z pieniędzy polskiego podatnika uznawać również za sędziego europejskiego, umocowanego, a nawet zobowiązanego, do korzystania przy podejmowaniu rozstrzygnięć z prawodawstwa i dorobku doktryny prawa UE. Odpowiednio, może warto również rozważyć, aby pojęcia sędziego konstytucyjnego nie ograniczać wyłącznie do osób zasiadających w składach orzekających Trybunału Konstytucyjnego.

36 K. Działocha, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji RP (stan doktryny prawa)*, [w:] *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, red. K. Działocha, Warszawa 2005, s. 15.

37 Zob. na przykład obszerne wykazy bibliograficzne zawarte w pracy: M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017. Dodajmy, że sama monografia liczy stron 850.

terminu „bezpośrednie stosowanie konstytucji" (stosowanie samodzielne — „współstosowane" z ustawami; stosowanie wyłącznie poprzez akty prawodawcze — stosowanie sądowe itp.) i, zgodnie z wcześniejszą deklaracją, przejdźmy do konfrontacyjnego wariantu jej stosowania przez sądy.

Znamienne wydaje się to, że wśród samych konstytucjonalistów, a także w orzecznictwie TK, wyraźnie zdawał się dominować pogląd uznający konieczność skorzystania przez sądy w takiej sytuacji z kompetencji zawartej w art. 193 Konstytucji RP („każdy sąd *może* przedstawić Trybunałowi Konstytucyjnemu pytanie prawne..."). Jak referowali to na przykład A. Mączyński i E. Łyszkowska, „dopóki [...] sąd nie zdecyduje się na skorzystanie z tej drogi dla wyeliminowania normy ustawowej nie może jej po prostu pomijać w procesie orzekania [...]. Wyklucza to możliwość incydentalnej odmowy zastosowania ustawy przez sądy"[38]. Przywołajmy argumentację, która zwykle pojawia się na rzecz takiego stanowiska: (1) ewentualny tytuł prawny do skorzystania przez sądy z możliwości powołania się na konstytucję i niezastosowanie ustawy (to jest art. 178 ust. 1 — „Sędziowie [...] podlegają tylko Konstytucji oraz ustawom") jest „normą gwarancyjną", realizującą sędziowską niezawisłość, a nie „normą kompetencyjną", stwarzającą tytuł prawny do podejmowania określonych czynności prawnych; (2) skoro w myśl art. 190 ust. 3 orzeczenie TK „wchodzi w życie z dniem ogłoszenia...", a tym samym niezgodna z konstytucją ustawa traci moc obowiązywania, to wcześniejsze jej niezastosowanie przez sąd oznaczałoby odmowę stosowania obowiązującej ustawy; (3) odmowa zastosowania przepisu ustawy prowadzić będzie do przekroczenia wyznaczonych sądowi granic, jakie wykreśla pojęcie stosowanie prawa („Byłoby to wyraźne wykroczenie poza obszar stosowania prawa"[39]).

Na pewno stwierdzenia te nie wyczerpują możliwej argumentacji na „nie". Przywołuję je dlatego, że wydają się ujawniać sposób myślenia przez długi czas dominujący w nauce prawa konstytucyjnego oraz w orzecznictwie TK, a i dzisiaj znajdujący jeszcze sporo zwolenników. Wszystkie przywołane wyżej racje łączy to, że odwołują się do prostych, dychotomicznych podziałów. W argumentacji (1) będzie to podział norm na normy merytoryczne („normy gwarancyjne") służące ochronie

38 A. Mączyński, A. Łyszkowska, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji RP przez Trybunał Konstytucyjny*, [w:] *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, s. 49. Autorzy wcześniej (s. 48) piszą, iż „Trybunał Konstytucyjny reprezentuje jednoznacznie sformułowaną tezę o wyłączności kompetencji Trybunału do orzekania o zgodności hierarchicznej prawa i braku możliwości kontroli incydentalnej o skutkach ograniczonych do konkretnej sprawy" (w przypisie pojawia się w tym miejscu stosowna lista orzeczeń TK).

39 *Ibidem*, s. 49–50.

wartości, jaką jest niezawisłość sędziowska, oraz na normy ustrojowe („normy kompetencyjne") umocowujące określone podmioty do podejmowania odpowiednich czynności prawnych. Argumentacja (2) jest to dystynkcja na obowiązywanie, uznawane za atrybut norm generalno-abstrakcyjnych, i pochodne wobec obowiązywania — a wywodzone w myśl reguły „logicznego następstwa" — stosowanie prawa, prowadzące do wydania norm indywidualno-konkretnych. Wreszcie w argumentacji (3) znajdziemy mocny (rozłączny i zupełny) podział aktów prawnych na akty stosowania i tworzenia prawa. Sugestia, że zarysowane opozycje kategorialne mogą w określonych sytuacjach znajdować jakiekolwiek miejsce wspólne, nie jest już brana pod uwagę, a tym bardziej nie ma tu miejsca na argumentację wykraczającą poza logiczno-językowy wymiar analizy.

6. Znacząco odmiennie natomiast do rozważanej kwestii zdawał się już podchodzić Sąd Najwyższy i analizująca jego orzecznictwo sądowe doktryna prawnicza. Pomimo początkowego zróżnicowania, SN „coraz częściej wyraża pogląd, że on sam — i inne sądy — upoważniony jest do samodzielnej oceny niezgodności między konstytucją a aktami niższego rzędu (w tym ustawami), a w razie jej stwierdzenia do bezpośredniego zastosowania konstytucji"[40]. To „od oceny sądu zależy, czy w takim przypadku zwróci się do TK z pytaniem prawnym"[41]. Interesujące jest szczególnie to, w jak odmiennym kierunku zmierza argumentacja przywoływana na rzecz tego stanowiska. Pojawia się tu zasadniczo jeden, ogólniejszej natury argument, jednak wewnętrznie nadzwyczaj spójny. Pogląd o obligatoryjnym dla sądów charakterze zwracania się do TK z pytaniami prawnymi, jak zauważa W. Sanetra, „w praktyce prowadzi do ograniczenia skali bezpośredniego stosowania ustawy zasadniczej przez sądy, a tym samym rzeczywistego znaczenia tego najwyższego aktu prawnego [...]". I dodaje, „stając przed alternatywą zwracania się do TK z pytaniem prawnym bądź też zastosowania przepisu ustawy, który w ocenie sędziego koliduje z konstytucją — poddany presji głoszonego poglądu o niedopuszczalności pominięcia przepisu ustawy, dopóki nie zostanie on uznany przez TK za niezgodny z Konstytucja RP — z reguły decyduje się na zastosowanie tego przepisu, w czym często istotną rolę odgrywa swoisty oportunizm (ucieczka od odpowiedzialności) oraz wpajana mu w przeszłości (na studiach i później) doktryna, że ustawę

40 W. Sanetra, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji RP w orzecznictwie Sądu Najwyższego*, [w:] *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, s. 58.

41 *Ibidem*.

należy stosować za wszelką cenę niezależnie od tego, że może ona wykazywać jawne wady aksjologiczne i braki prakseologiczne”[42].

W mojej ocenie, ową „wpajaną na studiach i później doktryną” prowadzącą do wygodnej dla sędziego odmowy bezpośredniego zastosowania konstytucji jest budowane przez nowoczesne teorie analityczne — i ciągle mocno ugruntowane w poszczególnych dogmatykach prawniczych — przekonanie o konieczności ścisłej specjalizacji i profesjonalizacji badań prawniczych. Wielu konstytucjonalistów, a za nimi również sędziów zasiadających w składach TK, skłonnych będzie zapewne uznać, że sędzia SN (a tym bardziej sędzia sądu powszechnego) nie będzie po prostu w stanie wywiązać się z zadania stosowania konstytucji tak profesjonalnie, jak posiadający naukowy i instytucjonalny „patent” na rozumienie ustawy zasadniczej konstytucjonalista i sędzia TK. Przez wiele zresztą lat, to naukowe stopnie i tytuły, w tym przede wszystkim oparte na dorobku z prawa konstytucyjnego, otwierały najpewniejszą drogę do obejmowania stanowisk sędziowskich w TK. Gałęziowe podziały prawa i dyscyplin prawniczych w konsekwencji służyły utrwalaniu swoistego oportunizmu prawniczego, a tym samym pomniejszaniu — jak ujął to W. Sanetra — „rzeczywistego znaczenia najważniejszego aktu prawnego”. Ten kierunek myślenia podpowiada, że nauki prawa konstytucyjnego być może po prostu nie da się ująć w klasyczne ramy dogmatyki prawa — i to nie tylko za sprawą przenikania konstytucji przez cały porządek prawny (jej wertykalny i meta-prawny wymiar, brak granic przedmiotowych), ale przede wszystkim z racji uwikłania tego obszaru wiedzy prawniczej w „rozległy wymiar pozalingwistyczny”, żeby nie powiedzieć po prostu filozoficzny. Trudne przypadki orzecznicze (a konfrontacyjne stosowanie konstytucji ma niewątpliwie taką cechę) wymusza na wszystkich, nie tylko na sędziach TK, odwoływanie się do tego rodzaju niestandardowej wiedzy. Sędziowie spoza składów TK, a w szczególności sędziowie sądów powszechnych, dysponują natomiast wiedzą o konkretnych stanach faktycznych i ich rzeczywistym uwikłaniu prawnym — w dużo mniejszym stopniu dostępną składom orzekającym *in abstracto* o konstytucyjności tworzonego prawa. To sędziowie sądów powszechnych są w stanie najlepiej ocenić i docenić z punktu widzenia uczestniczącej w sporze jednostki przypadek jako prawnie „trudny” i skierować odpowiednie roszczenie wobec konstytucji. To w takiej perspektywie mówić można o konstytucji zaangażowanej (również zaangażowanej w sensie politycznym) w ochronę praw jednostki. Spojrzenie na wątpliwy konstytucyjnie

42 *Ibidem*.

przepis ustawy przez sędziów TK musi mieć z natury rzeczy cechy oglądu całościowego, będzie spojrzeniem apolitycznego strażnika konstytucji zabiegającego o strukturalną jedność prawa jako systemu[43].

7. Sięgnijmy obecnie do dorobku doktryny prawniczej budowanej wokół orzecznictwa sądów administracyjnych. Referując jej stan do roku 2005, A. Kabat doszedł do następującej konkluzji: „W orzecznictwie NSA za dominujący uznać należy pogląd, że w przypadku wątpliwości co do konstytucyjności ustawy należy uruchomić procedurę pytań prawnych do TK". Autor od razu zaznacza jednak, iż również „natrafiono na orzeczenia, w których NSA uznał swoją kompetencję do odmowy zastosowania ustawy"[44]. Natomiast już bez wahania stwierdza, że: „składy orzekające NSA odmawiają zastosowania aktu podustawowego ze względu na niezgodność z ustawą lub konstytucją"[45]. Z perspektywy naszych rozważań kontekst orzecznictwa NSA wydaje się interesujący z powodu doktrynalnej rozbieżności w podejściu do konfrontacyjnego stosowania konstytucji wobec ustaw. Natomiast fakt, że akty podustawowe nie stwarzają składom orzekającym sądów administracyjnych większych kłopotów jest dość łatwy do zrozumienia, jeśli weźmiemy pod uwagę brzmienie art. 178 ust. 1 Konstytucji RP, który wyłącza akty podustawowe spośród normatywnych przesłanek oceny niezawisłości sędziowskiej (oczywiście wszystkich sędziów, a nie tylko administracyjnych — choć ci ostatni z tego rodzaju aktami mają zdecydowanie częściej do czynienia).

Pouczający dla rozważanej kwestii jest sposób uzasadniania poglądu, uznanego „w orzecznictwie NSA za dominujący". Za koronny argument na rzecz obligatoryjnego charakteru pytań kierowanych przez sądy do TK uchodzi art. 178 ust. 1, wedle którego „sędziowie [...] podlegają tylko Konstytucji oraz ustawom". Spójnik „oraz" na gruncie wiedzy o funktorach zdaniotwórczych słusznie interpretowany jako koniunkcja, zdaje się nie pozostawiać wątpliwości wielu interpretatorom tekstu ustawy zasadniczej: sędzia stosujący prawo nie może zignorować bezspornego przekonania o obowiązywaniu ustawy choćby był nawet przekonany,

43 Odpowiada to ujęciu pozycji ustrojowej i roli sądownictwa konstytucyjnego w koncepcji H. Kelsena. Taki model kontroli konstytucyjności zdaje się być bliski również polskim rozwiązaniom ustrojowym — zob. M. Korycka-Zirk, *Filozoficzny wymiar kontroli konstytucyjności*, s. 129. Jak dodaje autorka, „model ten nie był pomyślany [...] jako bezpośrednia ochrona jednostki, jej praw konstytucyjnych, istotna w konfrontacji z prawotwórstwem różnych ośrodków władzy [...]. Istotą konstytucjonalizmu nie jest więc dla Kelsena jednostka" (*ibidem*, s. 129–130).

44 Zob. A. Kabat, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji RP w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego*, [w:] *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, s. 94.

45 *Ibidem*.

że jest ona niezgodna z konstytucją[46]. Okoliczność, iż „Konstytucja jest najwyższym prawem Rzeczypospolitej Polskiej" (art. 8 ust. 1) najwyraźniej dla zwolenników takiego sposobu myślenia nie ma już równie istotnego znaczenia (będzie oczywiście mieć znaczenie, ale dopiero wtedy, gdy sprawa trafi do TK). Taki kierunek argumentowania trudno byłoby pogodzić na przykład z powszechnie artykułowaną w doktrynie dyrektywą wykładni opartą na założeniu o językowej racjonalności prawodawcy, zgodnie z którą „nie powinno się interpretować tekstów prawnych w taki sposób, aby pewne ich fragmenty (w tym przypadku art. 8 ust. 1) okazały się zbędne". Musiałoby to bowiem oznaczać, że sędzia sądu administracyjnego (odpowiednio, sądu powszechnego, SN), stosując się do art. 178 ust. 1 Konstytucji RP, jednocześnie ignoruje jej art. 8 ust. 1 — i *vice versa*: albo konstytucja, albo ustawa. Relacja zgodności konstytucji z ustawą jest przecież relacją symetryczną.

Mamy oto osobliwą, prawniczą zagadkę, tak przecież ważną dla prawnika oprzyrządowanego w nowoczesną aparaturę pojęciową zapożyczoną z logiki. Zagadkę raczej mało zrozumiałą, o ile w ogóle obchodzącą, osoby spoza środowiska wyspecjalizowanych prawniczych analityków. To takie właśnie sytuacje miał na uwadze przywoływany już wcześniej R. Rorty, gdy nie bez ironii dystansował się od analityków, przypisując im skłonność do formułowania i rozwiązywania zagadek ważnych i zrozumiałych tylko dla nich samych. „Kiedy zapoznam się z jakąś zagadką filozoficzną — powiada Rorty [dop. A.B.] — to moim pierwszym impulsem jest próba jej usunięcia, a nie rozwiązania. Na ogół poddaję w wątpliwość kategorie, w jakich problem jest sformułowany i próbuję wskazać na nowy zestaw kategorii, które nie pozwalają na wyrażenie owej zagadki"[47]. Kategorie, na jakich ufundowany jest podniesiony wyżej problem prawny, zdają się sprowadzać do takiego oto dylematu natury „logicznej": wyższa — niższa moc prawna, oparta na hierarchicznej konstrukcji systemu prawa, do której nawiązuje art. 8 ust. 1, oraz symetryczność relacji, ujawniająca się w przywołanej wyżej interpretacji art. 178 ust. 1, wedle którego sędziowie podlegają Konstytucji oraz ustawom. Mamy więc rebus, który na gruncie logocentrycznego sposobu myślenia o prawie wydaje się niemożliwy do rozwiązania: jak to jest możliwe, aby konstytucja była aktem o najwyższej mocy prawnej, a więc miała moc wyższą od ustawy, a zarazem była aktem takim samym jak ustawa (obowiązywała skład sądzący tak jak konstytucja).

---

46 W. Kręcisz, *Stanowisko sądów powszechnych wobec bezpośredniego stosowania Konstytucji*, [w:] *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, s. 114.

47 R. Rorty, *Filozofia analityczna a filozofia transformacyjna*, s. 21.

Na czym mogłaby polegać próba usunięcia tej prawniczej zagadki — „logicznej" pułapki? Zgodnie z zaleceniem Rorty'ego, na takiej zamianie prawniczych kategorii poznawczych, która pozwoliłaby wyjść poza logiczną zasadę niesprzeczności twierdzeń. Podpowiedź wykorzystująca pojęciowe zasoby postanalitycznej teorii prawa polegałaby na przykład na wskazaniu odmiennych kontekstów, a także celów, którym służyć ma każda z przywołanych wyżej regulacji konstytucyjnych. I tak na art. 8 ust. 1 sędzia powoła się, gdy w rozpatrywanej sprawie pojawi się konflikt między Konstytucją RP i ustawą i z racji na okoliczności prowadzonej sprawy będzie zmuszony do dokonania wyboru, jak się wydaje dość oczywistego. Z postanowienia zawartego w art. 178 ust. 1 skorzysta natomiast wtedy, gdy w kontekście prowadzonej sprawy uzna, że mają miejsce jakieś działania zewnętrzne, na przykład ze strony rządzącego aparatu państwowego, które naruszają jego sędziowską niezawisłość. Nie ma powodów, aby *in abstracto*, w imię pojęciowej „geometrii" nowoczesnego myślenia prawniczego, rozwiązywać wszystkie możliwe łamigłówki prawne, opierając się na jakiejś jednej regule czy zestawie reguł uznawanych, oczywiście, za wewnętrznie („logicznie") spójne. Wystarczy, jeśli potrafimy w sposób przekonujący — nie tylko dla środowiska prawniczego — odpowiadać na konkretne wyzwania społeczne i prawne. Chodzi zatem o to, aby dopasowywać regułę do problemu, a nie odwrotnie.

8. Pozwolę sobie przywołać i krytycznie skomentować jeszcze jeden doktrynalny argument, który wspierać ma pogląd odmawiający sądom tytułu prawnego do bezpośredniego stosowania konstytucji. Chodzi o ten składnik dorobku nowoczesnego prawoznawstwa, w którym zaleca się potrzebę stosowania procedury redukcji pojęciowej. Idea schematyzowania i upraszczania pojęciowych narzędzi badania (porządkowania) rzeczywistego zasobu języka tekstów aktów prawnych w polskim prawoznawstwie znalazła swój wyraz — jak już o tym wcześniej wspominałem — między innymi w postaci uniwersalnej, jednolitej dla całego porządku prawnego, konstrukcji normy imperatywnej (norma, to „wypowiedź o charakterze dyrektywalnym, nakazująca lub zakazująca określonemu generalnie adresatowi w określonych okolicznościach postępować w określony sposób"[48]). Norma ma zatem zawsze wyrażać określony obowiązek czyjegoś działania lub zaniechania niezależnie od tego, jak językowo ujmie to prawodawca w poszczególnych przepisach prawnych — zdaniach zamieszczonych w tekście aktu normatywnego.

48 Z. Ziembiński, *Kompetencja i norma kompetencyjna*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 1969, z. 4, s. 24.

Mechanizm redukcji skutkuje tym, że wszelkie pojawiające się w tekstach sformułowania typu „*x* może", „*x*-owi wolno", „*x*-owi zezwala się", „*x* ma prawo" sprowadzane (redukowane) są do roli składnika podstawowej, imperatywnej postaci wyrażania normy[49]. Innymi słowy, taki na przykład zwrot jak „*x* może" — o ile nie zostanie zaliczony do sytuacji indyferentności prawnej — zawsze przybierać będzie postać czyjegoś obowiązku (daje się przekształcić w obowiązek).

Imperatywne ujęcie normy niektórzy autorzy przywołują również w sporach dotyczących bezpośredniego stosowania konstytucji. Dzięki niemu próbują dowieść, że zawarty w art. 193 Konstytucji RP zwrot „każdy sąd *może* [przedstawić Trybunałowi Konstytucyjnemu pytanie prawne co do zgodności aktu normatywnego z Konstytucją; dop. — A.B.]" nie wyraża dyspozytywnej kompetencji (uprawnienia) sądu do skierowania kwestii prawnej do TK, ale obowiązek[50]. Niewątpliwie imperatywna konstrukcja normy — w tym przypadku w nieco bardziej złożonym wariancie tak zwanej normy kompetencyjnej — wsparta na dorobku poznańskiej szkoły teorii i filozofii prawa, to dobra droga do identyfikowania sytuacji prawnych, które mają kształt obowiązków. Odwołując się do tej konstrukcji, należy to jednak czynić zgodnie z tym, co koncepcja normy kompetencyjnej rzeczywiście sobą wyraża, w sposób, w jaki ujmują to sami jej autorzy — nie zaś intencjonalnie, z myślą o z góry założonej tezie[51]. Koncepcja ta, pomimo silnego

---

49 „Wypowiedzi takie [tak zwane normy zezwalające — dop. A.B.] nie nadają się [...] do tego, by samodzielnie kierować czyimś postępowaniem, chyba że rozważa się je w powiązaniu z wypowiedziami nakazującymi jakieś postępowanie albo zakazującymi jakiegoś postępowania" — K. Świrydowicz, S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziembiński, *O nieporozumieniach dotyczących tzw. „norm zezwalających"*, „Państwo i Prawo" 1975, z. 7, s. 58.

50 Zob. W. Kręcisz, *Stanowisko sądów...*, s. 114. Autor pisze: „Zwrot każdy sąd może przedstawić Trybunałowi Konstytucyjnemu pytanie prawne nie daje podstaw do tego, aby uznać, iż jest to uprawnienie, a nie obowiązek". Następnie dodaje, że „doktrynie prawa znana jest różnorodność znaczenia tzw. przepisów zezwalających. Za taki uznać należy przepis art. 193 konstytucji" (*ibidem*).

51 Dalej W. Kręcisz (*ibidem*, s. 115) pisze: „Należy więc przyjąć, iż zwrot »może« oznacza normę udzielającą kompetencji do dokonania określonej czynności konwencjonalnej ze skutkiem prawnym, to znaczy normę nakładająca na jej adresata obowiązek określonego postępowania w sytuacji, w której czyni on z tej kompetencji użytek" — w tym miejscu pojawia się przypis (12) odsyłający między innymi do pracy Macieja Zielińskiego i Zygmunta Ziembińskiego, *Uzasadnianie twierdzeń, ocen i norm w prawoznawstwie*, Warszawa 1988 (s. 75–76). Autor skrócił wypowiedź przywołanych autorów, co radykalnie zmieniło sens i konsekwencje przywołanej koncepcji dla dowodzonej tezy. W oryginalnym sformułowaniu M. Zieliński i Z. Ziembiński wyrazili swój pogląd następująco: „przepis głoszący, iż ktoś *może* coś czynić, w zależności od kontekstu, formułuje: [...] 4) normę udzielającą kompetencji do dokonania określonej czynności konwencjonalnej ze skutkiem prawnym, to znaczy normę nakładająca na jej adresata obowiązek określonego postępowania w sytuacji, w której **podmiot uzyskujący kompetencję do dokonania pewnej czynności konwencjonalne** [podkreślenie — A.B.] czyni z tej kompetencji użytek" (M. Zieliński, Z. Ziembiński, *O nieporozumieniach dotyczących tzw. „norm zezwalających"*, s. 75).

nacisku na strukturalny aspekt prawa[52], ma swój potencjał pragmatyczny. Moim zdaniem, można ją zinterpretować — jednak już kosztem zignorowania metodologicznej idei redukcji pojęciowej — w sposób, który odpowiada oczekiwaniom zgłaszanym przez postanalityczny nurt prawoznawstwa. Potencjał, o którym tu mowa, właśnie za sprawą owej redukcji, w pewien sposób „ukrywany" jest w nowoczesnych założeniach koncepcji normy kompetencyjnej[53]. Pozostaje nam w tej sytuacji po prostu mocniej, aniżeli uczynili to sami autorzy, ten wymiar pragmatyczny wyartykułować.

Pragmatyczna adaptacja poznańskiej koncepcji normy kompetencyjnej, aplikowana na użytek sytuacji prawnych powstających na gruncie art. 193 Konstytucji RP, mogłaby wyglądać tak oto: (a) zwrot „każdy sąd *może* przedstawić Trybunałowi Konstytucyjnemu pytanie prawne..." wyznacza kompetencję określonego składu sądzącego do podjęcia doniosłej prawnie czynności (czynności konwencjonalnej). Kompetencja ta sama przez się (o ile nie towarzyszy jej jakaś szczególna norma nakazu jej wykonania, a takiej tutaj nie dostrzegam) nie nakłada na sąd jakiegokolwiek obowiązku. Kompetencja wyznacza możliwość działania, stwarza tytuł prawny do podjęcia określonej czynności. Absurdem byłoby bowiem twierdzić, że wyrażenie *może* znaczy tyle, co *musi* (że oba są sobie zakresowo równoważne). Jeśli jednak (b) skład sądzący zdecyduje się wykonać przysługującą mu kompetencję, czyli — opierając się na stosownych regułach i w zgodzie z nimi — podejmie doniosłą prawnie czynność konwencjonalną, jaką jest skierowanie pytania do Trybunału, to (c) TK w takich okolicznościach zobowiązany będzie (o ile nie stwierdzi jakichś szczególnych przesłanek negatywnych) w odpowiedni sposób zareagować na czynność sądu, czyli — w zgodzie z obowiązującymi TK regułami — udzielić sądowi stosownej odpowiedzi[54]. Tak więc to nie sąd *musi* przedstawiać Trybunałowi pytanie prawne co do zgodności aktu normatywnego z Konstytucją RP. To Trybunał *musi* udzielić odpowiedzi na zadane mu pytanie prawne. W rozważanej sytuacji TK podlegać

52 Zob. Z. Ziembiński, *O zawiłościach związanych z pojmowaniem kompetencji*, „Państwo i Prawo" 1991, z. 4, s. 16.

53 Pragmatyczną interpretację tej koncepcji znaleźć można w pracy M. Matczaka, *Kompetencja organu administracji publicznej*, Kraków 2004, s. 122.

54 Formułę normy kompetencyjną ujmuje Z. Ziembiński następująco: „Jeśli w okolicznościach *W* podmiot *A* dokona w sposób *S* czynności *C* jako czynności konwencjonalnej *Ck*, to podmiot (podmioty) B powinien w tych okolicznościach zachować się w sposób *Cm*". Następnie zaznacza, że „normę kompetencyjną rozbija się redakcyjnie na dwie wypowiedzi. Jedna to wypowiedź, która określa, jak należy dokonywać czynności konwencjonalne danego rodzaju [...]. Druga natomiast — to norma nakazująca tak a tak reagować na czynności konwencjonalne we właściwy sposób dokonane" — Z. Ziembiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 169.

będzie kompetencji pytającego sądu — poprzez prawnie skuteczne zadanie pytania TK staje się adresatem obowiązku nałożonego przez normę kompetencyjną. Odpowiedź Trybunału na zadane mu pytanie będzie również wykonaniem kompetencji, przysługującej TK na podstawie art. 188 Konstytucji RP, i — o ile będzie zgodna z odpowiednimi regułami, do których odsyła art. 197 — uzyska walor doniosłej prawnie czynności konwencjonalnej. Doniosłość prawna czynności udzielenia przez Trybunał odpowiedzi na zadane mu pytanie prawne polegać będzie na powstaniu obowiązku, tym razem już po stronie orzekającego sądu (i nie tylko, zważywszy na art. 190 ust. 1 ustawy zasadniczej), uwzględnienia meritum rozstrzygnięcia Trybunału.

Źródłem nieporozumienia — wynikającego być może z niezrozumienia koncepcji normy kompetencyjnej — bywa nierozróżnianie sytuacji kompetencji („możność" podejmowania określonych, doniosłych prawnie czynności konwencjonalnych) od sytuacji podlegania czyjejś kompetencji i powstającego w następstwie poprawnego wykonania kompetencji obowiązku zachowania się. Kto inny zatem uznany będzie za podmiot kompetencji (na przykład pytający sąd), a kto inny za adresata normy kompetencyjnej (odpowiadający TK)[55]. Skutecznie dokonana czynność udzielenia odpowiedzi na zadane pytanie prawne odwróci opisywaną sytuację. Powstanie w ten sposób nowa norma kompetencyjna, w której podmiotem kompetencji będzie Trybunał (art. 188), a adresatem normy kompetencyjnej wszystkie organy stosujące wątpliwą ustawę, w tym również wcześniej zadający pytanie sąd (art. 190 ust. 1 Konstytucji RP). Role się zatem odwrócą.

Pomimo pewnej konstrukcyjnej zawiłości koncepcji normy kompetencyjnej — co jest niestety intelektualnym kosztem każdej pojęciowej redukcji, zabiegającej o schematyczne skwantyfikowanie wszystkich możliwych w praktyce sytuacji — pragmatyczne walory tej koncepcji można dostrzec. Widać je w tym, że „pokazuje" ona, w jaki sposób powstają obowiązki prawne — że są rezultatem szczególnego rodzaju performatywnych aktów, których podejmowanie prowadzi do stwarzania lub aktualizowania obowiązków wymuszających odpowiednie zachowania po stronie innych uczestników obrotu prawnego. Adaptując znaną myśl L. Wittgensteina, można powiedzieć, że mamy tu do czynienia ze szczególnego rodzaju strategiczną „grą językową" z użyciem prawa, z podejmowaniem przez jednego uczestnika gry działań, które wymuszają na drugim odpowiednią reakcję. Punktem wyjścia jest jednak zasadnicze przekonanie, że reguły dokonywania prawnych czynności

55 Por. *ibidem*, s. 162.

konwencjonalnych są regułami „wolnościowymi", dyspozytywnymi z punktu widzenia podmiotu podejmującego działanie. W przeciwnym bowiem razie tego typu relacjom nie dałoby się przypisywać walorów „gry".

Czynności podejmowane w każdej grze strategicznej są działaniami celowymi. Rzeczywiste cele każdego indywidualnego działania są znane tylko temu, kto dane działanie podejmuje. Tym samym wyłącznie hipotetycznie możliwe jest jakiekolwiek uogólnienie, usiłujące racjonalizować powody, dla których sądowe składy orzekające w określonej sprawie decydują się na zadawanie Trybunałowi Konstytucyjnemu pytań prawnych na podstawie art. 193 Konstytucji RP. Wydaje się, że racje dla takich działań mogą być dwie: albo sąd pyta, bo nie zna „dobrej" odpowiedzi, a chciałby ją dla potrzeb rozpatrywanej sprawy poznać; albo też pyta — znając dobrą, a niekiedy nawet oczywistą odpowiedź — a czyni to po to, aby uzyskać orzeczenie TK, które rodzić będzie po jego stronie obowiązek rozstrzygnięcia sprawy zgodnego z jego treścią. Obie racje mają sens pragmatyczny. Pierwsza jest wyrazem rozsądku: „nie wiem" bądź nie jestem pewien swojego poglądu prawnego, a chciałbym wiedzieć, lub co najmniej upewnić się co do jego słuszności. Druga jest wyrazem oportunizmu: „wiem", ale mimo to pytam, skoro art. 193 daje mi taką możliwość, a TK zmuszony będzie w takich okolicznościach zająć stanowisko prawne, co zwolni mnie z konieczności przyjmowania poglądu własnego. Wyzwanie, przed którym staje sędzia w związku z bezpośrednim stosowaniem konstytucji, wydaje się zatem nie tyle dylematem doktrynalno-prawnym, sporem wokół tego, jak należy poprawnie interpretować art. 8 ust. 2 w związku z art. 193 Konstytucji RP, ile dylematem przede wszystkim etycznym — jak należy uczciwie i odpowiedzialnie zachować się w trudnych przypadkach orzeczniczych, które wymuszają na sędziach odwołanie się do obowiązującej konstytucji.

Kim ma być wychowanek akademii prawniczej? O perspektywach budowania edukacji prawniczej wokół konstytucji*

Wprowadzenie

[...]
Bezsporna doniosłość, a zarazem wręcz rudymentarna rozbieżność argumentacji przywoływanej przez strony [bieżących polskich sporów polityczno-prawnych], rodzi pytanie o jego teoretyczne i filozoficzne uwarunkowania. Bo to przecież ukształtowana w nauce i doktrynie prawa konstytucyjnego wiedza o ustawie zasadniczej rzutuje na to, jaką wizję, jaką koncepcję (filozofię) konstytucji i konstytucjonalizmu zaoferują profesorowie swoim studentom, a ci drudzy z kolei aplikować i upowszechniać będą w swoim przyszłym życiu zawodowym. Wykład akademicki odbierany jest przez studentów poprzez akceptację, autorytet instytucji (uniwersytetu), którego wykładowcy stanowią zasadniczy komponent. Dlatego tak istotne jest to, czy student otrzyma jakiś prosty, zdogmatyzowany porządek wiedzy o danej dziedzinie, czy też zostanie wprowadzony w pewien dyskurs, ukazujący złożony, bywa że kontrowersyjny u samych podstaw, charakter prezentowanej problematyki. Ta druga ścieżka wydaje się obecnie jedyną sensowną w przypadku nauczania prawa konstytucyjnego. Stwarza nie tylko szansę na zrozumienie i zdiagnozowanie przyczyn rozejścia się obecnych polskich narracji o konstytucji, lecz także na ukazanie kierunków ewentualnych zmian dla dotychczasowego standardu uprawiania nauki i nauczania prawa konstytucyjnego. [...]

---

* Tekst pierwotnie opublikowany w: „Krytyka Prawa. Niezależne studia nad prawem" 2, 2018, nr 10, s. 9–40 (we współautorstwie z P. Kaczmarkiem).

W niniejszym wydaniu wprowadzono skróty redakcyjne, oznaczone każdorazowo symbolem wielokropka w nawiasie kwadratowym: [...] (przyp. red.).

Nurty konstytucjonalizmu i ich dydaktyczne konsekwencje

Problem dydaktyki prawa konstytucyjnego

Pogląd, że konstytucja jest podstawą porządku prawnego — albo przynajmniej zajmuje w tym porządku miejsce szczególne — uznać można za powszechny, a nawet oczywisty. Same konstytucje, przynajmniej tak zwane konstytucje pisane, zazwyczaj to deklarują (jak chociażby ma to miejsce w art. 8 ust. 1 Konstytucji RP). Kiedy jednak spojrzymy na dydaktykę akademicką realizowaną na polskich wydziałach prawa, to sprawa nie wydaje się już tak oczywista. W programach studiów prawniczych wiedza o konstytucji, wpleciona w rozbudowany program kilkudziesięciu wykładanych przedmiotów, gubi swój szczególny charakter, czyniąc prawo konstytucyjne jednym z wielu etapów na długiej drodze do uzyskania statusu dyplomowanego prawnika. Funkcja tego przedmiotu w programach nauczania bywa dość niejasna. Czy mamy tu do czynienia z przedmiotem ogólnym, tylko wprowadzającym w program specjalistycznego przygotowania studenta na dalszych semestrach studiów (obok wstępu do prawoznawstwa, logiki prawniczej czy przedmiotów historycznych), czy też z dyscypliną posiadającą „własny tekst", a zatem taką, która pozwala uprawiać i dydaktycznie upowszechniać metodykę pracy zbliżoną do dogmatyki prawa. Na pierwszą alternatywę (propedeutyka wiedzy o prawie) w polskich uwarunkowaniach trudno byłoby się zgodzić zarówno teoretykom prawa, jak i samym konstytucjonalistom. Konstytucja i doktryna prawa konstytucyjnego nie dostarczają chociażby aspirującego do uniwersalności zasobu pojęć oraz zbudowanych na ich podstawie reguł dyskursu prawniczego porównywalnego do wiedzy analitycznej udostępnianej przez logikę czy wstęp. Przeciwnie, sytuuje to raczej wiedzę z prawa konstytucyjnego w roli jednego z wielu — obok standardowych dogmatyk prawa — obszarów argumentacyjnej aplikacji tego rodzaju ogólnych przedmiotów nauczania. Dla badacza uprawiającego analityczną teorię prawa i referującego jej dorobek przy okazji wykładu ze wstępu do prawoznawstwa pojęcia konstytucyjne zasadniczo, przynajmniej od strony swojej konstrukcji, nie różnią się od takich samych pojęć pojawiających się w innych dyscyplinach prawniczych.

Jako rozsądna może być zatem traktowana tylko druga alternatywa: nauka i nauczanie prawa konstytucyjnego to wiedza i dydaktyka limitowana przedmiotowo tekstem konstytucji oraz pewną grupą okołokonstytucyjnych ustaw, aktów prawa międzynarodowego, europejskiego itp. W tej perspektywie prawo konstytucyjne to po prostu gałąź prawa

i nadbudowana nad nią, wyspecjalizowana naukowo i dydaktycznie, dyscyplina prawnicza. Nauka prawa konstytucyjnego — w tej perspektywie — staje się nauką szczegółową prawoznawstwa albo wręcz dogmatyką ukształtowaną na pewnym zbiorze tekstów, z konstytucją na czele. Stanowiska takiego zasadniczo nie zmieniają obecne w doktrynie prawa konstytucyjnego rozważania o autonomii pojęć konstytucyjnych, o szczególnej roli zasad konstytucyjnych czy o specyfice wykładni tekstu konstytucji[1]. Tego rodzaju „lokalne teorie" obecne są przecież — zapewne w mniejszym stopniu, aniżeli ma to miejsce w odniesieniu do konstytucji — również w innych szczegółowych naukach prawa, nieaspirujących do jakiejś szczególnej wyjątkowości (na przykład w doktrynie prawa administracyjnego czy publicznego prawa gospodarczego[2]). Ten kierunek budowania dorobku nauki prawa konstytucyjnego, choć, jak można sądzić, najbardziej chyba popularny w środowisku prawniczym, nie oddaje wyjątkowej roli konstytucji normatywnie artykułowanej w samej ustawie zasadniczej. Może tylko potwierdzać tezę o (względnej) autonomii konstytucji, a nie o jej wyjątkowości.

Jest jeszcze możliwa trzecia droga. Dostrzegamy ją w wiedzy ogólnej, przede wszystkim tej z obszaru filozofii polityki i filozofii prawa. Jej ślady pojawiają się również w dydaktyce prawniczej. Przy okazji zajęć fakultatywnych, seminariów czy wykładów z prawniczo zorientowanej filozofii student prawa dowiaduje się również czegoś o zróżnicowaniu samych koncepcji konstytucji, o rozbieżnych nurtach konstytucjonalizmu, o sporach toczonych wokół wykładni konstytucji. Tego rodzaju otwarte na refleksję filozoficzną ujęcie problematyki prawno-konstytucyjnej — co zrozumiałe — znajduje słaby wyraz w zawodowych umiejętnościach absolwentów polskich wydziałów prawa, a tym samym w niewielkim stopniu obecne jest w rodzimej debacie publicznej. A niewątpliwie bardzo by się adwersarzom tego sporu przydało. W tej sekwencji naszego artykułu chcemy rozważyć właśnie tę trzecią drogę i pokazać, że konstytucję i — nielimitowaną gałęziowymi dystynkcjami — wiedzę o konstytucji można „potraktować poważnie", to jest w sposób korespondujący

1 Zob. na przykład S. Wronkowska, *O niektórych osobliwościach konstytucji i jej interpretacji*, [w:] *Wykładnia konstytucji. Aktualne problemy i tendencje*, red. M. Smolak, Warszawa 2016, s. 15 i n.; J. Trzciński, *Znaczenie autonomicznej wykładni konstytucji na przykładzie orzecznictwa sądów administracyjnych*, [w:] *Wykładnia konstytucji*, s. 55 i n.; T. Stawecki, *Koncepcja autonomicznej wykładni pojęć konstytucyjnych: od praktyki do teorii*, [w:] *Wykładnia konstytucji. Inspiracje, teorie, argumenty*, red. T. Stawecki, J. Winczorek, Warszawa 2014.

2 W. Jakimowicz, *Wykładnia w prawie administracyjnym*, Kraków 2006, s. 182 i n.; E. Kosieradzka, *Odrębności procesu interpretacyjnego publicznego prawa gospodarczego (ze szczególnym uwzględnieniem fazy walidacyjnej)*, [w:] *Wykładnia prawa. Odrębności w wybranych gałęziach prawa*, red. L. Leszczyński, Lublin 2006, s. 33 i n.

z przekonaniem, że konstytucja naprawdę jest „najwyższym prawem Rzeczypospolitej Polskiej".

Przywołane w tej części artykułu trzy koncepcje (filozofie) konstytucji — oczywiście, ze względu na rozmiary i potrzeby niniejszego tekstu, przedstawione tylko fragmentarycznie — prowadzą nas do wniosku, że nie każdy sposób teoretyzowania czy filozofowania o konstytucji stwarza równie atrakcyjną podstawę dla budowania dydaktyki akademickiej. Jedne z nich (H. Kelsen) powodują swoiste „rozmycie" się wiedzy i dydaktyki z prawa konstytucyjnego w szerokim spectrum problemów nauki prawa, inne (C. Schmitt) eliminują bądź spychają na margines potrzebę prawniczego znawstwa materii konstytucyjnej, a jeszcze inne (doktryna *judicial review*) zdają się właśnie otwierać — przynajmniej patrząc na problem z polskiej perspektywy — bardzo obiecującą przestrzeń dla rewaluacji nauki i praktyki (a więc i dydaktyki) konstytucyjnoprawnej.

W poprzednich fragmentach niniejszego tekstu przywołane zostały trzy „socjologie dydaktyki" (ujęcie strukturalno-funkcjonalne, konfliktowe i interpretatywne), które następnie powiązane zostały z „trzema modelami instytucji prawnych" autorstwa F. Noneta i F. Selznicka. Sądzimy, że koincydencje te dają się kontynuować (aplikować) na grunt obecnych w literaturze teoretyczno- i filozoficzno-prawnej koncepcji pojmowania prawnej funkcji konstytucji (tak zwanych modeli kontroli konstytucyjności[3]), a istotnych również z punktu widzenia tego, jak postrzegana jest (może być) w prawniczej dydaktyce akademickiej wiedza o konstytucji i dorobek współczesnego konstytucjonalizmu. Kontynuując triadyczny schemat argumentacji, sądzimy, że ujęcie strukturalno-funkcjonalne dydaktyki, wraz z autonomicznym wariantem instytucji prawnych, daje się odnieść do Kelsenowskiego modelu kontroli konstytucyjności prawa; wariant konfliktowy dydaktyki oraz koncept prawa represywnego daje się łączyć z ideą porządku konstytucyjnego zbliżoną do stanowiska C. Schmitta; wreszcie krytyczny (interpretatywny) wariant edukacji oraz responsywne ujęcie instytucji prawnych może służyć za socjologiczne ugruntowanie dla tak zwanej rozproszonej kontroli konstytucyjności prawa, modelowo realizowane w amerykańskim *judicial review*.

3 Zob. M. Korycka-Zirk, *Filozoficznoprawny wymiar kontroli konstytucyjności*, Toruń 2017. Na tej też pracy opieramy wykorzystaną w niniejszym artykule triadyczną systematykę kontroli konstytucyjności prawa.

Wiedza o konstytucji. Hans Kelsen

Zacznijmy od wariantu Kelsenowskiego, ponieważ, po pierwsze, to on właśnie najczęściej identyfikowany jest z kontynentalną (w tym również polską) praktyką prawno-konstytucyjną[4], a po drugie — jak wiemy już z poprzednich rozważań o dydaktyce ujmowanej na sposób strukturalno-funkcjonalny oraz o autonomizacji instytucji — to przede wszystkim na krytyce tych właśnie stanowisk budowane są podejścia konkurencyjne. W doktrynie prawa konstytucyjnego podobną rolę zdają się spełniać poglądy H. Kelsena dotyczące miejsca i roli ustawy zasadniczej w porządku prawnym[5].

Stanowisko H. Kelsena — jeśli ograniczymy się do jego dorobku z najbardziej reprezentatywnego okresu[6] — wydaje się klarowne: prawo jest systemem opartym na hierarchicznej strukturze, jest zbiorem odpowiednio uporządkowanych przez naukę prawa[7] norm posiadających wspólną podstawę obowiązywania. System prawa, to oparta na upoważnieniu (delegacji), konstrukcyjnie u swego szczytu spięta konceptem tak zwanej normy podstawowej, logiczna jedność norm. Jedności tej w wymiarze praktycznym, a w imię logicznego postulatu zupełności i niesprzeczności systemu, służyć ma konstytucyjna kontrola prawa aktów prawnych niżej usytuowanych w hierarchii systemu. Wyspecjalizowany sąd konstytucyjny staje się w ten sposób „strażnikiem konstytucji", a zarazem „strażnikiem systemu". „Konstytucja spaja system prawny i jednocześnie go kreuje, [jednak — dop. A.B.] nie treściowo, lecz strukturalnie"[8]. Podobnie rzecz się ma z rolą przypisywaną sędziemu konstytucyjnemu. To norma kompetencyjna nadaje mu „autorytet" — tytuł do podejmowania działań kontrolnych. Szczególna rola sędziego konstytucyjnego nie jest więc legitymizowana jego powiązaniem z suwerenem, lecz normatywnym następstwem przyznanej przez konstytucję szczególnej kompetencji prawnej. Specjalizacja sędziowska ma zatem podwójny wymiar: (a) przedmiotowy — sąd konstytucyjny jest „sądem prawa" zapewniającym spójność i zupełność systemu, a nie zarządcą

---

4 Zob. A. Kustra, *Kelsenowski model kontroli konstytucyjności prawa a integracja europejska*. *Studium wpływu*, Toruń 2015. Autorka we wstępie do pracy przedstawia „mapę" państw europejskich zdominowanych przez model Kelsenowski, a także przypadki porządków prawnych zorientowanych na ujęcia konkurencyjne.

5 Zob. na przykład A. Sulikowski, *Współczesny paradygmat sądownictwa konstytucyjnego wobec kryzysu nowoczesności*, Wrocław 2008, s. 40 i n.

6 M. Zalewska, *Problem zarachowania w normatywizmie Hansa Kelsena*, Łódź 2014, s. 46.

7 J. Wróblewski, *Krytyka normatywistycznej teorii prawa i państwa Hansa Kelsena*, Warszawa 1955, s. 32.

8 M. Korycka-Zirk, *Filozoficznoprawny wymiar kontroli konstytucyjności*, s. 44 i 46.

umocowanym do kierowania się jakimikolwiek racjami pozaprawnymi (moralnymi, gospodarczymi czy politycznymi) oraz (b) podmiotowy — sąd konstytucyjny jest sądem eksperckim, w którego składach zasiadać powinni profesjonalni sędziowie, biegli w mechanizmach stosowania i wykładni prawa. Mechanizmy te mają być jednolite dla całego systemu, a więc takie same dla wykładni konstytucji i zwykłych ustaw[9].

Zamiarem Kelsena było stworzenie takiej teorii prawa, która czyni zadość warunkom uznania jej za naukową, czyli przede wszystkim zdolną do spełniania wymogu ogólności i jednoznaczności[10]. Najlepiej do tego nadawała się tradycyjna logika, fundująca uniwersalną i neutralną aksjologicznie wiedzę prawniczą. Oznaczało to preferencję dla analitycznej teorii prawa w jej przede wszystkim strukturalnym (syntaktycznym) wariancie, a pierwszym jej obiektem badawczym, uznawanym za niezbędny dla zrozumienia całej konstrukcji systemu prawa, było pojęcie normy prawnej[11]. Poszukiwanie tak zwanej idealnej formy (schematu) normy prawnej najlepiej chyba oddaje sens znanego stwierdzenia Kelsena, że „nauką o istocie prawa jest nauka o normie prawnej". Takie podejście do roli i zadań nauki mocno ugruntowuje autonomię prawoznawstwa wobec zewnętrznego (społecznego i naukowego) otoczenia[12]. Nauczanie akademickie według „czystej nauki o prawie" nie jest nauczaniem prawa pozytywnego (stanowionego), bo to ma zmienną treść, *ad hoc* uzależnioną od aktualnego prawodawcy uwikłanego w bieżącą politykę. Jest natomiast nauczaniem uniwersalnych pojęć, poznawaniem teoretyczno-poznawczych pojęciowych narzędzi[13], które pozwalają nabyte między innymi w drodze edukacji, aprioryczne kategorie prawnicze odnosić do empirycznego materiału prawnego, czyli do poszczególnych tekstów[14]. Kelsenowska teoria prawa jest zatem ostatecznie teorią prawa pozytywnego[15] — prawa wymuszającego ze względów praktycznych przedmiotową, gałęziową specjalizację. Jednak jest to specjalizacja dyktowana potrzebami organizacyjnego ogarnięcia złożonej rzeczywistości prawnej (wielości tekstów prawa

9 Zob. A. Sulikowski, *Współczesny paradygmat...*, s. 41.

10 M. Zalewska, *Problem zarachowania w normatywizmie Hansa Kelsena*, s. 40.

11 J. Wróblewski, *Krytyka normatywistycznej...*, s. 129.

12 „Mówienie o nauce prawa jako autonomicznej wobec innych nauk [...] było nadrzędnym celem Kelsena" — M. Zalewska, *Czy pragmatyka jest u Kelsena możliwa?*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna" 2, 2013, nr 2, s. 180.

13 Kategorią „pojęć-narzędzi" prawniczego poznania posługiwał się F. Longchamps — zob. F. Longchamps, *O używaniu pojęć w naukach prawnych*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Wrocławskiego. Prawo" 1960, nr 7.

14 A. Peretiatkowicz, *Teoria prawa i państwa H. Kelsena*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 1937, z. 4, s. 454.

15 Por. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Tübingen 2008 [1934], s. 38.

pozytywnego). Natomiast służące poznawaniu prawa pozytywnego „pojęcia prawne są [już — dop. A.B.] tworzone tylko przez jurysprudencję, która ze względu na swój formalny charakter może być nazwana *geometrią zjawiska prawnego*”[16].

Konstytucja, choć zajmuje szczególne miejsce w hierarchii systemu prawa, nie jest tu wyjątkiem. Mówienie w odniesieniu do niej o autonomii pojęciowej lub interpretacyjnej łamałoby bowiem formalno-logiczny, uniwersalny charakter prawniczych konstrukcji pojęciowych czystej teorii prawa. Konstytucja („konstytucja w znaczeniu prawno-logicznym”[17]) jest również tylko uzasadnieniem i gwarantem logicznej spójności systemu. A jeżeli tak, to również „sąd konstytucyjny funkcjonuje [tylko — dop. A.B.] »na swoim odcinku«, nie zarządza globalnie, choć jest niezbędny dla funkcjonowania całości systemu [...]. Kontrola konstytucyjności prawa jest bowiem »przedsięwzięciem technicznym« w systemie norm, zapewniającym tworzenie prawa w odpowiednim stopniu spójnego”[18].

W Kelsenowskim obrazie nauki prawa mamy zatem do czynienia z konieczną, choć tylko techniczno-praktyczną specjalizacją na poziomie poszczególnych dogmatyk prawa — w tym również dogmatyki prawa konstytucyjnego — i uniwersalną, pojęciową jurysprudencją teoretycznej nauki o prawie. Odpowiednio do tego, w wymiarze prawniczej dydaktyki akademickiej, pojawi się nam potrzeba poznawania uniwersalnych form poznawania prawniczego, a więc dydaktyki promującej przede wszystkim nauczanie prawniczych zastosowań logiki (logika prawnicza) oraz upowszechnianie pojęciowego dorobku jurysprudencji analitycznej (wstęp do prawoznawstwa). Poszczególne dogmatyki prawnicze będą, stosownie do własnych potrzeb, na swoich przedmiotowych domenach badawczych, ten ogólny dorobek aplikować i rozwijać, jednak w taki sposób, który nie burzy logicznej struktury całości (systemu prawa, spójności form poznania prawniczego). Dydaktyka dogmatyczno-prawna będzie tu swoistym testowaniem na wybranych fragmentach prawa pozytywnego owych uniwersalnych form — pod czujnym okiem teorii prawa. Kolejnym krokiem w procesie przybliżania nauki do rzeczywistości prawnej („pozytywizacji” teorii) będą aplikacje prawnicze aż po ostateczną konfrontację na sali sądowej. Nauka jest zatem, podobnie jak pojęciowy obraz systemu prawa, pewną hierarchiczną strukturą, która narzuca jednostce określone miejsce i rolę w jej obrębie. W ramach

16 H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Aalen 1984, s. 91.

17 A. Peretiatkowicz, *Teoria prawa i państwa H. Kelsena*, s. 463.

18 A. Sulikowski, *Współczesny paradygmat...*, s. 42–43.

tak skonstruowanej strategii uprawiania nauki prawa i kształcenia akademickiego nie da się budować edukacji konstytucyjnej odpowiadającej szczególnej pozycji konstytucji w porządku prawnym. Relacje władzy i wiedzy mają co prawda podobnie hierarchiczny charakter, ale to ta druga narzuca porządek myślenia prawniczego.

Z perspektywy Kelsena wartością kierującą nauką i nauczaniem prawa będzie dążenie do pewności rozstrzygnięć prawnych, dających jednostce poczucie bezpieczeństwa w konfrontacji z państwem i innymi uczestnikami obrotu prawnego (ujęta formalnie zasada państwa prawa, sprawiedliwość formalna, zamknięty system prawa, sylogistyczny model decyzji sądowej), kosztem responsywnej, dyskursywnej otwartości na społeczne wyzwania, w tym również na tak zwane trudne przypadki orzecznicze. Sprzyjać to będzie kształtowaniu sylwetki apolitycznego prawnika-eksperta, wyposażonego bądź to w analityczną wiedzę ogólną i zdolnego do pieczy nad „całością", bądź to specjalisty umiejącego tę ogólną wiedzę aplikować do poszczególnych dziedzin prawa. Optymalne składy osobowe sądu konstytucyjnego powinny stanowić zatem swoisty, kooperujący miks, składający się z teoretyków, znawców „istoty prawa", użytecznych w sprawach prawnie bardziej złożonych, i biegłych w znajomości tekstu konstytucji i innych aktów prawnych reprezentatywnych przedstawicieli szczegółowych dyscyplin prawoznawstwa, użytecznych w sytuacjach prawnie mniej skomplikowanych.

Koncepcja prawa i prawoznawstwa H. Kelsena uprawnia, naszym zdaniem zasadniczy wniosek, że to — używając terminologii strukturalistyczno-funkcjonalnej — struktura prawniczej wiedzy narzuca sposób edukacji, a w następstwie tego, kształtuje również późniejsze społeczne role prawnika (piecza nad prawem jako systemem) oraz dostępne sposoby uzasadniania podejmowanych rozstrzygnięć (argumentacje odwołujące się do logiki). Buduje to ekspercki i apolityczny punkt wyjścia. Jednak te nabyte w procesie edukacji neutralne formy prawniczego — naukowego — poznawania konfrontować się będą w praktyce prawniczej, a w szczególności w orzecznictwie sądów konstytucyjnych, z nieuchronną politycznością[19]. Polityczność prawa ujawni się zatem wtórnie jako problem przejścia od form prawa do jego treści, a więc przede wszystkim w procesie prawotwórczym oraz w związku z kontrolą

19 Polityczny charakter kontroli konstytucyjności prawa zauważa również H. Kelsen — zob. H. Kelsen, *Istota i rozwój sądownictwa konstytucyjnego*, przeł. J. Banaszkiewicz, Warszawa 2009, s. 39. Kelsen pisał mianowicie o „funkcjonalnej" trudności „w oddzielaniu od siebie sądownictwa i ustawodawstwa". Podstawą takiego oddzielenia miało być rozróżnienie na normy generalne (domena ustawodawstwa) i indywidualne (sądownictwo). Jednak w przypadku sądów konstytucyjnych kryterium to ulega załamaniu.

konstytucyjności prawa. Orzeczenia specjalnego sądu konstytucyjnego będą przecież (negatywnie) wpływać na tekstowe zasoby prawa pozytywnego. Prawnik w „strukturze władzy", zasiadający w składach parlamentu, rządu, a także piastujący funkcje zewnętrznej kontroli prawa będzie zatem już musiał być innym prawnikiem niż ten, który zasiada na uniwersyteckiej katedrze lub który został ukształtowany pod wpływem uniwersytetu.

Perspektywa Carla Schmitta

Poglądy H. Kelsena na konstytucję notoryjnie przeciwstawiane są stanowisku C. Schmitta. Relacje między władzą (władzą polityczną) i nauką prawa ulegają tu zasadniczemu odwróceniu. Łączy ich jednak radykalizm wyznawanych poglądów. H. Kelsen mawiał, że „państwo jest systemem norm". C. Schmitt natomiast twierdził, że „państwo jest konstytucją", że państwo istnieje jako coś, co już jest, tak czy inaczej, ukonstytuowane. To całkowicie odwrócone pojmowanie ontologicznego wymiaru konstytucji. C. Schmittowi nie o konstytucję w sensie prawnym w tym stwierdzeniu chodzi — pojmowaną jako zbiór reguł limitujących funkcjonowanie wspólnoty państwowej — ale o samą tę wspólnotę, realnie tu i teraz istniejącą. Państwo jest określonym stanem faktycznym, stanem jedności i porządku, a jego (państwa) konstytucja jest konkretnym życiem i indywidualną egzystencją. Mowa tu o tak zwanej konstytucji absolutnej. To nie państwo jest wyposażone w konstytucję, zgodnie z którą kształtowana jest wola państwowa. „Państwo bowiem samo w sobie jest już konstytucją, to znaczy jest mającym bytowy, ontologiczny charakter, stanem, stanem jedności i porządku [...]"[20]. „Dla C. Schmitta nauka o konstytucji jest poznaniem głębszym i poważniejszym, a zarazem problemowo trudniejszym. Jest to nauka [...] w jej bardzo szerokim materialnym i ideowym kontekście, nie ogranicza się do badania samych prawniczych tekstów [...], jest badaniem niejako tła, zaplecza ustawy zasadniczej, badaniem tego, na czym konstytucja się opiera, czego jest odzwierciedleniem [...], świeci światłem odbitym [...]"[21]. Mamy oto konstytucję rzeczywistą (absolutną), wyróżnianą ze względu na przedmiot (tak zwana

20 C. Schmitt, *Nauka o konstytucji*, przeł. E. Kurkowski, R. Marszałek, Warszawa 2013, s. 4.

21 P. Kaczorowski, *Carl Schmitt, jego nauka o konstytucji i kwestie suwerena — ustrojodawcy*, „Teologia Polityczna", 30.05.2016, https://teologiapolityczna.pl/prof-pawel-kaczorowski-carl-schmitt-jego-nauka-o-konstytucji-i-kwestia-suwerena-ustrojodawcy-tpct-9- (dostęp: 23.03.2026).

rzeczywistość konstytucyjna) oraz konstytucję pozytywną — czyli akt prawny, suwerennej, większościowej władzy decyzyjnie zdolnej do tego, aby nadać politycznej wspólnocie odpowiednią formę. Konstytucja pozytywna jest tylko „świadomą decyzją, którą jedność polityczna — poprzez sprzyjające władze ustawodawcze — podejmuje dla siebie i którą sama sobie daje”[22].

Akt konstytucyjny jest aktem tego, kto ma władzę polityczną. Władza polityczna ujawnia swoją rzeczywistą siłę w sytuacjach konfliktów. To stany wyjątkowe pokazują, kto jest realnym suwerenem w państwie, kto jest zdolny ochronić rzeczywisty porządek konstytucyjny przed kryzysami, a także skutecznie ten porządek w sensie pozytywnym wyartykułować. Nie będą to oczywiście apolityczne sądy konstytucyjne czy sądy powszechne. Odpowiedzią C. Schmitta będzie raczej „usądowienie polityki”[23]. Strażnikiem konstytucji będzie na przykład posiadająca polityczny mandat (wybierana bezpośrednio) głowa państwa. Prawo i konstytucja są zatem areną walki, ujawniania się opozycji wróg–przyjaciel (opozycji podkreślanej również w wielu, wydawałoby się odległych od C. Schmitta, tak zwanych krytycznych teoriach demokracji[24]). Deklarowana apolityczność sądów i trybunałów, ich orientacja na prawa i wolności obywatelskie czy odwoływanie się do zasady trójpodziału władzy — zdaniem autora *Nauki o konstytucji* — nie tylko utrudnia skuteczne rozwiązywanie konfliktów politycznych, ale również sprzyja ich ukrywaniu. Oddanie deklarowanej władzy tym, którzy ją rzeczywiście posiadają i są w stanie skutecznie realizować, prowadzić powinno do demistyfikacji tych praktyk, do przywrócenia prawa rzeczywistości, a tym samym zbliżenia konstytucji pozytywnej do konstytucji absolutnej. W języku K. Marksa oznaczałoby to likwidację „fałszywej świadomości” będącej efektem pracy (nowoczesnych, liberalnych) elit i ich uprzywilejowanej pozycji[25].

Idea badania konstytucji pozytywnej poprzez ujawnianie tego, na czym „się opiera”, czego jest „odzwierciedleniem” oraz czy, i na ile, adekwatnie wyraża w swoim tekście wolę faktycznego suwerena, jest dla nauki prawa, praktyki prawniczej oraz zastanego programu zawodowej edukacji prawników zasadniczą zmianą. Oznacza bowiem odebranie konstytucji jej funkcji normatywnej i prowadzi do odseparowania sądów

22 C. Schmitt, *Nauka o konstytucji*, s. 54.

23 *Ibidem*, s. 210.

24 Zob. na przykład Ch. Mouffe, *Paradoks demokracji*, przeł. W. Jach, M. Kamińska, A. Orzechowski, red. A. Orzechowski, L. Rasiński, Wrocław 2005, w szczególności rozdział 2 („Karl Schmitt i paradoks liberalnej demokracji”) oraz rozdział 4 („Agonistyczny model demokracji”).

25 Zob. P. Mikiewicz, *Socjologia edukacji. Teorie, koncepcje, pojęcia*, Warszawa 2016, s. 147.

i trybunałów od konstytucji jako podstawy orzekania. Nauczanie prawa konstytucyjnego przestaje tym samym pełnić rolę istotnego fragmentu zawodowego przygotowania prawnika do zawodu. Pozostaje oczywiście sam tekst konstytucji, tym niemniej już jego doktrynalne techniki egzegezy, spory wokół wykładni konstytucji, debaty wokół statusu pojęć konstytucyjnych, konstytucyjnych zasad prawa czy rozważania o filozofii konstytucji zdają się tracić rację bytu. Choć pozostaje konstytucja jako pisany dokument, to zanika konstytucja jako akt prawny wraz z wszystkim tym, co ją naukowo i kulturowo obudowuje, a co składa się na dorobek tak zwanego konstytucjonalizmu. Oznacza to również rozbrat z odrębną, przynajmniej względnie autonomiczną edukacją prawniczą, choć oczywiście nie z edukacją w ogóle. Edukacja — jak pisaliśmy wcześniej, referując tak zwane konfliktowe ujęcie — staje się edukacją legitymizującą władzę, a uniwersytet, obok innych instytucji, areną walki o władzę. Dydaktyka ma pełnić funkcje jawne (udostępniać pewną wiedzę) i ukryte (dostarczać uzasadnień i podtrzymywać system produkcji i władzy), wpisując się w program społecznie legitymizowanej władzy. Empiryczna socjologia, odsłaniająca tak zwaną polityczność (konfliktowy charakter współczesnej demokracji)[26], filozofia polityki, historia doktryn politycznych i prawnych (nauka o ustrojach), teologia (metafizyka), a może i psychologia społeczna powinny urastać do pozycji dziedzin nauki, którym po drodze będzie z nauczaniem prawa konstytucyjnego[27]. Idea aplikacji prawniczych w obecnym kształcie programowym i organizacyjnym wydaje się również niemożliwa do utrzymania, a właściwie zbędna. I w tym przypadku pomysł budowania edukacji wokół wiedzy o konstytucji byłby, oględnie mówiąc, raczej trudny do realizacji. Chyba że byłaby to konstytucja absolutna, ale

26 Por. C. Schmitt, *Pojęcie polityczności*, [w:] *Teologia polityczna i inne pisma*, wybór, przekład i wstęp M.A. Cichocki, Warszawa-Kraków 2000, s. 31 i n.; L. Koczanowicz, *Antagonizm, agonizm i radykalna demokracja. Koncepcja polityki Chantal Mouffe*, [w:] Ch. Mouffe, *Paradoks demokracji*, s. 7 i n.

27 Starszemu pokoleniu badaczy konstytucji i dawnym studentom przedmiotu „Polskie prawo państwowe" — bo nieprzypadkowo tak ten przedmiot na wielu uczelniach był nazywany jeszcze w latach siedemdziesiątych — ten kierunek myślenia przywodzi na myśl debatę wokół normatywnego *versus* ideologicznego charakteru konstytucji (zob. S. Rozmaryn, *Konstytucja jako ustawa zasadnicza Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej*, Warszawa 1961). Liczący się, a nawet dominujący nurt ówczesnych znawców Konstytucji PRL (choć już nie sam Rozmaryn w przywołanej pracy) był zwolennikiem poglądu, że konstytucję można traktować, przynajmniej w sporych jej fragmentach, jako „rejestrację osiągnięć" („osiągniętego etapu w budowie socjalizmu"), mówiło się też o „konstytucji bilansu" itp. Krytycznie o tego typu ideologicznie pozycjonowanej konstytucji pisze J. Trzciński, *Konstytucja PRL a konstytucjonalizm socjalistyczny*, [w:] *Konstytucja PRL po 30 latach jej obowiązywania*, red. K. Działocha, Wrocław 1985, s. 44. Konsekwencją takiego ujęcia był na przykład również pogląd (S. Rozmaryn, J. Beer), że „w razie sprzeczności ustawy z Konstytucją stosuje się ustawę, ponieważ Konstytucja nic przeciwnego nie stwierdza" — zob. *ibidem*, s. 45.

wtedy — ze względu na holistyczny charakter wiedzy o tak rozumianej konstytucji[28] — wątpliwym byłby sens prowadzenia dydaktyki o konstytucji właśnie na wydziałach prawa.

Doktryna judicial review

Koncepcja tak zwanej rozproszonej kontroli konstytucyjności prawa wydaje się wobec wykluczającej alternatywy Kelsen-Schmitt rozsądną odpowiedzią. Amerykańska *judicial review* u swoich teoretyczno-filozoficznych podstaw zawiera bowiem — z jednej strony — bliskie Schmittowi założenie o substancjalnym uzasadnieniu bytu konstytucji. Jest bowiem w tradycji amerykańskiej konstytucja wyrazem woli suwerennego ludu pojmowanego jako wspólnota polityczna. „W tradycyjnym konstytucjonalizmie amerykańskim traktuje się konstytucję jako ostateczny wyraz woli społeczeństwa politycznego — suwerena [...]"[29]. Jednak z drugiej strony — i tu kończą się już analogie z C. Schmittem — polityczna wola staje się zarazem kryterium kontroli władzy sprawowanej na jej podstawie, co wymaga przyobleczenia tej woli w odpowiednie formy prawne. Porządek ujęty w postać instytucji prawnych, wraz z zasadą supremacji konstytucji, ma służyć kontroli władzy i ochronie równych praw jednostek. Jak pisze M. Korycka-Zirk, „zasada zgody społecznej oznacza supremację ludu, ale zarazem supremację prawa"[30]. Już tylko powierzchowny związek z poglądami autora *Nauki o konstytucji* ma obecna w doktrynie amerykańskiej (a znana także innym doktrynom, na przykład francuskiej) koncepcja istnienia dwóch konstytucji: pisanej i niepisanej. Ta druga bowiem uzupełniać ma pierwszą na podstawie dorobku konstytucjonalizmu, przy zasadniczym udziale orzecznictwa powstającego w związku z powszechną, sądową kontrolą konstytucyjności (*judicial review*)[31].

Idąc tą drogą, zbliżamy się w pewien sposób do poglądów H. Kelsena na prawną funkcję konstytucji i rolę prawników (nauki, doktryny) w jej kształtowaniu (pamiętając oczywiście o tej zasadniczej różnicy, że to

28 We wprowadzeniu do książki Ł. Święcickiego, *Carl Schmitt i Leo Strauss. Krytyka pozytywizmu prawniczego w niemieckiej myśli politycznej*, Radzymin 2016, czytamy, że „łączy ich holistyczne podejście do rzeczywistości i prymarne założenie o politycznej naturze człowieka, które stanowią punkt wyjścia ich dalszej refleksji. Ta refleksja [...] dotyczy podstaw porządku politycznego i prawa".

29 M. Korycka-Zirk, *Filozoficznoprawny wymiar kontroli konstytucyjności*, s. 51.

30 *Ibidem*, s. 49.

31 Zob. A.R. Amar, *American Constitutionalism — Written, Unwritten and Living*, „Harvard Law Review" 126, 2013, s. 195 i n.

sądowa kontrola rozproszona i jej konceptualizacje ujęte w dorobku konstytucjonalizmu zastępować będą Kelsenowską wizję scentralizowanej kontroli *in abstracto*). Oba nurty przywracają jednak — w zestawieniu z C. Schmittem — wagę argumentacji prawniczej, a tym samym ukazują znaczenie nauki prawa, jej przynajmniej względną autonomię wobec otoczenia społecznego (w przypadku *judicial review*), a w konsekwencji przywracają również wagę edukacji prawniczej wspartej na dorobku nauki. Jednak prawoznawstwo i edukacja prawnicza w każdym z tych podejść do konstytucji i konstytucjonalizmu nakierowane będą na odmienne cele i wartości.

Jeżeli w przypadku koncepcji Kelsena zasadniczą wartością jest pewność prawa, wraz z obrazem prawnika eksperta, kosztem responsywnej otwartości na społeczne wyzwania (trudne przypadki orzecznicze), to w *judicial review* wektory te będą odwrócone: zamiast oglądać się na swoje miejsce w systemie instytucjonalnym prawnik (sędzia) powinien skoncentrować się na działaniu, które ma cechy interakcji w relacji jednostka-struktura. Struktura to wyrażony w tekstach prawnych zastany, hierarchiczny i poziomy (gałęziowy) porządek prawny z konstytucją na czele, wraz z odpowiednią obudową instytucjonalną (nauka, sądownictwo). *Case* prawny to z kolei dla sędziego wyzwanie na rzecz jego sprawiedliwego i społecznie akceptowalnego rozstrzygnięcia. Jeżeli struktura bezpośrednio dostępna (zbudowana na tekstach prawnych) nie daje podstaw dla dobrego rozwiązania kwestii prawnej, to sędzia powinien sięgać głębiej, do wiedzy wykształconej w orzecznictwie, w nauce prawa, w tym teorii wykładni, a nawet do filozofii prawa (konstytucjonalizm). Podjęte na podstawie takich przesłanek rozstrzygniecie będzie wzmacniać elementy tej struktury (zasada *stare decisis*). Jeśli sędzia ma jednak do czynienia z tak zwanym *hard case*, to zastana struktura może okazać się niewystarczająca, a wtedy zmuszony będzie ją rozszerzyć, a nawet zmodyfikować pewne elementy zastanego porządku wiedzy w zakresie, jaki pozwoli rozstrzygnąć i uzasadnić rozważany przypadek. Pojawia się zatem miejsce na aktywizm sędziowski, uobecniający się w precedensach orzeczniczych wypełniających braki ustawodawstwa, na kreatywną interpretację tekstu czy tworzenie nowych pojęć doktrynalnych. Aktywność sędziów jest tu swoistą „grą" ujętą w ramy relacji między tym, co ogólne i tym, co szczegółowe[32]: między ustawą, tekstem prawnym, zastanym rozumieniem pojęć z jednej strony i konkretnym, historycznym problemem orzeczniczym

32 Por. L. Garlicki, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki: konstytucja — polityka — prawa obywatelskie*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk 1982, s. 91.

domagającym się osądu sprawiedliwego i zgodnego z odczuciem społecznym z drugiej strony. Można tu zatem mówić o responsywności prawa wobec społecznej rzeczywistości (w tym także samej konstytucji, rozbudowywanej w drodze poprawek kształtowanych pod znaczącym wpływem sygnałów płynących ze strony orzecznictwa), o responsywnej wykładni konstytucji oraz o pojęciach konstytucyjnych kształtowanych pod wpływem czynników pozaprawnych[33]. Być może, narażając się zapewne na nieco ryzykowne uproszczenie, dałoby się wręcz powiedzieć, że społeczna i polityczna historia Stanów Zjednoczonych to w jakiejś przynajmniej mierze również historia prawa kształtowanego z istotnym udziałem orzecznictwa amerykańskich sądów, w tym przede wszystkim Sądu Najwyższego; sądownictwa aplikującego konstytucję i zwrotnie kształtującego dorobek konstytucjonalizmu. Nieprzypadkowo tak zwany nurt *living constitution* wyrósł na obszarze tej właśnie kultury prawnej.

Jeśli nawet przyjmiemy, że aktywizm konstytucyjny w doktrynie *judicial review* nie jest postawą powszechnie aprobowaną[34], to doktryna ta pozwala nam na konkluzję bardziej zasadniczą i być może nawet o większej doniosłości dla perspektyw budowania dydaktyki akademickiej na bazie konstytucji i myśli konstytucyjnej. Warto bowiem zauważyć, że zasadnicze dla współczesnej teorii i filozofii prawa debaty, to — czy nam się to podoba, czy nie — spory wokół wykładni prawa. W przypadku amerykańskiego rynku uprawiania ogólnej refleksji o prawie debaty te dotyczyły właśnie wykładni konstytucji. Jeżeli w Polsce dorobek teorii wykładni prawa — skądinąd bardzo znaczący — kształtowany był ze względu na potrzeby wykładni ustaw zwykłych, a wtórnie dopiero usiłowano adaptować rezultaty tych osiągnięć na obszarze wykładni konstytucji[35], to kulturowy kontekst *judicial review* skłania do konkluzji przeciwnej: punktem wyjścia jest teoria (filozofia) wykładni konstytucji[36]. To przede wszystkim na gruncie wykładni konstytucji — poszukiwania właściwej metody jej interpretacji — pojawiły się, i nadal są szeroko dyskutowane, zasadnicze dla amerykańskiej

33 Zob. M. Korycka-Zirk, *Filozoficzny wymiar kontroli konstytucyjności.* Autorka posługuje się zwrotami „responsywność pojęć konstytucyjnych na czynniki pozaprawne" (s. 183) oraz „metoda wykładni responsywnej w stosunku do aktualnego suwerena" (s. 293).

34 Zob. A. Tomza, *Spór o poprawną interpretację Konstytucji Stanów Zjednoczonych. Od pasywizmu do aktywizmu sądowego*, Łódź 2016, *passim.*

35 Standardową frazą wyrażającą tę tendencję jest zwrot „specyfika" wykładni lub interpretacji konstytucji. Wprowadzający tekst do monografii *Wykładnia konstytucji. Aktualne problemy i tendencje* (pod red. M. Smolaka) autorstwa S. Wronkowskiej nosi tytuł *O niektórych osobliwościach konstytucji i jej interpretacji* (s. 15 i n.).

36 Zob. M. Korycka-Zirk, *Filozoficzny wymiar kontroli konstytucyjności*, s. 175 i n.

doktryny wykładni spory między tekstualistami i intencjonalistami, między oryginalistami i zwolennikami *living constitution*. A wszystko to wyrastało z filozoficznej i politycznej debaty wokół zasadniczych — a niełatwych przecież do pogodzenia — wartości leżących u podstaw porządku prawnego: suwerenność wspólnoty *versus* ochrona praw jednostki, rządy prawa (władza sędziów) *versus* rządy oparte na większości parlamentarnej. Spór o metodę wykładni konstytucji stawał się przez to sporem o granice władzy w ramach dynamicznie (responsywnie, refleksyjnie) kształtowanej zasady jej trójpodziału. Spór prawny nie dawał się odseparować od sporu politycznego, a dogmatyczna analiza tekstu konstytucji od jej filozoficznego ugruntowania. To najlepsza chyba lekcja poglądowa, którą wynieść można dla prawniczej dydaktyki akademickiej, również w kontekście polskich sporów o praworządność, o status sądownictwa konstytucyjnego czy o granicę władzy opartej na większości parlamentarnej.

W perspektywie *judicial review* edukacja prawnicza będzie zatem polegała nie tylko na nabywaniu umiejętności rozpoznawania zastanej struktury wiedzy (identyfikacja źródeł prawa, znajomość technik egzegezy i wykładni tekstu, produkcja linii orzeczniczych), ale również zmierzać powinna do uczenia umiejętności jej kształtowania, aktywnego korygowania pod kątem wyzwań społecznych. Prawo i praktyka prawnicza — wraz z rejestrującą te domeny nauką i upowszechniającą jej osiągnięcia dydaktyką — są społecznie, więc i politycznie, zaangażowane już w swoim punkcie wyjścia. Prawnicze doświadczenie edukacyjne wyniesione z akademii — zgodnie z ideą F. Znanieckiego tak zwanej szkoły otwartej — zdają się również z punktu widzenia *judicial review* potwierdzać przekonanie, że nabyta w drodze edukacji wiedza przedmiotowa jest tylko jednym z czynników, który powinien kształtować kompetencje zawodowe i tożsamość prawnika. Reszta musi być zdobywana w grupowym i indywidualnym działaniu, w konfrontacji z prawniczą i społeczną rzeczywistością.

Argumenty, które prawnik pozyskuje z tekstu konstytucji i dostępnych mu osiągnięć konstytucjonalizmu, powinny dobrze korespondować z taką właśnie aktywną, permanentną i przedmiotowo nielimitowaną edukacją. To do tej bowiem dziedziny prawa i wiedzy prawniczej sędziowie oraz pozostali uczestnicy sporów prawnych odwołują się w bardziej skomplikowanych przypadkach orzeczniczych. Doktryna tak zwanego rozproszonego stosowania konstytucji pokazuje, że potencjalnie każdy skład sądzący, a właściwie również każdy inny decydent (urzędnik, przedsiębiorca, obywatel), w tym także uczestnicy

relacji prywatnoprawnych (jednostka–jednostka)[37], mogą być postawieni w sytuacjach wymuszających na nich zainteresowanie się tekstem konstytucji i dorobkiem myśli konstytucyjnej. Pogłębiona o dorobek konstytucjonalizmu, w tym filozofii prawa i filozofii społecznej, wiedza o ustawie zasadniczej powinna być zatem oferowana każdemu absolwentowi studiów prawniczych, a na poziomie bardziej elementarnym stać się również powinna ważnym składnikiem edukacji powszechnej. Doniosłość wiedzy o tak zwanym normatywnym otoczeniu konstytucji[38] skłaniać powinna do otwierania się dydaktyki prawa konstytucyjnego na elementy wiedzy o społeczeństwie, na refleksyjną analizę rozstrzygnięć sądowych komentowanych przez opinię publiczną, na towarzyszące im działania i postawy prawników, na zasady i wartości legitymizujące prawo i orzecznictwo sądowe itp. Trudno byłoby chyba wskazać lepszy przykład dla tak zwanej wewnętrznej (wiedza prawnicza, kultura prawna) i zewnętrznej (wiedza pozaprawna, kultura ogólna) integracji nauk prawnych oraz upowszechniającej jej osiągnięcia, otwartej edukacji prawniczej. Zasada prawnej supremacji konstytucji może zatem, jak sądzimy, korespondować z podobną ideą leżącą u podstaw kształtowania prawniczej dydaktyki akademickiej.

37 Zob. R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, przeł. J. Rivers, Oxford 2002, s. 352 i n.; mowa tu o koncepcji tak zwanego promieniowania konstytucji, o jej efekcie horyzontalnym. Zob. także E. Łętowska, *Promieniowanie orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego na poszczególne gałęzie prawa*, [w:] *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, red. M. Zubik, Warszawa 2006, s. 353 i n.

38 Określenie S. Wronkowskiej, *O niektórych osobliwościach konstytucji i jej interpretacji*, s. 24.

CZĘŚĆ CZWARTA

TEORIA NORMY: MIĘDZY STRUKTURĄ I DZIAŁANIEM

Integracja prawoznawstwa a rozumienie kompetencji w szczegółowych naukach prawnych*

I. Ogólna teoria prawa stawiająca przed sobą zadania o charakterze integracyjnym znajduje się w niełatwej sytuacji, gdyż naraża się na podwójną presję. Z jednej strony — jeśli wziąć pod uwagę kierunek wyznaczany przez tak zwaną wewnętrzną integrację prawoznawstwa — opornym żywiołem okazuje się być środowisko szczegółowych nauk prawnych. Pośród przedstawicieli dogmatyk prawniczych bardzo silne jest przekonanie o autonomii własnej dyscypliny, i to nie tylko problemowej (typu stawianych pytań), ale także pojęciowej (sposobów udzielania na nie odpowiedzi). Na tym drugim polu można zauważyć mocno ugruntowane stanowisko, iż nauki szczegółowe dysponują lub powinny dysponować własnym zestawem pojęć-narzędzi służących opisywaniu i rozwiązywaniu podejmowanych problemów. Prowadzi to do wykształcania się odrębnych, dyscyplinowanych metanarracji prawniczych, będących wyrazem budowania własnych teorii, problemowo i pojęciowo niezależnych zarówno od ogólnej teorii prawa, jak i innych szczegółowych nauk prawnych. Więcej, dowód na jakiś wariant autonomii uchodzi wręcz za dowód na naukowość danej nauki szczegółowej. Dzieje się tak dlatego, że punktem oparcia szczegółowych nauk prawnych jest — jak zauważył to kiedyś Z. Ziembiński — zawsze jakaś postać wyselekcjonowania obiektów będących przedmiotem badań[1]. Mówiąc nieco kolokwialnie, nauki te — aby legitymizować własny tytuł do zajmowania się określoną problematyką — muszą się „odgrodzić" od pozostałych, usadowić w pewnym zastanym porządku: zarówno instytucjonalnym (kryterium

* Tekst pierwotnie opublikowany w: *Kompetencja ze stanowiska teorii i filozofii prawa*, red. W. Jedlecka, „Z zagadnień teorii i filozofii prawa", Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2004, s. 19–41.

1 Z. Ziembiński, *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, Warszawa 1983, s. 14.

przedmiotowe, selekcja gałęzi prawa), jak i doktrynalnym (kryterium odrębnych, dyscyplinarnych „metod badawczych", własny zestaw pojęć).

Ogólna teoria prawa usiłująca przejść ponad takimi podziałami, kierująca się intencją budowania w miarę jednolitego prawniczego języka naukowego, zmuszana jest wskutek tego odpierać zarzuty merytorycznej niekompetencji po stronie budowniczych takiego języka[2], braku zrozumienia specyfiki problemowej szczegółowych dyscyplin prawniczych, niejasności (zawiłości) proponowanego języka, praktycznej nieprzydatności formułowanych twierdzeń itp.[3] Jeśli przyjąć, że u podstaw takiej linii argumentacji po stronie nauk szczegółowych leży intuicyjne przekonanie, iż broniąc problemowej i pojęciowej autonomii określonej dyscypliny, bronimy tym samym dowodu na naukowość określonego typu refleksji badawczej, to — zauważmy — naukowość pojmowana jest tu w dość szczególny sposób. A mianowicie znaczy ona tu tyle, co profesjonalizm, poparta praktyką umiejętność rozstrzygania określonego typu kwestii prawnych i prawniczych. Z funkcją poznawczą nauki podejście takie wydaje się mieć luźny związek. Mielibyśmy tu raczej do czynienia z odwróceniem tak zwanej zasady pragmatyki charakteryzującej wartość wyników poznania naukowego: wartość teorii naukowej potwierdza nie tyle możliwość praktycznej aplikacji jej twierdzeń, a odwrotnie — ukształtowanie się określonej refleksji w obrębie instytucjonalnej nauki na bazie praktyki określonego rodzaju (gałęziowego prawodawstwa, ukształtowania się orzecznictwa w tym obszarze) miałoby dowodzić powstania nauki określonego typu.

W obronie przed ekspansją ogólnej teorii prawa na obszar nauk szczegółowych wart przywołania jest także argument praktyczny. Podnoszony tu bowiem bywa i taki zarzut, iż nie ma racjonalnych powodów, aby cokolwiek zmieniać w podejściu badawczym poszczególnych nauk prawnych, skoro zastany porządek pojęciowy dobrze służył (i nadal z powodzeniem służy) rozwiązywaniu problemów, które stawiane są w obrębie określonej dyscypliny. W tym ostatnim przypadku wzgląd na tradycję (skuteczny i wielokrotny test przeszłości) przemawiać ma przeciwko innowacjom proponowanym przez teorię prawa. U podstaw takiej z kolei argumentacji znajdujemy przekonanie, iż pytania badawcze zorientowane na rozstrzyganie kwestii praktycznych (projektowanie

2 Por. F. Longchamps, *O prawniku w rzeczypospolitej nauk*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Wrocławskiego", Seria A, Nr 15, Prawo IV, Wrocław 1958, s. 10.

3 Por. dyskusje wokół pracy K. Opałka i J. Wróblewskiego, *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969; A. Stelmachowski, *Niebezpieczeństwo formalnego ujmowania systemu państwa i prawa*, „Państwo i Prawo" 1970, z. 5; K. Grzybowski, *Nauka prawa cywilnego a teoria prawa*, „Państwo i Prawo" 1971, z. 1; A. Ohanowicz, *Uwagi o współpracy między dyscyplinami szczegółowymi a teorią prawa*, „Państwo i Prawo" 1971, z. 1.

decyzji walidacyjnych oraz decyzji mieszczących się w obszarze egzegezy tekstu prawnego) mogą się obejść bez odniesień do teorii. Teoria prawa stawiać ma sobie cele zasadniczo neutralne wobec oczekiwań dogmatyki prawa i praktyki prawniczej. Nauki szczegółowe nie chcą widzieć w ogólnej teorii prawa dogmatyki dla trudnych przypadków, lecz skłonne są raczej traktować ją jako *sui generis* samodzielny byt — tolerowany, choć wzięty z nieco „innego świata". Skoro bowiem modusem relacji pomiędzy naukami szczegółowymi ma być jakaś postać ich autonomii (każdy powinien „robić swoje"), to takie samo roszczenie próbuje się kierować w stronę ogólnej teorii prawa. W najlepszym razie teoria i filozofia prawa powinny odpowiadać na pytania kierowane pod ich adresem ze strony poszczególnych dogmatyk prawa, unikając zadawania pytań własnych. Mielibyśmy tu wtedy do czynienia z pewnym wariantem zasady pomocniczości czy sprowadzeniem ogólnych rozważań do roli „zlecania zadań własnych" przez nauki szczegółowe.

Jeszcze do niedawna teoretyk prawa, zrażony nieudanymi próbami przejęcia rządów nad sposobami myślenia przedstawicieli nauk szczegółowych, mógł się kierować na zewnątrz prawoznawstwa — w stronę filozofii, językoznawstwa, ekonomii czy teorii kultury, licząc tam na wsparcie w realizacji swojego programu integracyjnego. Kierunek na zewnętrzną integrację prawoznawstwa zawsze był dla teorii prawa inspirujący, a koncepcje oceniane jako oryginalne i wpływowe na gruncie innych nauk społecznych i humanistycznych po jakimś czasie zwykle znajdowały jakiś swój wyraz także na gruncie teorii prawa (taką rolę skutecznie spełniła na przykład teoria aktów mowy J.L. Austina, teoria kompetencji N. Chomsky'ego, koncepcja racjonalności komunikacyjnej J. Habermasa czy ekonomiczna analiza zachowań prawnych G.S. Beckera, R. Posnera i innych). Szeroko pojęty nurt filozofii społecznej — bo tak chyba można zaszeregować przywołanych wyżej przedstawicieli skądinąd różnych przecież dyscyplin — stanowił zawsze dla teorii prawa silne oparcie, pozwalające nadrabiać reputację nadwątloną brakiem sukcesów integracyjnych w obrębie samego prawoznawstwa. I tu jednak pojawiły się oznaki kryzysu. Znamieniem takiego kryzysu jest ekspansja na wielu polach refleksji filozoficznej formacji myślowej określanej zbiorczo jako postmodernizm.

Nie sposób stwierdzić, na ile przedstawiciele szczegółowych dyscyplin prawoznawstwa są tego świadomi, ale, być może nawet mimowolnie, ponowoczesny sposób myślenia o zjawiskach społecznych stanowi dla tych nauk silne oparcie w ich dążeniach do samodzielności, a przede wszystkim dostarcza im argumentów przeciwko ekspansji ogólnej teorii prawa na ich obszar. Roszczenie ogólnej teorii prawa w kierunku

poszukiwania konstrukcji pojęciowych języka nauki wykraczających poza określoną gałąź prawa lub dyscyplinę prawniczą (a tu mieścić się będzie między innymi propozycja jednolitego pojmowania kompetencji, przechodząca ponad podziałami na gałęzie prawa i dyscypliny prawnicze) idzie wyraźnie pod prąd tendencji do artykułowania przez nurt ponowoczesny takich wartości, jak językowa (kulturowa) lokalność czy przygodność (kontekstowość) formułowanych sądów i przekonań, wzajemna nieprzekładalność perspektyw itp. Więcej, jakakolwiek próba metanarracji (a rozważania o charakterze pojęciowym mieszczą się przecież w tym właśnie kręgu) może tu być uznana za swoisty „występek", otwierający drogę do ukrytej represji, to jest narzucania jednolitej siatki pojęciowej wyznaczającej określony z góry, niekoniecznie akceptowany sposób myślenia.

Wydaje się, że nieodległe od takiego paternalistycznego (ukrycie represywnego) sposobu argumentowania było — dające się niekiedy wśród teoretyków prawa zauważyć — przekonanie, że niechęć szczegółowych nauk prawniczych do konstrukcji pojęciowych proponowanych przez teorię prawa swoją przyczynę znajduje w braku metodologicznego przygotowania po stronie przedstawicieli dogmatyki prawa (nie aprobują, bo nie rozumieją)[4]. Między poglądem, iż twierdzenia teorii prawa są nieprzydatne prawniczym naukom szczegółowym, gdyż jedynie komplikują i zniekształcają uporządkowany przez dogmatykę prawa obraz rzeczywistości[5], a poglądem, że w czasach ponowoczesnych nie ma w ogóle miejsca na jakiekolwiek teorie zasadniczo trudno dostrzec istotną różnicę. Obie postawy łączy obawa przed roszczeniami teoretyków w kierunku uniwersalizacji twierdzeń, niszczenia tego, co autentyczne w imię geometrycznej standaryzacji rządzonej przez zasadę prostoty.

II. Stanowisko, które zajęły nauki szczegółowe wobec zgłaszanych przez teorię prawa propozycji konceptualizacji problematyki kompetencji, wydaje się dobrym przykładem na opisany wyżej dylemat. Przy czym jest rzeczą charakterystyczną, iż niechęć wobec ofert składanych ze strony ogólnej teorii prawa zgłaszają zarówno przedstawiciele doktryny prawa publicznego, jak i prywatnego — choć, oczywiście, każde z tych środowisk z innego powodu. Nauka prawa administracyjnego zdaje się akcentować przede wszystkim nazbyt uniwersalistyczne skłonności ujęć teoretycznych, zarzucając, iż ujęcia te zapoznają specyficzny charakter

4 Por. Z. Ziembiński, *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, s. 14.

5 Por. A. Szpunar, *Udzielenie pełnomocnictwa*, „Przegląd Sądowy" 1993, z. 9; T. Rabska, *Prawny mechanizm kierowania gospodarką*, Wrocław-Warszawa-Kraków 1990.

sytuacji wykonywania kompetencji w prawie publicznym. Chodzi zarówno o wyjątkowy status podmiotu kompetencji (organ państwa; ewentualnie organ osób prawnych), dalej, odrębność samego aktu wykonania kompetencji (realizacja zadań, programów celowych, a najczęściej wprost obowiązkowy charakter aktu wykonywania kompetencji), aż po ekskluzywny charakter relacji (stosunku prawnego) łączącego podmiot kompetencji i adresata powstającego (aktualizowanego) obowiązku[6]. Swoista skłonność do zawłaszczania pojęcia kompetencji, którą w doktrynie prawa publicznego daje się zauważyć — to jest łączenia go tylko z wyliczonymi wyżej elementami sytuacji prawnej — dodatkowo utwierdzać daje się takim jeszcze argumentem, iż w przypadku organów władzy publicznej jakiekolwiek działanie z ich strony wymaga koniecznej i wyraźnej legitymacji prawnej (upoważnienia), w przeciwieństwie do osób prywatnych, których czynności i zachowania legitymizowane są przez zasadę wolności, praw podmiotowych czy inaczej ujęte tak zwane prawa przyrodzone i niezbywalne. Ten szczególny tytuł wymagany od podmiotów prawa publicznego wypada jakoś nazwać, a pojęcie kompetencji wydaje się tu najbardziej stosowne, także i z tego powodu, że pojęciem tym szeroko posługuje się również prawodawca — i to szczególnie licznie, gdy chodzi o charakterystykę podstawy prawnej czynności podejmowanych przez organy władzy publicznej.

Jeśli teoretyk zechce z należytą powagą potraktować zasygnalizowany wyżej kierunek argumentacji doktryny prawa publicznego, to jako konsekwentne i wewnętrznie (w ramach prawoznawstwa) spójne stanowisko ocenić powinien również tę grupę poglądów z obszaru cywilistyki, których reprezentanci nie widzą potrzeby — a nawet wskazują na szkodliwość — wprowadzania pojęcia kompetencji na grunt prawa prywatnego (w szczególności, gdy chodzi o charakterystykę sytuacji prawnej osób fizycznych)[7]. Takie kategorie języka prawnego, jak zdolność do czynności prawnych (także zdolność sądowa i procesowa) mają tu być wystarczające, gdy chodzi o pojęcia służące identyfikacji ogólnej legitymacji do dokonywania aktów (czynności) prawnych przez osoby prywatne, natomiast na potrzeby ustalania tytułów szczególnych jako całkowicie wystarczające miałyby być potraktowane takie pojęcia, jak uprawnienie i/lub upoważnienie[8]. Choć takie rozwiązanie

6 Zob. T. Rabska, *Prawny mechanizm kierowania gospodarką.* Argumenty administratywistyki w sprawie teoretycznych ujęć kompetencji przedstawia M. Zieliński, *Dwa nurty pojmowania kompetencji*, [w:] *Gospodarka, Administracja, Samorząd*, red. H. Olszewski, B. Popowska, Poznań 1997.

7 Zob. A. Szpunar, *Udzielenie pełnomocnictwa.*

8 *Ibidem*.

problemu kompetencji na gruncie prawa prywatnego trudno uznać za reprezentatywne dla całej cywilistyki[9], to jednak właśnie to ujęcie wydaje się wyjątkowo dobrze korespondować z przywołanym wcześniej nurtem administratywistyki. Podział na publicznoprawne kompetencje i prywatnoprawne uprawnienia i upoważnienia prezentuje sobą spójną, choć niekoniecznie zamierzoną, kooperację między nauką prawa administracyjnego i cywilnego — kooperację, w której (zgodnie z dogmatycznoprawnym przekonaniem, iż naukowość uzasadnia się poprzez autonomię) każda z tych dyscyplin uważa, że skoro zadaje sobie inne pytania, to w innym języku powinna udzielać na nie odpowiedzi.

Nie jest jednak wykluczone, iż implikacja ta (odrębność problematyki prowadzi do konstruowania własnych pojęć) powinna ulec odwróceniu: właśnie dlatego, że każda z tych dyscyplin posługuje się innym zestawem pojęć, pozwala to urabiać środowiskowe przekonanie, że bada się inne problemy. Odpowiednio, próba choćby częściowej unifikacji języka obu dyscyplin pozwoliłaby dostrzec elementy wspólne w podejmowanej problematyce. W wersji mniej radykalnej to samo ująć można tak oto: nigdy nie przekonamy się, czy problemy administratywistyki i cywilistyki mają przestrzenie wspólne, jeśli nie podejmiemy próby budowania wspólnych narzędzi badawczych.

Minimalnym warunkiem do takiej — tym razem już świadomej, i poznawczo konstruktywnej — kooperacji powinno być zrezygnowanie z argumentu odwołującego się do języka tekstów prawnych jako dowodu na rzecz potrzeby wpisania określonego pojęcia do rejestru pojęć nauki prawa (skoro w prawie publicznym występuje termin „kompetencja", to nauka prawa publicznego ma „obowiązek" posługiwania się nim — i to w takim znaczeniu, jakie nadał mu prawodawca). Odpowiednio, nieobecność pojęcia kompetencji w tekstach prawa prywatnego nie może nauce tego prawa odbierać tytułu do posługiwania się nim. Choć rozróżnienie na język prawny i prawniczy język nauki prawa nie zawsze jest sprawą prostą, to nie może to oznaczać, że język podporządkowany celom badawczym nie istnieje albo że odjęta mu jest choćby względna autonomia[10]. W przeciwnym bowiem razie na gruncie nauk szczegółowych granica pomiędzy tym, co badamy (standardowo: język prawny), i tym, za pomocą

9 Por. Z. Radwański, *Teoria umów*, Warszawa 1977, s. 106 i n. oraz Z. Radwański, *Prawo cywilne. Część ogólna*, Warszawa 1997, s. 233 i n.; zob. także B. Gawlik, *Umowa know-how. Zagadnienia konstrukcyjne*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej" 1974, z. 2, s. 95 i n.; *System prawa cywilnego*, t. 1. *Część ogólna*, red. S. Grzybowski, Wrocław-Warszawa 1985, s. 749.

10 Na gruncie szczegółowych nauk prawnych pogląd taki reprezentował F. Longchamps; zob. F. Longchamps, *O używaniu pojęć w naukach prawnych*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Wrocławskiego. Prawo" 1960, nr 7, s. 16–18.

czego badamy (pojęcia doktryny prawniczej) uległaby likwidacji. Stan taki można sobie wyobrazić, ale wtedy zorientowana dogmatycznoprawnie nauka szczegółowa byłaby wyłącznie profesjonalnym znawstwem prawa, bez jakichkolwiek aspiracji do choćby pojęciowego porządkowania materiału normatywnego, nie mówiąc o wyjaśniającej (eksplikatywnej) funkcji nauki. Eksplikatywne zadania stawiane przed nauką analityczną (uściślanie i upraszczanie języka nauki prawa jako narzędzia porządkowania materiału normatywnego) domagają się uwolnienia od przedmiotowej determinacji w konstruowaniu pojęć naukowych[11]. Uwolnienie to nie oznacza jednak zastępowania, a tym bardziej eliminowania pojęć związanych z prawotwórstwem i praktyką prawniczą przez pojęcia z dziedziny refleksji teoriopoznawczej[12], a raczej prowadziłoby do dwutorowego występowania ich obok siebie i wykorzystywania stosownie do potrzeb, które kierują osobą czyniącą z nich użytek.

III. Powodów trudności w zbudowaniu jakiegoś w miarę jednolitego na gruncie prawoznawstwa ujęcia kompetencji prawnej szukać należy także po stronie ogólnej teorii prawa. Sama teoria prawa dostrzegać powinna to, co w określonym polu problemowym jest lub może być potraktowane jako wspólne, a jakie problemy poprzez zafundowanie naukom szczegółowym jakiejś uniwersalnej konstrukcji pojęciowej kompetencji nie będą mogły być ujawnione i wyjaśnione. Każda próba uogólnienia zróżnicowanych sytuacji prawnych obecnych w praktyce jakimś jednolitym wzorcem oznacza uproszczenie obrazu rzeczywistości, a tym samym utrudniać może identyfikację i rozwiązywanie problemów uznawanych za doniosłe przez poszczególne dogmatyki prawnicze. Znany argument, że teorie podstawowe wynajdują w badanych przedmiotach tylko takie cechy, które łączą badane obiekty, pozostawiając znajdowanie różnic naukom szczegółowym, nie wydaje się do końca przekonujący, gdyż siłą rzeczy zakłada tu się, że rolą teorii ogólnej jest standaryzacja problemów bez zadawania sobie pytań o jej konsekwencje w obrębie pozostałych dyscyplin. Taka postawa powodować będzie permanentny konflikt między dążącą do autonomii nauką szczegółową (eksponującą cechy specyficznie własnej dziedziny problemowej) a czyniącą na autonomię tę swoisty zamach teorią prawa (odnajdującą w tych samych dziedzinach walory uniwersalne).

---

11 Por. R. Carnap, *The Logical Fundations of Probability*, Chicago 1950; T. Pawłowski, *Tworzenie pojęć w naukach humanistycznych*, Warszawa 1986, s. 99 i n.; J. Woleński, *Z zagadnień analitycznej filozofii prawa*, Kraków 1980, s. 44 i n.

12 Szerzej: A. Bator, *Autonomia pojęć związanych z prawem a problem integracji prawoznawstwa (na marginesie rozważań nad normą prawną)*, [w:] *Autonomia prawa*, red. W. Gromski, „Z zagadnień teorii i filozofii prawa", Wrocław 2001.

Teoria prawa powinna w proponowanym przez siebie warsztacie badawczym uwzględniać oba te punkty widzenia, to jest w przypadku problematyki kompetencji tak dobierać narzędzia analizy służące badaniu powstających tu sytuacji prawnych, aby były one zdolne konceptualizować wspólne dla prawa publicznego i prywatnego cechy wykonywania kompetencji prawnych, a jednocześnie umożliwiać dostrzeganie i wyjaśnianie gałęziowej i dyscyplinowej specyfiki. Zorientowane na wyjaśnianie pytanie typu, „dlaczego jest tak a tak?", jest pytaniem, które zasługuje zarówno na to, aby odnieść je do „miejsc wspólnych" dla cywilistyki i administratywistyki, jak i dla „miejsc odrębnych". W tym drugim przypadku poznawczo ciekawym dla teoretyka okazać się może pytanie o powody pewnego stanu rzeczy, to jest istnienia barier czyniących niemożliwym zestawianie ze sobą sytuacji wykonywania kompetencji w prawie administracyjnym i cywilnym.

Każda zorientowana na konsensus wymiana myśli — a dotyczy to w takim samym stopniu dyskursu praktycznego, jak i teoretycznego — zakładać musi akceptację partnera, z czym wiąże się potrzeba zrozumienia i uszanowania kierujących nim przekonań. Dla teorii prawa oznaczać to powinno rezygnację z takich na przykład argumentów, które prowadzą lub prowadzić mogą po stronie nauk szczegółowych do dewaluacji takich twierdzeń, które na gruncie administratywistyki i cywilistyki uznawane są za „niezbywalne" atrybuty wyróżniające stosunki prawa administracyjnego i cywilnego, a tym samym legitymizujące naukowy byt tych dyscyplin. Z kolei znajdowanie „miejsc wspólnych" przez teorię prawa powinno skupiać uwagę na tych problemach, które są niedostrzegane lub niedoceniane przez nauki szczegółowe i powinno zmierzać raczej do ujawniania pewnych presupozycji leżących u wspólnych podstaw twierdzeń formułowanych przez administratywistykę i cywilistykę, aniżeli być walką z twierdzeniami jawnie przez te dyscypliny artykułowanymi i bronionymi za cenę ich naukowej niepodległości. Teoria prawa powinna zmierzać do tego, aby formułowane przez nią koncepcje umożliwiały naukom szczegółowym lepsze zrozumienie samych siebie, swoich teoretycznych podstaw, a tym samym, być może nawet, aby dzięki temu nauki te jeszcze bardziej utwierdziły się w swojej specyfice.

Co uczynić powinna teoria prawa, aby realizacja takiego podejścia badawczego była możliwa? Najkrótsza recepta mogłaby brzmieć tak oto: odrzucić skrajności, gdy chodzi o metodologię badań problematyki kompetencji prawnej. I tak, rekonstrukcjonizm analizy języka prawniczego, zorientowany na poszukiwanie jednolitej, uniwersalnej formuły służącej objaśnianiu różnorodnych sposobów użycia terminu „kompetencja" (uniwersalne pojęcie kompetencji) powinien być

łączony z deskryptywną analizą prowadzącą do wyróżniania odmiennych typów stosunków prawnych, w obrębie których formuła taka może być adaptowana (kontekstowe cechy kompetencji). Pierwszy sposób podejścia prowadzić powinien do skonstruowania kompetencji w języku zbliżonym do lingwistyki strukturalnej, a dzięki niemu moglibyśmy uzyskać odpowiedź na pytanie o językową budowę reguły kompetencyjnej, o stosowność posługiwania się na przykład twierdzeniami teorii prawa na temat typowego kształtu językowego norm w odniesieniu do reguły kompetencyjnej. Drugi natomiast sposób podejścia mógłby być oparty na warsztacie badawczym socjolingwistyki, a skupiałby z kolei uwagę na odrębnościach ujawniających się w poszczególnych gałęziach prawa — a rejestrowanych przez poszczególne dyscypliny prawnicze — związanych z aktami wykonywania kompetencji. Znane za sprawą lingwistów rozróżnienie na *competence* i *performance* mogłoby stanowić umowną granicę pomiędzy polem i warsztatem badawczym właściwym dyskusji o tym, co należy do ogólnej teorii kompetencji (co integruje prawoznawstwo), a co określić się da jako szczególna teoria kompetencji (a co z kolei eksponuje sobą odrębności gałęziowe i dyscyplinowe). W ramach pierwszej poszukiwać można uniwersalnej struktury wypowiedzi wyrażającej kompetencje — w ramach drugiej czasoprzestrzennego kontekstu wykonywania kompetencji; pierwsza interesować się będzie kompetencją jako zdolnością do działania — dla drugiej kompetencja będzie samym działaniem; pierwsza będzie pytać o pojmowanie doniosłości aktu wykonania kompetencji — druga o skonkretyzowaną treść aktu wykonania kompetencji itp. Opozycje te wydają się dystynkcjami kardynalnymi, gdy chodzi o pola zainteresowań problematyką kompetencji ze strony teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych.

IV. Pojęcie kompetencji może być uznane za pojęcie uniwersalne, zdolne do spełniania roli narzędzia badawczego przydatnego we wszystkich dyscyplinach prawoznawstwa. Rudymentarną przesłanką takiego programu integracyjnego jest jednak uznanie kategorialnej (choć nie funkcjonalnej) odrębności między zachowaniami (wytworami) prostymi, wyłącznie psychofizycznymi, a zachowaniami (wytworami) konwencjonalnymi. Pierwsze należą do świata przyrody, w tym także są udziałem człowieka jako jego części, drugie należą do świata kultury i mają konieczny i wyłączny związek z aktywnością ludzką[13].

13 E. Cassirer, *Esej o człowieku. Wstęp do filozofii kultury*, przeł. A. Staniszewska, Warszawa 1998; dla zarysowanej tu opozycji na gruncie literatury prawniczej przełomową rolę spełnił artykuł L. Nowaka, S. Wronkowskiej, M. Zielińskiego i Z. Ziembińskiego zatytułowany *Czynności konwencjonalne w prawie*, „Studia Prawnicze" 1972, nr 33.

Pierwsze bezpośrednio lub pośrednio (instrumentalnie) zorientowane są na skutek konsumpcyjny, na korzyści służące zaspokajaniu egzystencjalnych potrzeb człowieka; sterowane przez świadomość ludzką, polegają na uruchamianiu empirycznych związków przyczynowo-skutkowych. Drugie z kolei mają sens symboliczny i służą przenoszeniu oraz komunikowaniu informacji pomiędzy ludźmi, także specyficznej, performatywnej informacji prawnej o nabywanych (stanowionych, uznawanych) prawach i obowiązkach. Zachowania w obrębie tej drugiej grupy wymagają dla swojej skuteczności (ważności, doniosłości) stosownych reguł, a więc akceptacji wspólnych znaków, kodów i konwencji.

Jeżeli nie zgodzimy się co do zarysowanej kategorialnej odmienności pomiędzy oboma tymi rodzajami zachowań, to nie ma szans na to, aby integracja, o której mowa wyżej (a właściwie wewnątrzdyscyplinowa komunikacja prawnicza w tym obszarze badawczym), była możliwa. Aby móc eksponować różnice pomiędzy poszczególnymi dyscyplinami w spojrzeniu na pewien typ problematyki, trzeba najpierw znaleźć coś na kształt wspólnej zasady, swoistego pojęciowego *genus* właściwego pewnej grupie problemowej. Czymś takim jest, gdy chodzi o problematykę kompetencji prawnej właśnie pojęcie czynności konwencjonalnej. Oczywiście nie ma powodów, abyśmy upierali się, że terminem „czynność konwencjonalna" nazywać musimy czynności, o których tu mowa. Poza prawoznawstwem zachowania te mają bardzo różne nazewnictwo (zachowania znakowe, symboliczne, kulturowe, językowe, zorientowane na interpretację itp.), choć zasadniczo — gdy chodzi o ich wspólny *genus* — nie ma tu istotniejszych różnic. Termin „czynność konwencjonalna" jest równie dobry jak i pozostałe, i z tego tylko powodu nie ma potrzeby, aby dla potrzeb prawoznawstwa szukać innego. Podobnie, nie ma rozumnych powodów, aby na gruncie nauk prawnych obiektem szczególnego kultu otaczać termin „kompetencja". Zapewne da się on zastąpić choćby takimi terminami, jak „zdolność", „możność prawna" czy „wariant uprawnienia". Powstaje tylko pytanie: po co? — skoro termin „kompetencja" jest silnie utrwalony w prawoznawstwie, a dodatkowo jeszcze ma zbliżoną denotację także w innych, pozaprawnych dyscyplinach nauki (językoznawstwo).

Jeśli zatem zgodzimy się, że tym, co wyróżnia wszelkie sytuacje prawne posiadania i wykonywania kompetencji od innych sytuacji badanych przez nauki prawne, jest to, iż zachowania będące realizacją kompetencji mają — w sensie pojęciowym muszą mieć — charakter czynności konwencjonalnych, to taka minimalna zgoda otwiera dopiero pole do rzeczowej dyskusji nad kwestią, jaka część twierdzeń z zakresu teoretycznoprawnych lub lingwistycznych ujęć kompetencji ma na

gruncie nauk prawnych charakter uniwersalny i może być uznana za adekwatne narzędzie charakterystyki tak wyróżnionego pola badawczego — niezależnie od tego, czy chodzić będzie o prawo publiczne, czy prywatne — a jaka część tych twierdzeń ma charakter peryferyjny i wymaga uwzględnienia odmienności wynikających ze zróżnicowania prawa na publiczne i prywatne.

Co przemawia za tym, że każdy podmiot podejmujący doniosłe w skutkach prawnych decyzje wyrażane za pomocą aktów (czynności) opartych na stosownych regułach (prawodawca, organ administracji, strona umowy) znajduje się w sytuacji, którą wspólnie można określić sytuacją wykonywania kompetencji? Jeśli założymy, że debatę wokół sensowności wyodrębniania czynności konwencjonalnych oraz kształtujących je tak zwanych reguł konstytutywnych mamy prawo w tych rozważaniach pominąć, to moim zdaniem uwarunkowania, które łączą każdy z tych odmiennych kontekstów wykonywania posiadanych uprawnień (uniwersalne cechy kompetencji prawnej), dadzą się ująć kierunkowo w trzy przesłanki.

Konieczne jest, aby wcześniej, to jest przed podjęciem stosownego aktu przez podmiot kompetencji, istniała w porządku prawnym odpowiednia reguła (reguła, którą nazywam regułą kompetencyjną) określająca: (a) wymiar personalny, pozwalający ustalić, kto ma stosowny tytuł do podjęcia określonej, doniosłej prawnie, czynności konwencjonalnej; (b) wymiar proceduralny, wskazujący, w jaki sposób podjęte działania uznane zostaną za doniosłe, ze względu na oczekiwane skutki prawne oraz (c) znaczeniowy (substancjalno-zakresowy), umożliwiający ustalenie, w jakim obszarze regulacji prawnej działanie podmiotu może być uznane za zdolne do powodowania określonych skutków prawnych. Wszystkie te trzy składniki odzwierciedlają sobą strukturę właściwą regule kompetencyjnej. Można je, jak sądzę, traktować jako atrybuty dające się zidentyfikować we wszystkich sytuacjach wykonywania kompetencji. Będą to zatem stałe (pozakontekstowe) cechy językowe reguły kompetencyjnej, niezależne od tego, czy akt wykonania kompetencji mieć będzie miejsce w obrębie prawa publicznego czy prywatnego. Publiczno- i prywatnoprawny wymiar kompetencji należałoby w tej sytuacji potraktować jako instytucjonalny i społeczny kontekst (typ kontekstu) wykonywania kompetencji prawnej.

W prawie prywatnym element podmiotowy może pochodzić z reguły prawa stanowionego, konstytuującej tytuł określonej osoby do działania ogólnego (na przykład przyznanie osobowości prawnej określonej jednostce organizacyjnej w następstwie postanowienia o jej rejestracji), bądź też oparte może być na regule niestanowionej

(zwyczajowej bądź wyprowadzanej z prawa naturalnego, na przykład godności osoby ludzkiej), jak choćby uznanie przez kodeksy cywilne podmiotowości prawnej osób fizycznych. Element podmiotowy może mieć także cechę tytułu szczególnego, to jest do takich działań, których skutki dotyczyć będą z góry określonego obszaru, co wiąże element personalny kompetencji z wymienionym substancjalnie (c) elementem zakresowym. W takim przypadku jego podstawą będzie zawsze reguła o charakterze stanowionym. Przykładem na to będzie cywilnoprawna instytucja upoważnienia (na przykład pełnomocnictwo uchylające zakaz podejmowania czynności dotyczących innych osób bez ich zgody), a także pozwolenie i koncesja w prawie gospodarczym (powodujące zniesienie ogólnego zakazu działania w sferze objętej szczególnym interesem lub monopolem państwa). W prawie publicznym — wyjąwszy kompetencje parlamentu do tworzenia prawa — element podmiotowy będzie zawsze rodzajem tytułu szczególnego (zakresowo ograniczonego), opartym na regule stanowionej. Bierze się to z ogólnej zasady zakazu domniemywania kompetencji w prawie publicznym.

Odmienne źródło pochodzenia reguł kompetencyjnych (akty stanowienia *versus* akty uznania) czy różne szerokości zakresów, w których działanie podmiotu uznane zostanie za prawnie skuteczne wykonanie reguły (kompetencje ogólne — kompetencje szczególne), ocenić należy jako konsekutywne cechy pojęcia kompetencji, gdyż w żaden sposób nie zmieniają one zasadniczego faktu, iż samo pytanie o podmiotowy tytuł prawny do działania doniosłego prawnie jest istotne zarówno w prawie publicznym, jak i prywatnym — w przeciwieństwie do sytuacji wykonywania zachowań prostych (psychofizycznych), gdzie tytuł taki jest zbędny. Zawsze bowiem, w każdej gałęzi prawa, jednakowo aktualne jest pytanie, czy dany akt — skoro powodować ma doniosłe w sferze podmiotu kompetencji lub innych osób skutki prawne w postaci powstania lub zaktualizowania obowiązków — jest aktem (czynnością konwencjonalną) pochodzącym od właściwej osoby.

Proceduralny wymiar kompetencji wydaje się, przynajmniej z teoretycznoprawnego punktu widzenia, najbardziej czytelny. Najsilniej zresztą eksponowany bywa jako warunek uznania czynności konwencjonalnej za ważną lub skuteczną (udaną)[14]. W rozważaniach z zakresu lingwistyki (kompetencji językowej) to on właśnie staje się punktem ciężkości prowadzonych analiz, a sprowadzany jest do reguł

14 J.L. Austin wielokrotnie podkreśla konieczność istnienia „uznanej procedury konwencjonalnej" jako warunku dokonania aktu językowego w sposób udany — por. J.L. Austin, *Jak działać słowami*, przeł. B. Stanosz, Warszawa 1993, s. 573 i n.

rządzących gramatyczną (syntaktyczną) poprawnością dokonywanych wypowiedzi. O ile element podmiotowy kompetencji w lingwistyce przesuwany bywa niejako na drugi plan (kumuluje go w sobie pojęcie native speakera konstruowane ze względu na wiedzę podmiotu dotyczącą syntaktycznych reguł języka), to czynnik proceduralny urasta we wszystkich właściwie pozaprawnych ujęciach kompetencji do roli pierwszoplanowej. W naukach prawnych pod tym względem sytuacja jest odwrotna. Kompetencja pojmowana jest w pierwszej kolejności w sposób atrybutywny (pytaniem zasadniczym dla prawnika jest pytanie, „kto ma kompetencję?")[15], natomiast kwestia sposobu poprawnego wykonywania czynności realizujących posiadane kompetencje w naukach szczegółowych uznawana jest za problem odrębny — prawnik jest tu odsyłany do względnie autonomicznej subgałęzi prawa, jaką jest prawo procesowe czy prawo dotyczące form dokonywania czynności prawnych. Współczesna tendencja do separowania się prawa procesowego może być źródłem pewnych uprzedzeń wobec koncepcji teoretycznych skłonnych niwelować taką instytucjonalną odrębność.

Podobne podejście towarzyszyć powinno rozważaniom nad trzecim elementem składowym pojęcia kompetencji, określonym jako element zakresowy lub substancjalny. Również i tutaj w języku prawnym, a także w języku dogmatyki prawa publicznego i prywatnego wykształciły się pewne pojęcia, które dla potrzeb teoriopoznawczych dają się zredukować przy zastosowaniu teoretycznej konstrukcji kompetencji. Taką redukowalną kategorią będzie na przykład dogmatycznoprawne pojęcie właściwości rzeczowej lub zakresowej[16], a także charakterystyczne głównie dla prawa publicznego pojęcie zadania i funkcji organu. Jeśli bowiem przyjąć, że element zakresowy kompetencji obejmuje sobą dopuszczalną treść oświadczeń woli czy dopuszczalną treść aktu ustanowienia normy prawnej, to znaczeniowa zawartość tego składnika kompetencji stwarzać będzie podstawę do ustalenia „czy określonym przepisami podmiotom [...] przysługuje kompetencja do ustanowienia takiej właśnie normy, co do takiego kręgu spraw, co do obowiązku takich właśnie adresatów, w odniesieniu do takiego obszaru, zakresu, itp."[17]. To, czego dotyczy — a pośrednio, do kogo może być skierowany — akt zawierający taką a nie inną treść prawną, wiąże się z limitowaniem jego granic przedmiotowych (doniosłością prawną w określonym obszarze

15 Por. W. Lang, *Zarys analitycznej teorii uprawnienia*, „Studia Prawnicze" 1985, nr 3–4.

16 Zob. S. Rozmaryn, *Spory kompetencyjne w świetle Konstytucji (w sprawie realizacji art. 20 k.p.a.)*, „Państwo i Prawo" 1961, z. 3, s. 397 i n.; K. Defecińska, *Spory o właściwość organu administracji publicznej*, Warszawa 2000, s. 7 i n.

17 Z. Ziembiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 169.

regulacji prawnej), bądź też ujmując rzecz z pragmalingwistycznego punktu widzenia — z pytaniem o dopuszczalny „temat", w obrębie którego uznamy określony akt konwencjonalny za prawnie doniosły.

V. Lingwistyczna kategoria „tematu" aktu mowy może stanowić jeden z istotniejszych punktów oparcia dla poszukiwanych różnic pomiędzy dyscyplinowymi wariantami wykonywania kompetencji. Jest ona wyrazem wyjścia poza lingwistykę strukturalną, a także nie da się pomieścić w obrębie teorii kompetencji językowej — przynajmniej w wersji łączonej z poglądami N. Chomsky'ego. Pojęcie tematu wypowiedzi wprowadza badacza w obszar tak zwanej kompetencji komunikacyjnej. Jest to pojęcie bliskie socjolingwistyce, a odzwierciedla sobą zmienne (sytuacyjne) cechy aktu mowy (przedmiotu, którego akt mowy dotyczy). To, co uniwersalne i powszechne — a co wyrażać ma struktura wypowiedzi — ulega tu przekształceniu w poszczególne egzemplarze takiej wypowiedzi. Bowiem tylko te ostatnie posiadać mogą określoną treść.

W lingwistyce temat aktu mowy rozumiany jest jako to, „o czym mówimy", a co ze strony nadawcy aktu językowego jest intencjonalnie ujęte jako pozajęzykowy przedmiot (dziedzina języka), którego określony akt *parole* dotyczy[18]. Podobnie jak o każdym dokonanym akcie mowy można powiedzieć, że jest czynnością, która jest wypowiedzią na określony „temat", tak też każdą prawną czynność konwencjonalną podmiotu kompetencji da się zakwalifikować jako akt, którego doniosłość będzie rozpoznawana ze względu na powodowane przez ten akt skutki w określonej dziedzinie stosunków prawnych. Podobnie o właściwości rzeczowej czy o zadaniach organu powiedzieć można, że są pojęciami z obszaru pragmatyk językowych określonego typu, praktyk (dyscyplin) prawniczych kształtujących się ze względu na określone tematy (dziedziny) regulacji prawnej.

W prawie publicznym „temat" aktu konwencjonalnego — odpowiednio, dziedzina prawnych czynności konwencjonalnej określonego typu — powinna być wyraźnie wyznaczona normą prawa stanowionego, co wiąże się z zakazem domniemywania kompetencji organów administracji publicznej. „Pole tematyczne" jest tu zawsze *ex lege* narzucone organowi administracji, a wskutek tego może się on prawnie skutecznie „wypowiadać" tylko w tych kwestiach, na które uzyska stosowne przyzwolenie. Taka interpretacja kompetencji w prawie publicznym

18 Zob. A. Piotrowski, M. Ziółkowski, *Zróżnicowanie językowe a struktura społeczna*, Warszawa 1976, s. 135; T. Gizbert-Studnicki, *Język prawny z perspektywy socjolingwistycznej*, Kraków 1986, s. 72 i n.

ma w polskim porządku prawnym postać konstytucyjnej zasady (art. 7 Konstytucji RP). Nieprzypadkowo to właśnie w językach tekstów prawa publicznego oraz dogmatyce prawa publicznego pojęcie właściwości rzeczowej lub inne pojęcia znaczeniowo podobne występują powszechnie. Pytanie o przedmiotowe granice kompetencji jest istotne nie tylko ze względu na kwestię koniecznej legitymacji do działania organu wobec jednostki czy organu zwierzchniego wobec organu podległego (relacja pionowa), ale także z punktu widzenia rozstrzygnięć możliwych sporów kompetencyjnych pomiędzy organami prawa publicznego w ramach określonej struktury tych organów (relacja pozioma)[19].

Tezą o stanowionym pochodzeniu kompetencji publicznoprawnej oraz o jej limitowanym przedmiotowo charakterze można, jak się wydaje, objąć także ustrojowe prawo gospodarki prywatnej (mam tu na uwadze głównie prawo spółek handlowych), gdzie w związku z określaniem przedmiotu działania poszczególnych statutowych organów spółek pojawia się również wyraźna tendencja do posługiwania się pojęciem kompetencji. Pojęcie to jest tu rezerwowane dla osób prawnych lub podobnych do osób prawnych struktur organizacyjnych, a dokładnie, dla organów działających w ich imieniu. Praktyka ta jest widoczna, zarówno gdy chodzi o doktrynę prawniczą[20], jak i język tekstów aktów prawnych[21]. Zdecydowanie rzadziej pojęciem kompetencji obejmowane bywają sytuacje dokonywania doniosłych prawnie aktów konwencjonalnych przez osoby fizyczne. Jednak i takie fakty mają miejsce[22].

Analizując typowe przypadki posługiwania się w nauce prawa pojęciem kompetencji (a zasadniczy wpływ ma tu doktryna prawa publicznego), można zauważyć, iż kompetencję traktuje się jako tytuł do działania prawnego nabyty przez podmiot działania, a nadany przez

---

19 Na temat obu tych relacji zob. M. Matczak, *Pojęcie kompetencji organu administracji publicznej. Analiza teoretyczno-prawna*, Wrocław 2002 (niepubl. mpis pracy doktorskiej).

20 Zob. na przykład J.A. Tichomirow, *Teorija kompetencii*, Moskwa 2001. Autor ten zasadniczo pojęcie kompetencji odnosi do organów prawa publicznego, czyniąc od tego istotny wyłom właśnie w przypadku spółek prawa handlowego. „Pomimo tego, że kompetencja jest podstawowym pojęciem prawa publicznego, to jednak jej prawidłowe zrozumienie wymaga potraktowania kompetencji jako ogólnej kategorii prawnej [...]" (*ibidem*, s. 61). Organy spółek uznawane są tu za podmioty kompetencji, jednak już nie ich udziałowcy, którzy dysponują jedynie uprawnieniami: „osoba prawna nabywa prawa i przejmuje obowiązki jednostki poprzez swoje organy, które dzięki temu mogą funkcjonować" (*ibidem*, s. 208).

21 Zob. na przykład art. 141, 146 § 1 pkt 4, art. 231 § 2 pkt 2, art. 383 § 1 Kodeksu spółek handlowych. W innych jednak miejscach te same organy (walne zgromadzenia, rada nadzorcza) w języku tej ustawy nie posiadają kompetencji, lecz na przykład uprawnienia (art. 220, 384 § 1). Wydaje się, że do tego rodzaju dystynkcji pojęciowych ustawodawca nie przywiązuje większej wagi.

22 Przykładem może być posługiwanie się terminem „kompetencja" w odniesieniu do likwidatorów, którymi mogą być tylko osoby fizyczne (art. 18 § 1 k.s.h.) — zob. na przykład art. 78 § 1, art. 283, 469 k.s.h.

prawodawcę. Nabycie takie nie ma prowadzić do uzyskania jakichkolwiek praw podmiotowych przez osobę wyposażoną w kompetencję, lecz jest wyłącznie rodzajem legitymacji do dokonywania określonych czynności prawnych — i to czynności zwykle niezwiązanych z interesem (korzyścią) podmiotu kompetencji. Akt wykonania kompetencji traktowany jest zwykle jako czynność dokonywana w cudzym imieniu: na rzecz i w interesie prawnym mocodawcy oraz w granicach danego określonemu podmiotowi umocowania[23]. Dlatego tak ważny jest element zakresowy kompetencji, gdyż kompetencja nie ma wynikać z „natury rzeczy" (praw podmiotowych, interesu grupy lub jednostki, godności ludzkiej, przyrodzonej wolności działania itp.), lecz z aktu, który ma charakter przyzwolenia ze strony władzy publicznej lub jednostki prywatnej na działania, które bez takiego przyzwolenia uznane by zostały za bezprawne (godzące w prawa podmiotowe, interesy grupy lub jednostki itp.). Tak jak podmiot kompetencji — w referowanym tu ujęciu — nie może dokonywać czynności konwencjonalnych we własnym imieniu i na swoją rzecz, tak też jego akty nie mogą być wypowiedziami na „każdy temat". Temat podmiotowi kompetencji jest tu w pewien sposób „zadany" przez akt upoważniający. Wskutek tego w prawie publicznym (a także gdy chodzi o sytuacje organów osób prawnych) kompetencja uważana jest za legitymację konieczną do podjęcia samego działania, a także limitującą granicę takich działań. Kompetencja rysowałaby się tu jako kategoria pojęciowo niezależna od prawa podmiotowego.

Pod tym względem sytuacja, z którą mamy do czynienia w stosunkach cywilnoprawnych — w relacjach, których uczestnicy realizują własne, podmiotowe prawa, cele i interesy — wydaje się istotnie odmienna. Pojęcie kompetencji byłoby tu użyte w znaczeniu daleko bliższym lingwistycznemu rozumieniu kompetencji aniżeli tradycyjnie pojmowanej kompetencji prawnej. Podobnie jak w lingwistycznym ujęciu kompetencji, cywilistyka w kontekście problematyki oświadczeń woli może dużo mniejszą aniżeli w prawie publicznym wagę przywiązywać do pytania o podmiot kompetencji (*personal competence*) i zakres kompetencji (*substantial competence*). Na gruncie lingwistycznej teorii kompetencji podmiot kompetencji sprowadzany jest do pewnej konstrukcji teoriopoznawczej (*native speaker*), jako że „człowiek empiryczny" ma

23 J.A. Tichomirow, posługuje się pojęciem nosiciela kompetencji. Są nimi nie tylko podmioty prawa usytuowane w systemie władzy państwowej, ale także „wszystkie te »struktury«, których zadaniem jest świadczenie usług o charakterze publicznym [...]". Skoro zatem „spółki tworzone są po to, aby realizować wolę prywatnych udziałowców dla wypełniania ich wspólnych interesów, to podmioty prawa publicznego »nabywają« kompetencje nie wedle swojej woli i nie dla swoich prywatnych interesów, lecz z woli i dla realizacji interesów swoich udziałowców" — J.A. Tichomirow, *Teorija kompetencii*, s. 64.

mieć naturalną (a nawet genetyczną) zdolność uczenia się i używania reguł języka. Twierdzenia na temat podmiotu kompetencji mają tu postać założeń, które być może warto jeszcze wyjaśniać, ale już nie warto dowodzić. Podobnie element zakresowy w lingwistyce traktowany jest jako drugorzędny, albowiem — zgodnie z zasadą rekursywności reguł języka — znajomość reguł gramatyki umożliwia wypowiadanie nieskończonych egzemplarzy wypowiedzi, a zatem poprawnego syntaktycznie wytwarzania wypowiedzi „na każdy temat". Nie ma tu konstytutywnych aktów upoważniających podmiotowo i zakresowo do dokonywania konwencjonalnych czynności mowy, jak to miało miejsce w prawie publicznym[24]. Kompetencja językowa zasadniczo skupia uwagę na czynniku, który za teorią prawa nazwany został jako *procedural competence.* Sytuacja cywilnoprawnych czynności konwencjonalnych jest tu podobna.

Osoby fizyczne — bo o nich tylko sensownie mówić można w kontekście analizy sytuacji składania oświadczeń woli[25] — nabywają zdolność do dokonywania konwencjonalnych aktów doniosłych prawnie z mocy prawa, co należy traktować jako potwierdzenie przez prawo naturalnej konsekwencji ich psychospołecznego rozwoju (art. 11, 12 i 15 k.c.). W przeciwieństwie do osób prawnych, żaden konwencjonalny akt prawny władzy publicznej niczego tu nie konstytuuje. Można w tej sytuacji przyjąć, iż osoba spełniająca cywilnoprawny warunek zdolności do dokonywania doniosłych prawnie aktów konwencjonalnych zasadniczo może się „wypowiadać" bez ograniczania się do jakiegokolwiek „pola tematycznego". Również zbędna jest tu legitymizacja warunkująca *ex ante* stosowny tytuł do dokonywanych aktów konwencjonalnych. Nie oznacza to jednak, że nie ma tu żadnych granic przedmiotowych. Granice takie istnieją, ale — w przeciwieństwie do prawa publicznego — wyznaczane są wyłącznie w sposób negatywny („Czynność prawna wywołuje [...] skutki w niej wyrażone", ale pod warunkiem że „nie jest sprzeczna z ustawą", nie ma na celu „obejścia ustawy", nie jest sprzeczna „z zasadami współżycia społecznego" — art. 56 w związku z art. 58 k.c.). Niewiele różni to cywilnoprawne oświadczenia woli od lingwistycznych aktów mowy. Jedne i drugie mogą być nieważne (nieudane) nie tylko z powodu naruszenia procedury (reguł określających formę ich dokonywania), ale także z powodu ich niskich pobudek etycznych („nieszczerość" aktu mowy u J.L. Austina i „obejście ustawy" czy

24 Lingwistycznym odejściem od tej zasady będzie jednak sytuacja „mowy oficjalnej" (udzielania głosu, zgłaszania tematu wypowiedzi itp.) — zob. T. Gizbert-Studnicki, *Język prawny z perspektywy socjolingwistycznej*, s. 72.

25 Zob. A. Wolter, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1972.

sprzeniewierzenie się „zasadom współżycia"). Z kolei wymóg, iż czynność „nie jest sprzeczna z ustawą", zbliża nas już do publicznoprawnej kompetencji przez to, że zawiera powinność zgodności z prawem, gdy chodzi o ocenę dopuszczalnych skutków dokonanej czynności.

Zarysowana tu odmienność sytuacji towarzyszącej wykonywaniu kompetencji przez podmioty prawa cywilnego i organy administracji publicznej (organy osób prawnych) jest różnicą względną. Nieograniczona przedmiotowo zdolność podmiotu prawa prywatnego do samodzielnego działania (zdolność do czynności prawnych) ma bowiem charakter zdolności wyłącznie potencjalnej. Po to, aby jednostka mogła uczynić rzeczywisty użytek z tego tytułu (a więc wykonać kompetencję poprzez dokonanie stosownej czynności konwencjonalnej) musi dysponować odpowiednim prawem podmiotowym (uprawnieniem materialnoprawnym lub procesowym, na przykład prawem własności, roszczeniem zobowiązaniowym itp.)[26]. Kompetencja pojmowana jako zdolność osoby do dokonania czynności konwencjonalnych powodujących w określonej sferze (prawa własności, prawa zobowiązań) skutki prawne zakresowo (treściowo) nakładać się tu będzie na owe prawa podmiotowe. Treść określonego prawa podmiotowego dostarcza tu „tematu" dla aktu konwencjonalnego, będącego wykonaniem kompetencji. Jeżeli zatem kompetencja jest formalnym tytułem do działania, to uprawnienie (a niekiedy także obowiązek) konkretyzuje, nadaje odpowiednią zawartość treściową aktowi wykonania kompetencji. Kompetencja w prawie prywatnym nie służy zatem charakterystyce sytuacji uprawnienia, lecz wiąże się z jego wykonywaniem. Ktoś musi dysponować uprawnieniem czy — szerzej — prawem podmiotowym, aby ta osoba lub inna przez nią upoważniona mogła wykonywać posiadane kompetencje. Sama kompetencja bez uprawnienia lub obowiązku — narzucającego kierunek jej wykonania — jest sama w sobie pusta; jest bowiem tylko formalnym tytułem do działania. To mniej więcej tak jak z umiejętnością mówienia, którą można w sposób nawet doskonały posiąść, ale umiejętność ta będzie bezwartościowa, jeżeli nasz mówca nie poczuje woli (obowiązku) wypowiedzenia się na określony temat.

Dylemat, czy na gruncie prawa prywatnego mamy do czynienia z kompetencją, czy uprawnieniem jest moim zdaniem dylematem

26 A gdy wykonuje kompetencje w cudzym imieniu, jak to na przykład ma miejsce w przypadku pełnomocnika, to legitymować się musi upoważnieniem wydanym przez uprawnionego z określonego prawa podmiotowego na dokonywanie czynności prawnych w sferze objętej cudzym prawem podmiotowym. Sytuacje upoważnienia należałoby zatem interpretować jako przeniesienie kompetencji z podmiotu upoważniającego na upoważniany, jednak bez pozbawiania tego pierwszego przysługującego mu prawa podmiotowego.

błędnie sformułowanym. Kompetencja w prawie prywatnym jest pojęciem, dzięki któremu objaśniać można pojęcie zdolności do czynności prawnych (także czynności procesowych), nie zaś poszczególne rodzaje i przypadki uprawnień czy prawo podmiotowe jako pewien ich kompleks. Kompetencja jako formalny tytuł do działania (zdolność do performatywnego „wypowiadania się" ze skutkiem prawnym) w powiązaniu z tym, czego ten tytuł dotyczy (jakie prawo podmiotowe jest realizowane przez czynność konwencjonalną) daje dopiero pełny obraz stosunku cywilnoprawnego. Kompetencja jest kategorią prawa ustrojowego (publicznego i prywatnego), jednak dopiero w powiązaniu z odpowiednimi normami prawa materialnego można prawidłowo odczytać jej funkcję praktyczną i poznawczą.

Cywilnoprawna zasada wolności działania jednostki i publicznoprawny wymóg legitymowania się tytułem prawnym do działania oraz jego obowiązkowy charakter stanowią socjologicznie odmienne typy sytuacji. Jednak w obrębie każdego z nich istnieją elementy wspólne. Pytania o to, czy określony podmiot ma przyznaną prawem lub uznaną przez prawo zdolność do działania, czy zdolność tę realizuje w odpowiedni sposób oraz czy wykonuje ją w dziedzinie prawnej, którą swoimi czynnościami może kształtować — otóż pytania te wydają się jednako ważne w całym porządku prawnym. W tym sensie o pojęciu kompetencji można powiedzieć, że ma charakter uniwersalny. Tym, co łączy sytuacje wykonywania kompetencji w prawie publicznym i prywatnym, jest jednolita w swoim kształcie reguła kompetencyjna (budowana z trzech, wcześniej omawianych, elementów), której wykonaniem jest doniosła prawnie czynność o charakterze konwencjonalnym.

VI. Elementy składające się na socjolingwistyczną sytuację użycia języka ująć można w dwie podstawowe grupy[27]. A mianowicie jako pozajęzykowe zmienne niezależne, czyli czynniki, które zasadniczo nie mają wpływu na samą treść i kształt formułowanej wypowiedzi językowej, a są determinantami warunkującymi wypowiedź z zewnątrz. Do tej grupy należą: *A. Uczestnicy* sytuacji komunikacyjnej, a więc: *1. Nadawca* i *2. Odbiorca* oraz *C. Kontekst społeczny*, który towarzyszy aktom *parole*. Obok tego wyróżnia się zmienne zależne, czyli cechy samego przekazu językowego będące rezultatem wyboru odpowiedniej formy lub treści

27 Ujęcie to inspirowane jest pomysłami R. Jakobsona i D. Hymesa. Jego prezentowaną tu postać znajdujemy w pracach: A. Piotrowski, M. Ziółkowski, *Zróżnicowanie językowe a struktura społeczna*; Z. Bokszański, A. Piotrowski, M. Ziółkowski, *Socjologia języka*, Warszawa 1977. Próbę prawniczego zastosowania przywołanej koncepcji lingwistycznej zawiera praca: T. Gizbert-Studnicki, *Język prawny z perspektywy socjolingwistycznej*, s. 43 i n.

językowej przez nadawcę. Takie właściwości posiadają czynniki charakteryzujące *Przekaz językowy* (*B.*), na który z kolei składają się odpowiednio dobrane przez nadawcę: *1. Forma przekazu*, *2. Kanał* komunikacyjny, *3. Kod* językowy, wreszcie, przywoływany już wcześniej, *4. Temat* denotujący to, o czym mówimy[28]. Czynniki grup *A* i *C* wskazują na zewnętrzne uwarunkowania aktów mowy, dzięki czemu pozwalają ukazać zobiektywizowane powody różnicowania się wypowiedzi, a także, pośrednio, tłumaczą przekonania obserwatorów o ich specyfice. Tymczasem czynniki przywołane *sub B*, czyli językowe zmienne zależne, określane są w ten sposób dlatego, że mają walor dyspozytywny, gdyż mniej lub bardziej dowolnie dobierane są przez nadawcę wypowiedzi jako kontekstowo adekwatne środki językowe służące wyrażaniu komunikatu, który chce przekazać nadawca[29].

Odnosząc przywołane wyżej dystynkcje pojęciowe do typów sytuacji językowych[30] — za które chcę uznawać publicznoprawne i prywatnoprawne warianty wykonywania kompetencji — można dojść do wniosku, iż tym, co przede wszystkim różni czynności konwencjonalne z zakresu prawa publicznego i prywatnego, to odmienne charakterystyki przedstawione wyżej jako zmienne niezależne (elementy *A* i *C*). Oba te czynniki są zresztą ze sobą funkcjonalnie ściśle powiązane, jako że „kontekstu społecznego nie da się oddzielić od uczestników aktu językowego"[31]. Niewątpliwie społeczny i instytucjonalny (także prawny) status „organów administracji publicznej" z jednej strony i „podmiotów prawa prywatnego" z drugiej jest radykalnie inny. Towarzyszą temu odmienne dla prawa publicznego i prywatnego konteksty, w obrębie których następuje komunikacja między nadawcą (podmiotem kompetencji) i odbiorcą (osobą, do której skierowana jest prawna czynność konwencjonalna). Wyliczmy kilka, ogólnie zresztą dobrze znanych prawoznawstwu, czynników całkowicie odmiennie warunkujących z zewnątrz sytuacje wykonywania kompetencji przez podmioty prawa publicznego i prywatnego: zadaniowy charakter funkcji publicznej — dowolność podejmowania czynności przez podmioty prywatne; hierarchiczna zależność lub, co najmniej, nierówność stron w stosunku kompetencji publicznej — równość uczestników stosunku

28 A. Piotrowski, M. Ziółkowski, *Zróżnicowanie językowe a struktura społeczna*, s. 135.

29 *Ibidem*.

30 Zasadniczo socjolingwistyka zajmuje się sytuacyjnie skonkretyzowanymi aktami użycia języka (wypowiedzi-okazy), a kategoria typu sytuacji do takich już nie należy. Jednak „większość, a może nawet ogół wypowiedzi-okazów można rozpoznać jako okazy określonego typu niezależne od rzeczywistych sytuacji, w jakich występują. Ich rozpoznawanie odbywa się na podstawie strukturalnej, a nie funkcjonalnej [...]. Kontekst jest konstruktem teoretycznym" (J. Lyons, *Semantyka*, t. 1, przeł. A. Weinsberg, Warszawa 1984, s. 187).

31 Z. Bokszański, A. Piotrowski, M. Ziółkowski, *Socjologia języka*, s. 80.

zobowiązaniowego; traktowanie aktu wykonywania kompetencji jako obowiązku działania w cudzym (społecznym) interesie — prywatnoprawne traktowanie uprawnienia jako własnego prawa podmiotowego; monologowy — dialogowy charakter wzajemnej komunikacji itp. Wyliczone tu jako wzajemne opozycje cechy kumulują w sobie najczęściej artykułowane przez doktrynę prawniczą różnice pomiędzy sytuacją wykonywania praw (kompetencji) publicznych i prywatnych. Pamiętać jednak należy o tym, że z faktu, że kto inny, w całkowicie innym kontekście, wykonywać będzie posiadane uprawnienia — kompetencje (dokładniej: inny typ osób, w innym typie sytuacji), nie wynika jednak, aby kierując się zaleceniami metody eksplikacji, można było na innym już poziomie analizy nie dostrzegać związków, które łączą każdy z tych typów.

Spośród cech należących do grupy językowych zmiennych zależnych (charakteryzujących sam przekaz językowy) szczególnie bliski czynnikom zewnętrznym typu *A* i *C* jest, przywoływany już wcześniej, temat aktu *parole*. Pojęcie tematu i odpowiadająca mu funkcja referencyjna stoją niejako na pograniczu rzeczywistości pozajęzykowej i przekazu językowego[32]. Ta cecha — jak próbowałem już argumentować wcześniej — również stwarza dobrą okazję do artykułowania odrębności pomiędzy sytuacjami wykonywania kompetencji w prawie publicznym i prywatnym. Otwiera drogę do wyodrębniania się względnie autonomicznych prawniczych pragmatyk językowych — a za taką można, jak sądzę, uznać praktykę administratywistyczną z jednej strony i cywilistyczną z drugiej. Ich wzajemnie w dużym stopniu niezależna tradycja uprawiania „własnych dogmatyk", brak wspólnej płaszczyzny wymiany poglądów, prowadzi w konsekwencji do tego, że nierzadko o tych samych lub bardzo podobnych problemach przedstawiciele tych środowisk wypowiadają się za pomocą odmiennie skonstruowanego porządku słów i łączonych z nimi znaczeń. Obecność takich autonomicznych, zawodowych pragmatyk językowych w obrębie poszczególnych dyscyplin nauk prawnych pełni rolę nie tylko przesłanki oceny prawniczego profesjonalizmu, a niekiedy nawet uchodzi za dowód na naukowość określonej praktyki badawczej. Być może częściowo przynajmniej tłumaczy to, dlaczego proponowana na gruncie teorii prawa jednolita konstrukcja kompetencji — już przez samą próbę obejścia tych autonomicznych pragmatyk językowych — spotyka się z oporem ze strony przedstawicieli szczegółowych dyscyplin prawoznawstwa.

---

32 *Ibidem*, s. 84. Pomimo takiego dwoistego charakteru tematu autorzy zaliczają go do cech samego przekazu językowego, jednak inni, na przykład J. Lyons, ujmują to już inaczej: tematu nie określa jako cechy „tekstu", lecz „kontekstu" — zob. J. Lyons, *Semantyka*, s. 197.

Przywołane wyżej za socjolingwistyką wybrane tylko kategorie pojęciowe wydają się heurystycznie użytecznymi narzędziami pozwalającymi zrozumieć zastane odmienności w podejściu do problematyki wykonania kompetencji przez różne dyscypliny prawoznawstwa. Aby móc oprzeć dyskurs między środowiskiem teorii prawa i naukami szczegółowymi na racjonalnych podstawach, musimy najpierw uzgodnić płaszczyznę wzajemnych relacji, która organizować będzie wspólną debatę. Innymi słowy, musimy sami sobie zdefiniować sytuacje mówienia chociażby po to, aby znaleźć miejsca, w których różnice rzeczywiście są i takimi muszą pozostać. Dzięki temu z kolei łatwiej będzie ustalić miejsca wspólne, czyli takie, gdzie zastane różnice są pozorne i możliwe jest ich zlikwidowanie propozycją ogólnej koncepcji kompetencji. Jednak do identyfikacji takich miejsc wspólnych metodologia badawcza proponowana przez socjolingwistykę już się nie nadaje, gdyż przyjmuje zbyt szczególny (zbyt wąski) punkt widzenia. Kompetencja w ujęciu socjolingwistycznym jest bowiem tylko aspektem bądź — w innej wersji — rozwinięciem ogólnej kompetencji językowej mówcy-słuchacza[33]. Ujawnianie uniwersalnych cech kompetencji wymaga już przyjęcia podejścia właściwego do badania nie tyle wykonawstwa językowego, ile reguł (kształtu reguł) nim rządzących.

33 Por. A. Piotrowski, *O pojęciu kompetencji komunikatywnej*, [w:] *Zagadnienia socjo- i psycholingwistyki*, red. A. Schaff, Wrocław 1980, s. 97. Autor rozróżnia kompetencje socjolingwistyczną i komunikatywną: „o ile kompetencja socjolingwistyczna [...] jest aspektem ogólnej kompetencji językowej idealnego mówcy-słuchacza, o tyle kompetencja komunikatywna zawiera w sobie jako jeden z wymiarów kompetencję językową w sensie używanym przez Chomsky'ego".

Norma prawna jako wypowiedź doktryny prawniczej*

1. Wobec pojęcia normy polskie prawoznawstwo zawsze miało stosunek ambiwalentny. Z jednej strony nauka prawa — a przede wszystkim ta jej część, która aspirowała do budowania „teorii zjawisk prawnych" opartych na założeniach filozofii analitycznej — usiłowała uczynić z normy prawnej pierwsze, najważniejsze pojęcie prawoznawstwa[1]. Do takiej postawy niewątpliwie przyczynił się klimat naukowy otaczający prawoznawstwo w ostatnich kilkudziesięciu latach, na który składały się: dominujący wtedy wzorzec uprawiania nauki, inspirowany rodzimymi osiągnięciami szkoły lwowsko-warszawskiej, intensywny rozwój badań z obszaru metaetyki czy chęć odseparowania prawoznawstwa kształtowanego przez pozytywizm naukowy od uwikłań aksjologicznych (dodatkowo negatywnie motywowana dominującym w tamtym czasie marksizmem). Proponowane przez polską teorię prawa drugiej połowy XX wieku rozważania o normach dobrze wpisywały się w ogólną atmosferę naukową ukształtowaną przez zjawisko określane w metodologii humanistyki jako zwrot lingwistyczny. Uprawiana na sposób analityczny „teoria norm (dyrektyw)" uchodziła dzięki temu za dowód na udaną zewnętrzną integrację nauk prawnych — głównie z lingwistyką i logiką — a pośrednio, za sprawą takiej integracji, również za dowód na naukowość prawoznawstwa. Ukazywanie związków, poprzez aparaturę pojęciową zapożyczaną z tych właśnie nauk (dodajmy, nauk dość powszechnie uznawanych za lepiej rozwinięte od prawoznawstwa), służyć

---

* Tekst pierwotnie opublikowany w: *Abiit, non obiit. Księga poświęcona pamięci Księdza Profesora Antoniego Kościa SVD*, red. A. Dębiński, P. Stanisz, T. Barankiewicz, J. Potrzeszcz, W.S. Staszewski, A. Szarek-Zwijacz, M. Wójcik, Wydawnictwo KUL, Lublin 2013, s. 67–83.

1 J. Wróblewski, *Norma prawna jako przedmiot prawoznawstwa*, „Państwo i Prawo" 1970, z. 5. Autor ten pisał, iż „podstawowe zagadnienia rozpatrywane w prawoznawstwie dotyczą pośrednio lub bezpośrednio normy prawnej" — *ibidem*, s. 665.

miało teoretycznemu ugruntowaniu prawniczych dyscyplin badawczych, było dowodem na podążanie prawoznawstwa za nowymi tendencjami w naukoznawstwie.

Z drugiej jednak strony, w prawoznawstwie nigdy nie brakowało przeciwników takiego „głębokiego", zintegrowanego z innymi naukami, teoretyzowania wokół pojęcia normy. Dotyczy to przede wszystkim środowisk prawniczych zorientowanych na potrzeby praktyki, a więc w pierwszej kolejności dogmatyki prawa, w niewielkim stopniu zainteresowanej dyskusją nad pojęciem normy, a tym bardziej nad naukowym statusem prawoznawstwa czy potrzebami jego zewnętrznej integracji. Z czasem jednak, a działo się to nie bez wpływu wewnętrznego kryzysu w filozofii analitycznej, zauważalnego już w dwóch ostatnich dekadach XX wieku, nurt krytyczny wobec budowanych wcześniej językowych konstrukcji normy zaczął obejmować również samą teorię prawa. Przyjmowane wcześniej z pokorą, a nawet uznaniem, dyskusje nad językową strukturą normy czy też właściwą wyrażeniom normatywnym koncepcją znaczenia natrafiały na coraz mocniejszy opór niektórych przedstawicieli ogólnej nauki o prawie. Przykładem takiej krytycznej rozprawy, sięgającej do argumentacji natury praktycznej, może być praca J. Nowackiego, *Przepis prawny a norma prawa*[2], z kolei egzemplifikacją tezy, iż głębiej sięgające do zastanego dorobku lingwistyki czy logiki teoretyzowanie o normie i pojęciach pokrewnych traci sens — a być może nigdy go nie miało — mogą być choćby uwagi L. Morawskiego zawarte w rozprawce pod tytułem *Co może dać nauce prawa postmodernizm?*[3]. Trzeba też zauważyć, że w obu tych pracach ostrze krytyki — wprost lub milcząco — skierowane zostało w głównej mierze wobec jednej koncepcji normy, a mianowicie tej, która w polskiej teorii prawa zwykle określana bywa koncepcją normy jako „wypowiedzią jednoznacznie scharakteryzowaną", to jest propozycji opracowanej w poznańskim ośrodku teorii prawa (Z. Ziembiński, M. Zieliński). Uczynienie tej właśnie propozycji teoretycznej przedmiotem krytyki przywołanych wyżej autorów wzięło się zapewne stąd, że wcześniej (a w dużej mierze także obecnie) koncepcja miała (ma) opinię wielce wpływowej dla polskiego prawoznawstwa, no i przede wszystkim dlatego, że znajduje ona dla siebie silne ugruntowanie w dorobku współczesnej lingwistyki (współczesnej dla czasu jej

2 J. Nowacki, *Przepis prawny a norma prawna*, Katowice 1988.

3 L. Morawski, *Co może dać nauce prawa postmodernizm?*, Toruń 2001. Chodzi tu w sumie o dość marginalną, jednak radykalną i symptomatyczną dla pewnego nurtu myślowego uwagę, iż „odróżnianie norm od przepisów, różne teorie budowy normy prawnej [...], to klasyka buchalterii prawniczej, która nie służy niczemu więcej niż do męczenia studentów w trakcie egzaminów" — *ibidem*, s. 13.

powstawania)[4]. Mocne argumenty krytyków spotykają się tu z równie mocnymi, choć odmiennej proweniencji, argumentami obrońców. Pole tego sporu w jakiejś przynajmniej mierze wyrasta, jak się wydaje, z nieporozumienia co do funkcji analitycznej teorii prawa (czy nawet szerzej: filozofii języka), której przywołana koncepcja jest (ma być) częścią. Nierzadko bowiem jest tak, że na pewien typ — ważnych dla prawnika — pytań koncepcja analityczna programowo nie jest w stanie odpowiedzieć, a nawet — zgodnie ze znaną maksymą Wittgensteina — odpowiadać wręcz nie powinna.

Choć zapewne z różnych powodów, tym, co zdaje się łączyć przywołane wyżej krytyczne uwagi wobec normy pojmowanej jako „głęboka struktura" języka prawnego, są idee prostoty i użyteczności twierdzeń nauki. Obie te idee — skumulowane w dyrektywie metodologicznej powszechnie znanej jako tak zwana brzytwa Ockhama — zazwyczaj zresztą idą w parze: najbardziej użyteczne (najczęściej wykorzystywane) są takie narzędzia, które dotyczą badania prostych przypadków (bo tych jest najwięcej). Krytycy zastanych dokonań analitycznej teorii prawa dotyczących językowej budowy normy rozsądnie zauważają, że na potrzeby prostych przypadków wyrażania obowiązków w tekstach prawnych rozbudowane twierdzenia dotyczące kształtu językowego normy prawnej, w tym także spory wokół relacji norma–przepis prawny, okazują się nieistotne. Na te potrzeby za wystarczające uznają bowiem pojęcie przepisu prawnego[5]. Wtedy natomiast, gdy występują bardziej złożone sposoby wysławiania obowiązków prawnych w przepisach, to zwykle unika się egzemplifikacji i pojawiają się jedynie „spekulatywne rozważania o konstruowaniu bądź rekonstruowaniu *rozwiniętych* norm prawnych, rozważania całkowicie oderwane od jakichkolwiek realiów [...], a ich autorzy nawet nie podejmują próby przytoczenia jakiejkolwiek ilustracji"[6].

Istotnie jest tak, że koncepcje budowy normy — poprzez nawiązywanie do wzorców, jakimi dla sporej części przedstawicieli teorii prawa były filozoficzne programy budowy uniwersalnego języka nauki — kładły nacisk na to, co ogólne (formalne, pozakontekstowe). Podział na łatwe i trudne przypadki z punktu widzenia konstrukcji normy nie miał tu znaczenia. Proponowana językowa budowa normy, skoro miała aspirować do konstrukcji uniwersalnej, powinna była mieć zdolność

4 Mam tu na uwadze przede wszystkim ideę wyjaśniania strukturalnego opartego choćby na dorobku tak zwanej gramatyki transformacyjno-generatywnej N. Chomsky'ego. Ten rodzaj ugruntowania przywołanej koncepcji normy jako „głębokiej struktury" tekstu prawnego zaproponował W. Patryas w: *Rozważania o normach prawnych*, Poznań 2001.

5 J. Nowacki, *Przepis prawny a norma prawna*, rozdział II.

6 *Ibidem*, s. 88–89.

do wyrażania wszystkich możliwych przypadków. Brak możliwości zaprezentowania „w pełni rozwiniętej" konstrukcji określonej normy prawnej (określonego jej wybranego egzemplarza) wynikać miał z tego, że kategorialnie czymś innym jest teoretyczny model danego języka (zespół cech mówiących o tym, jakie atrybutywne właściwości ma lub powinien mieć język), a czym innym wypowiedzi, które ten model realizują (akty skonkretyzowanej realizacji takiego języka). Te drugie są uzależnione czasoprzestrzennie, a potencjalne realizacje mogą mieć nieskończoną ilość różnych inwariantów, uwarunkowanych zarówno złożoną budową współczesnych tekstów prawnych (tym, co na gruncie przywołanej koncepcji normy wyrażać mają techniki rozczłonkowania i kondensacji norm), jak i mnogością możliwych stanów faktycznych, które narzucać będą stosującemu prawo kierunek wykorzystywania tychże technik. Każda upraszczająca, oparta na przyjętej idealizacji konstrukcja językowa (na przykład normą jest schemat: „Niech każdy A, w warunkach W zachowa się w sposób Z") jest z natury rzeczy uboga w treść, z kolei ważne dla praktyki każdorazowe zastępowanie określoną treścią zmiennych A, W i Z rodzić może hipotetycznie nieskończoną mnogość wariantów. Zadanie to staje się po prostu niewykonalne. Podobnie jest z drugim założeniem omawianej koncepcji, a mianowicie z założeniem o „jednoznaczności" normy. Wymóg ten może służyć optymalizacji procesu wykładni i stosowania prawa, nigdy zaś weryfikacji określonych, uzyskanych w praktyce, rezultatów czynności składających się na wykładnię i stosowanie prawa. Rodzi to autentyczne pytanie o praktyczną użyteczność takiej właśnie koncepcji normy. Kwestia, jaka w tej sytuacji powstaje, to pytanie o to, czy tego rodzaju analityczne teorie normy (teorie tekstu prawnego) mają być teoriami opisowo-wyjaśniającymi, wzorowanymi na modelach budowanych na potrzeby nauk empirycznych (zazwyczaj realizujących dodatkowo oczekiwania integracji zewnętrznej nauk prawnych), czy też jednak teorie takie fundować powinny podstawy dla dyrektyw użytecznych w obrębie praktyki prawniczej (a tym samym mogą zignorować zamiary takiej integracji)[7].

Tym, co na gruncie przywołanej tu koncepcji normy zdaje się stanowić źródło podniesionego wyżej dylematu jest stwierdzenie, że norma prawna jest „konstruktem doktryny prawniczej" lub „konstruktem

7 Przykładami na takie rozbieżne roszczenia kierowane wobec prawoznawstwa i jego „teorii normy" mogą być przywołane wyżej *Rozważania o normach prawnych* W. Patryasa (konstrukcja normy jako wyraz „głębokiej struktury" teksu, zdolna pełnić wobec tegoż tekstu jako faktu empirycznego funkcję eksplanacyjną) oraz monografia *Przepis prawny a norma prawna* J. Nowackiego (z tezą, iż bez szkody dla praktyki prawniczej pojęcie normy zasadniczo można wyeliminować z języka prawniczego).

teoretycznym o charakterze idealizacyjnym”[8]. W stylizacji pragmatycznej podobną myśl wyraża stwierdzenie, iż działania zmierzające do ustalenia norm na podstawie przepisów prawnych to „problematyka poznawcza”[9]. Norma prawna miałaby tu do odegrania rolę pojęcia — narzędzia naukowego (prawniczego) poznania. Trudno byłoby normę w tej sytuacji określić mianem „przedmiotu” prawniczego badania, a raczej ujmować by ją należało jako składnik metodologii lub, ostrożniej, pragmatyki prawniczego postępowania naukowego. Z drugiej natomiast strony, zwolennikom takiego określania statusu normy nie przeszkadza, aby pisać o, na wskroś praktycznej z punktu widzenia prawnika stosującego prawo, kwestii, jaką jest zagadnienie „obowiązywania normy prawnej” czy też o ich „mocy obowiązującej”[10]. Zasadne w tym miejscu wydaje się pytanie, czy „konstrukt teoretyczny” bądź wytwór procedury o charakterze poznawczym może mieć walor obowiązywania? I nie chodzi tu o jakiś ideologiczny puryzm, o doktrynalną wątpliwość, na ile twierdzenia nauki mogą w ogóle uchodzić za źródła prawa, czy też o kwestię faktycznego lub postulowanego wpływu nauki na praktykę prawniczą (bo w tej kwestii autorzy przywoływanych poglądów zawsze przyjmowali postawę otwartą[11]). Chodzi raczej o pytanie natury kategorialnej: czy w analitycznym porządku myślowym teoretyka w ogóle jest miejsce na coś takiego jak norma prawna — egzemplarz, a więc rozumiana jako językowa reprezentacja lub desygnacja pojęcia normy. A tylko o takich normach zasadnie mówić można, że mają lub mogą mieć walor obowiązywania. Innymi słowy, można mieć zasadnicze wątpliwości, czy przy założeniu, że normą jest wypowiedź mająca pewne uniwersalne, idealizujące cechy, takie jak kształt językowy czy jednoznaczność użytych wyrażeń, w ogóle istnieć mogą „inne normy” niż te, które znamy z ich podręcznikowych definicji. Przywoływane niekiedy w różnych opracowaniach dydaktycznych przykłady, to raczej aproksymacje pojęcia normy, próby pokazania, jak można pracować na tekście prawnym przy

8 Zob. Z. Ziembiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 147 i n.; M. Zieliński, Z. Ziembiński, *Uzasadnienie twierdzeń, ocen i norm w prawoznawstwie*, Warszawa 1988, s. 79. Podobnie ujmował N. Chomsky status gramatyki języka („konstrukt intelektualny”, tworzący model wewnętrznej gramatyki, którym posługują się użytkownicy danego języka) — zob. N. Chomsky, *Syntactic Structures*, Hague-Paris 1956, s. 49.

9 M. Zieliński, *Poznanie sądowe a poznanie naukowe*, Poznań 1979, s. 58.

10 Zwraca na to uwagę J. Nowacki, *Przepis prawny a norma prawna*, s. 71, wskazując na liczne opracowania, między innymi Z. Ziembińskiego i M. Zielińskiego.

11 Wyrazem tego może być nie tylko powszechnie znana i ceniona tak zwana rozwinięta koncepcja źródeł prawa, ale także przekonania z poziomu metodologii nauk prawnych, jak choćby stwierdzenie, że „szczegółowe nauki prawne nie tylko [...] wyselekcjonowują obiekty będące przedmiotem ich badań, lecz także w pewnym aspekcie kreują te obiekty [...], wyznaczając [...], co ma być uznawane za obowiązujące normy prawne, a co nie” — Z. Ziembiński, *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, Warszawa-Poznań 1983, s. 14.

przyjęciu takiego, a nie innego założenia co do rozumienia normy, nie zaś gotowe rezultaty, którymi można by się posłużyć jako podstawą rozstrzygania w praktyce orzeczniczej. Prawniczy koncept określany „normą prawną jako wypowiedzią jednoznacznie scharakteryzowaną" zdaje się znajdować w pewnej dwuznaczności, powodowanej niejasnością przypisywanej mu funkcji. Niepewnie sytuuje się gdzieś na pograniczu pojęć należących do języka prawnego i prawniczego. Czy jest wyjście z zarysowanego dylematu?

Wydaje się, że możliwe są co najmniej dwa. Pierwsze, radykalniejsze, byłoby wezwaniem w stronę restauracji, przypomnienia czegoś, co można nazwać „pierwotną funkcją teorii norm" czy, szerzej, tradycyjnym zadaniem adresowanym w stronę filozofii analitycznej. Drugie, idące w przeciwnym kierunku, wiązałoby się z odrzuceniem rygorów narzuconych przez tradycyjne podejście analityczne, a związane z, być może nieuzasadnioną, defragmentacją otaczającego nas językowego subświata na jego część akademicką (teoretyczną) i zawodową (praktyczną). Obie propozycje znajdują adresata po stronie nauki prawa, to jest w odpowiednim określeniu zadań, jakie stawiać powinniśmy przed analityczną teorią prawa.

2. Z perspektywy prawoznawstwa analityczność lub metodę analityczną można, jak się wydaje, sprowadzić do dwóch płaszczyzn. Apragmatycznej, obejmującej zamiar budowania, a następnie realizowania tak zwanych programów badawczych, obejmujących pojmowaną przedmiotowo teorię zjawisk prawnych, a dotyczącą aspektu językowego, oraz pragmatycznej, skierowanej na potrzeby metodologii prawniczego postępowania badawczego, a więc takiej, w której rezygnujemy z aspiracji budowania przedmiotowej teorii określonej dziedziny, a dążymy do konstruowania odpowiedniej procedury użytecznej dla ewentualnej teorii. Pierwsza perspektywa wpisuje się w oświeceniową ideę konstruowania uniwersalnego i precyzyjnego języka nauki, służącego opisowi rzeczywistości i eliminującego problemy pozorne. Taki postulowany język zazwyczaj wzorowany był na naukach uznawanych za szczególnie rozwinięte (matematyka, logika, fizyka). W prawoznawstwie, gdy chodzi o taki właśnie kierunek badań, nie przekroczono granic ogólnego sformułowanego postulatu „budowania teorii zjawisk prawnych" w ich „aspekcie językowym"[12]. Niewątpliwie sama idea skonstruowania przez

12 Por. na przykład Z. Ziembiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, s. 53; S. Wronkowska we wstępie do Z *teorii i filozofii prawa Zygmunta Ziembińskiego*, Warszawa 2007, s. XI i XII, podkreśla, iż Z. Ziembiński zbudował podstawy metodologiczne umożliwiające „stworzenie teorii zjawisk prawnych". Zaproponował i uzasadnił na podstawie dorobku współczesnej nauki

naukę takiego języka (języka norm prawnych), w którym dawałoby się dokonać „przekładu" z naturalnego języka przepisów pochodzących od prawodawcy na odpowiedni, jednoznacznie scharakteryzowany, język opisu obowiązków prawnych byłaby sama w sobie ideą dla prawnika tyleż atrakcyjną (uwalniającą go od wielu zawodowych powinności), co niebezpieczną (zastępującą go w przyszłym procesie decyzyjnym)[13]. Nie tylko zresztą byt praktyki prawniczej mógłby być w takiej sytuacji zagrożony, ale również lista zadań stawianych przed dogmatyką prawa zorientowaną na potrzeby praktyki orzeczniczej uległaby znaczącemu ograniczeniu[14]. Tego rodzaju nadziei i zagrożeń ani dziś, ani nawet wtedy, gdy były formułowane, nie traktowano jednak poważnie, gdyż ostrożnie formułowanej idei skonstruowania takiego języka przez teorię prawa i spożytkowania go na potrzeby opisu tekstów prawnych zawsze towarzyszyły zasadnicze wątpliwości co do wykonalności takiego przedsięwzięcia[15], a nawet co do celowości samego zamierzenia[16]. Jakkolwiek by jednak patrzeć na sensowność takiego programu, jedno wydaje się niewątpliwe: nie tylko pojęcie normy prawnej, co wydaje się oczywiste na gruncie przywołanej tu narracji teoretycznej, jest konstruktem nauki prawa, ale również potencjalne normy — egzemplarze (wytwory hipotetycznego program budowy „teorii zjawisk prawnych w ich aspekcie językowym") musiałyby mieć taki charakter. Mówimy tu bowiem o teoretycznym języku zorientowanej analitycznie nauki prawa, który miałby ewentualnie zastąpić język prawny, standardowo przypisywany prawodawcy.

Druga z wymienionych perspektyw jest zdecydowanie bliższa zastanej, i legitymującej się wymiernymi sukcesami, aktywności analitycznej teorii prawa. Zadanie teorii jest tu dużo bardziej ograniczone i wyważone, a sprowadza się w pierwszej kolejności do krytycznej analizy tekstów nauki prawa, do konstruowania poszczególnych pojęć języka prawniczego, które następnie miałyby służyć jako narzędzia porządkowania

o języku zespół analitycznych narzędzi badawczych, wśród których zasadniczą rolę pełniło wyróżnienie norm prawnych i przepisów prawnych, norm kompetencyjnych i merytorycznych oraz szczególnych relacji między nimi w ramach systemu prawa.

13 Myśl taką, a nawet pewne wysiłki w tym kierunku, podejmował w swoich pracach F. Studnicki — zob. F. Studnicki, *Wprowadzenie do informatyki prawniczej*, Warszawa 1978; oraz F. Studnicki, *Wykładnia prawa w aspekcie komputacyjnym*, „Studia Filozoficzne" 1985, z. 2–3.

14 Jak pisali K. Płeszka i T. Gizbert-Studnicki, „jeżeli wszystkie teksty prawne zostaną przełożone na tak pojęte normy, to tym samym zadania dogmatyki prawa będą wypełnione" — K. Płeszka, T. Gizbert-Studnicki, *Dwa ujęcia wykładni prawa. Próba konfrontacji*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Nauk Politycznych" 1984, z. 20, s. 23.

15 Zob. F. Studnicki, *Wykładnia prawa w aspekcie komputacyjnym*, s. 97–98.

16 Zob. P. Kamela, *Teoria prawa a filozofia prawa,* „Kwartalnik Prawa Publicznego" 6, 2006, nr 4, s. 213.

wypowiedzi pochodzących od prawodawcy. Głównym źródłem inspiracji tak pojmowanej roli analitycznej teorii norm stawały się pojęciowe niejasności i niekonsekwencje, które dostrzegano po stronie dogmatyki prawa. Dodajmy od razu, że komplikacje tego rodzaju dość rzadko sygnalizowane były przez samą dogmatykę (dogmatyki) prawa. Zazwyczaj to teoria prawa — bywało nawet, że wbrew oczekiwaniom — dostrzegała i zgłaszała potrzeby jakiejś unifikacji bądź korekty pojęć obecnych w praktyce językowej poszczególnych dyscyplin prawoznawstwa[17]. Rola ogólnej nauki o prawie w ramach tego nurtu sprowadzała się zatem do porządkowania jakiegoś pojęcia lub grupy pojęć intuicyjnie rozumianych przez poszczególne nauki prawa i praktykę prawniczą. Podstawą do tego rodzaju ingerencji były założenia badawcze jakiejś, zwykle umiarkowanej, wersji tak zwanego rekonstrukcjonizmu. Uwidaczniający się tu związek ogólnej nauki o prawie z własną dogmatyką można uznać za zasadniczą funkcję analitycznej teorii prawa, a nawet za warunek jej społecznego bytu[18]. Teoria prawa nie dysponuje tu ani jakimś własnym, odrębnym przedmiotem badań, ani też nie realizuje jakiegoś strategicznego, nałożonego na nią celu, a staje się w istocie metodologią badań prawniczych, narzędziem używanym do celów, które zasadniczo nie są jej celami. Problemów (pytań, zadań) dostarczają jej własne nauki szczegółowe, bez których nie jest ona w stanie egzystować[19]. Tego rodzaju zadanie stawiane przed badaniami prawniczymi dobrze wpisywało się w ogólny nurt filozofii analitycznej — której zadanie nie miało prowadzić do „odkrywania nowych prawd o świecie, lecz rozjaśnia to, co już o świecie skądinąd wiemy"[20]. W ramach tej perspektywy nie może już być mowy o żadnym „programie badawczym", a jedynie o działalności, która — głównie za sprawą narzędzi logicznych i językoznawczych — ma rozjaśniać i uściślać koncepcje i inne pomysły pojęciowe sformułowane (zastane) w nauce i życiu potocznym.

Tak jak cała filozofia analityczna, tak też odpowiednio jej prawnicza adaptacja, stawała się działalnością typowo akademicką, z założenia światopoglądowo i praktycznie neutralną, nieroszczącą sobie pretensji

17 Przykładem może być opór części środowiska prawniczego wobec pojęć kompetencji i normy kompetencyjnej — zob. na przykład A. Szpunar, *Udzielenie pełnomocnictwa*, „Przegląd Sądowy" 1993, z. 9; T. Rabska, *W poszukiwaniu pojęcia „kompetencji prawodawczej" organów administracji państwowej*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo" 143, 1985, s. 268.

18 „Termin *filozofia analityczna* [...] oznacza filozofię, której sposób uprawiania ma być jak najbardziej zbliżony do sposobu uprawiania nauk szczegółowych, czyli filozofię naukową" — T. Szubka, *Filozofia analityczna. Koncepcje, metody, ograniczenia*, Wrocław 2009, s. 26.

19 „Teoria prawa potrzebowała dogmatyki jako przedmiotu krytyki. Równocześnie dogmatyka prawa potrzebowała teorii jako inspiracji" — A. Peczenik, *Stan obecny teorii i filozofii prawa w krajach zachodnich*, [w:] *Studia z filozofii prawa*, red. J. Stelmach, Kraków 2003, s. 9.

20 T. Szubka, *Filozofia analityczna*, s. 21.

do bezpośredniego oddziaływania na życie społeczne i polityczne. Uprawiali ją przede wszystkim ci, którzy własną dyscyplinę badawczą starali się zreformować. „Z tego powodu termin *filozofia analityczna* miał od samego początku wymiar normatywny i oznaczał filozofię uprawianą we »właściwy sposób«, tzn. przestrzegającą rygorów metodologicznych, dającą poznawczo najlepsze rezultaty”[21]. Jedyna droga do poprawnego myślenia miała prowadzić przez analizę języka[22]. W analitycznych badaniach prawniczych ideą przewodnią również nie miała być zmiana samego prawa (ingerencja w język prawodawcy), lecz uściślanie językowych narzędzi komunikowania się między prawnikami, a dopiero wtórnie, bardziej precyzyjne uzasadnianie decyzji stosowania prawa powstających w następstwie takiej komunikacji. Z tego też powodu być może nieco ostrożniej należałoby w przypadku prawoznawstwa artykułować założenie (postulat) o praktycznej neutralności analitycznej teorii prawa. Oddzielenie języka przedmiotowego i języka opisu lub wytworu prawniczych zabiegów rekonstrukcyjnych stwarzało dużo większe komplikacje niż w przypadku języka nauk empirycznych, na gruncie których budowane były podstawowe twierdzenia filozofii analitycznej. Tego rodzaju prawnicze komplikacje demarkacyjne wokół dziedziny badawczej i jej naukowego obrazu najlepiej chyba dają się egzemplifikować właśnie prawniczymi debatami nad normą prawną jako wypowiedzią językową.

Ma zatem poniekąd rację L. Morawski — no, może pomijając ryzykowną stylistykę samej wypowiedzi — gdy w przywołanej wcześniej rozprawce powiada, iż „odróżnianie norm od przepisów” oraz „teorie budowy normy prawnej” to „klasyka buchalterii prawniczej, która nie służy do niczego więcej niż do męczenia studentów na egzaminach”[23]. Trudno również odmówić racji J. Nowackiemu, który wyraża zasadniczą wątpliwość co do „obowiązywania normy prawnej”, jeżeli oczywiście zechcemy normę tę pojmować jako konstrukt doktryny prawniczej czy, jak sam to nazywa, jako „twór prawoznawców”[24]. Otóż naukowe pisarstwo realizujące podejście analityczne zapewne zawsze miało w sobie coś z akademickiej „buchalterii” i czytelnikom nienawykłym do pewnego typu wysiłku intelektualnego mogło sprawiać kłopoty. A jeżeli jeszcze potencjalny odbiorca takiej literatury uświadamiał sobie, że ma ona służyć wyostrzaniu narzędzi badawczych danej nauki, bez

21 *Ibidem*, s. 27.

22 Niektórzy tę tezę G. Fregego uznawali nawet za „fundamentalny aksjomat filozofii analitycznej” — zob. M. Dummett, *Origins of Analytical Philosophy*, London 1993, s. 128.

23 L. Morawski, *Co może dać nauce prawa postmodernizm?*, s. 13.

24 J. Nowacki, *Przepis prawny a norma prawna*, s. 60 i n.

łatwego, bezpośrednio zauważalnego wpływu na ich przyszłą czy obecną praktykę zawodową (a w każdym razie, jak zauważają krytycy, praktyka ta bez tego rodzaju literatury jest się w stanie skutecznie obejść), to uczucie „męki intelektualnej" staje się zrozumiałe.

Trudno również polemizować z tezą, iż niejasną jest kwestia obowiązywania norm pojmowanych jako konstrukt doktryny prawniczej. Tak bowiem jak powszechne jest przekonanie prawników, że normy prawne legitymują się cechą obowiązywania, tak równie naturalnym dla prawnika wydaje się pogląd, że atrybutu tego nie nabywają w następstwie analitycznie poprawnego skonstruowania przez naukę ich kształtu językowego (semantycznego, a tym bardziej syntaktycznego). Jeżeli zatem zechcemy życzliwie potraktować tego rodzaju zarzuty — nie deprecjonując ich tylko dlatego, że *in corpore* kwestionują jakąś część zastanego dorobku teorii prawa — to należałoby chyba uznać, że krytyka w nich zawarta podważa praktyczną użyteczność przywoływanej tu koncepcji normy. Koncepcja ta nie odpowiadałaby na pewien typ oczekiwań praktyki prawniczej, ponieważ nie tak należy postrzegać jej główne zadanie. Miała dawać prawoznawstwu poznawczo optymalne rezultaty, a więc uczyć (chętnych do takiej nauki) prawników schematów poprawnego myślenia, oferować narzędzie konceptualizacji tekstów prawnych, a nie prawną podstawę rozstrzygania sporów prawnych. Krytykę tego rodzaju — zapewne niekoniecznie w zgodzie z intencjami samych autorów — można odczytać jako swoiste przywołanie do porządku analitycznej teorii norm: żądanie deklaracji uchylenia się odpowiadania na pewnego typu pytania oraz uznania, iż to nauka, a przede wszystkim dogmatyka prawa, jest adresatem konceptu teoretycznego, jakim jest przywołany wariant pojmowania normy.

3. Konkluzja powyższa może razić swoją radykalnością. Istotnie, odwołuje się ona do tradycyjnej funkcji filozofii analitycznej, dziś, w dobie ekspansji pragmalingwistyki (o nurcie ponowoczesnym nie wspominając), być może już trudnej do zaakceptowania[25]. Ponadto konkluzja ta popada w konflikt z tendencją od dość dawna odnotowywaną w literaturze teoretycznoprawnej, a mianowicie, zauważalnego wpływu poglądów nauki prawa na prawo i zawodową praktykę prawniczą[26].

25 Zob. dyskusję *Czy zmierzch filozofii analitycznej?*, „Diametros", Internetowy Serwis Filozoficzny przy Instytucie Filozofii Uniwersytetu Jagiellońskiego — www.diametros.iphils.uj.edu.pl (dostęp: 20.11.2005).

26 Permanentnie zwracał na to uwagę Z. Ziembiński — zob. na przykład Z. Ziembiński, *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, rozdział I, a ostatnio A. Kozak, *Myślenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej,* Wrocław 2010.

Z kolei coraz szerzej obecna w polskiej teorii prawa — nie bez wpływu jurysprudencji anglosaskiej — argumentacja odwołująca się do orzecznictwa dowodzi, że także oddziaływanie w kierunku przeciwnym jest zjawiskiem, które nie powinno być lekceważone. Tradycyjna filozofia analityczna, o której pisałem wcześniej, nie znajdowała, a nawet programowo nie poszukiwała, odpowiedzi na tego rodzaju wyzwania. Ugruntowanie koncepcji normy na takich założeniach filozoficznych (metodologicznych) stawia koncepcji tej wyzwanie, gdy chodzi o poszukiwanie jakiejś rozsądnej odpowiedzi na podnoszoną tu tendencję do wzajemnego przenikania się języka nauki oraz języka (języków) prawa i praktyki prawniczej. Potencjalnie możliwe są różne sposoby takiego teoretycznego (metodologicznego) umocowania koncepcji normy, które mogłyby służyć jako podstawa do budowania prawniczej odpowiedzi na zasygnalizowaną tendencję (antyreprezentacjonizm, semantyka niereferencjalna czy lingwistyka kognitywna — to tak zwana rodzina pojęć, której zasoby wydają się pod tym względem badawczo obiecujące). Oczywiście, skutkiem takich zabiegów będzie zapewne modyfikacja niektórych twierdzeń przedmiotowej koncepcji, choć niekoniecznie musi to oznaczać podważenie jej tez podstawowych (atrybutów definicyjnych)[27]. Niżej chciałbym wskazać na pewien, jak się wydaje, obiecujący kierunek adaptacji prawniczej teorii normy, a mianowicie taki, dla którego podstawą jest lingwistyczna konstrukcja kompetencji językowej.

W lingwistyce kompetencję językową[28] zwykło się traktować jako wiedzę wyposażającą podmiot uczestniczący w określonego rodzaju praktyce językowej w umiejętność zachowań językowych. Wiedzy tej przypisuje się zdolność generowania ogólnych, pozakontekstowych reguł określających te zachowania. Reguły tego rodzaju budowane (odtwarzane) są *ex post* jako wyraz refleksji nad powtarzalnymi elementami fundującymi podstawy poszczególnych aktów mowy. Z natury rzeczy muszą więc mieć charakter formalny. Poznawanie tych reguł jest zadaniem nauki budującej odpowiednią teorię danego języka. Teoria taka, poprzez rozpoznanie mechanizmów rządzących aktami wykonawstwa językowego (mową), nadaje się do roli przesłanki wyjaśniania poszczególnych aktów mowy. Z drugiej jednak strony, to jest z punktu widzenia samego wykonawstwa,

27 Wedle I. Lakatosa działania modyfikujące określoną teorię analityczną w pierwszej kolejności iść powinny w kierunku adaptacji danej teorii (obudowania jej jakimś „pasem ochronnym", służącym pokazaniu, że odpowiada ona na nowe wyzwania, do których nie był zdolny pierwotny wariant danej teorii), a dopiero później, gdyby się to nie powiodło, należy rozważyć odrzucenie samej teorii, to jest jej aksjomatów — zob. I. Lakatos, *Dowody i refutacje. Logika odkrycia matematycznego*, Warszawa 2005.

28 Pojęcie to pojawia się przede wszystkim w poglądach N. Chomsky'ego z pracy *Aspects of the Theory of Syntax*, Cambridge Mass 1965.

ta sama teoria zdolna jest do modelowania kryteriów przyszłego działania językowego i pozwala tym samym identyfikować poszczególne przypadki wykonawstwa jako akty poprawne lub wadliwe ze względu na przyjęte standardy-reguły. Poznawczy aspekt takiej teorii uznawany jest tu co prawda za prymarny, ale ściśle łączy się on z praktycznym wymiarem wiedzy językowej[29]. W rozważaniach na temat kompetencji lingwistyka — w przeciwieństwie do założeń tradycyjnej filozofii analitycznej — nie ma też jakichś zasadniczych uprzedzeń, gdy chodzi o rygorystyczne przestrzeganie metodologicznych podziałów na wiedzę (naukę) i służące modelowaniu zachowań językowych reguły — czyli na deskryptywny i preskryptywny wymiar twierdzeń nauki[30]. Znane w metodologii badań prawniczych rozróżnienie na tak zwany zewnętrzny i wewnętrzny punkt widzenia dobrze koresponduje z tego rodzaju podwójną funkcją wiedzy. Możliwość przekształcania wiedzy pozyskiwanej obserwacyjnie i uogólnionej na poziomie twierdzeń określonej teorii w praktycznie użyteczne reguły działania oznacza tylko zmianę punktu widzenia, relatywizację formułowanego sądu, odpowiednio do zmodyfikowanego przez podmiot poznania (działania) celu[31]. Zdolna do takich przekształceń teoria naukowa spełnia postulat nazywany zasadą pragmatyczną[32]. Tego rodzaju program metodologiczny zawsze był atrakcyjny dla prawoznawstwa, od dawna zabiegającego o to, aby — na ile to możliwe, nie tracąc na naukowości swoich twierdzeń — mieć na uwadze korzyści dla praktyki prawniczej wynikające z formułowanych poglądów.

Rolę takiej, zorientowanej pragmatycznie wiedzy językowej, kształtującej umiejętności działania w obszarze języka tekstów prawnych

---

29 „Gramatyka generatywna" w języku N. Chomsky'ego z jednej strony to tyle, co „wewnętrzna gramatyka" (idealnego?) mówcy-słuchacza, a z drugiej tyle, co praca poznawcza lingwisty bądź rezultaty tej pracy. „Wewnętrzna gramatyka generatywna" mówcy-słuchacza jest zatem synonimem kompetencji — tak F. Grucza, *Zagadnienia metalingwistyki. Lingwistyka — jej przedmiot, lingwistyka stosowana*, Warszawa 1983, s. 192.

30 N. Chomsky określa mianowicie kompetencję z punktu widzenia podmiotu działającego w obrębie języka jako jego wiedzę (*knowledge*), jako wiedzę ukrytą (*tacit knowledge*) mówcy-słuchacza, wreszcie jako wiedzę intuicyjną (*intuitive knowledge*) użytkownika języka przydatną. Z drugiej jednak strony — z zewnętrznej pozycji badacza konstruującego swoją ogólną teorię — określa samą gramatykę generatywną jako zbiór reguł (*system of rules*) — N. Chomsky, *Aspects of the Theory of Syntax*, s. 4, 8, 20, 27.

31 Prawnicza struktura poznawcza oraz praktyka stosowania prawa układa się w błędne koło. „Założenia są rekonstruowane z praktyki a jednocześnie nie ma dla tej praktyki uzasadnienia lepszego niż owe założenia" — A. Kozak, *Myślenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej*, s. 101.

32 „Gdy nasza myśl, dotycząca danego przedmiotu, osiąga spokój w postaci przekonania, to możemy rozpoczynać działanie. Przekonania są więc regułami działania, a funkcja poznania polega na wytwarzaniu nawyków działania. Gdyby istniał jakiś fragment myśli, który nie wpływałby na jej praktyczne konsekwencje, to nie stanowiłby części znaczenia tej myśli" — C.S. Peirce, *Illustrations of the Logic of Science*, „Popular Science Monthly" 1878, vol. 12.

spełniać może, jak się wydaje, przyjęte przez prawnika rozumienie normy. Dobra prawnicza teoria normy to taka, która nadaje się do wyjaśniania poszczególnych zdań wypowiadanych przez prawodawcę, ukazywania ich roli w obrębie całego (i nie tylko) aktu normatywnego, a zatem posiada zdolność pokazywania tekstu prawnego jako wyrazu realizacji uniwersalnych reguł języka prawnego. W takim wymiarze analityczna teoria norm staje się opisową, eksplikatywną teorią tekstu prawnego. Z drugiej jednak strony, ta sama teoria służyć powinna jako podstawa do budowania kryteriów identyfikacji językowych błędów i zaniechań po stronie prawodawcy, które na podstawie twierdzeń takiej teorii powinny być — w zgodzie ze standardami przyjętymi w danym porządku prawnym oraz kulturą prawną — przez prawnika usuwane lub uzupełniane.

Tego rodzaju twierdzenia mają charakter analitycznych tez składających się na teorię (koncepcję) „normy jako wypowiedzi języka". Będą to twierdzenia sytuujące się na poziomie języka prawniczego teorii prawa. Natomiast z punktu widzenia teorii budowy języka prawnego (języka tekstów aktów prawnych) te same twierdzenia mogą być uznawane za wyraz głębokiej struktury tekstu prawnego[33], a więc jako tezy o języku prawnym, a służące wyjaśnianiu zawiłości i specyfiki tego języka. Będziemy więc w takiej sytuacji mieli do czynienia z zależnością typową dla relacji zachodzącej pomiędzy tezami teorii stawiającej sobie za zadanie wyjaśnianie zachowań językowych, w tym także porządkowanie i upraszczanie (eksplikację) wytworów tych zachowań — i samym językiem jako przedmiotem poddawanym tego rodzaju zabiegom. Poglądy teorii prawa dotyczące struktury normy aspirować tu mogą do roli twierdzeń ogólnych, a więc wpisują się w zadanie budowania czegoś na kształt uniwersalnej, językowej pragmatyki prawniczej, a przez to stwarzają podstawę nie tylko do opisu i wyjaśniania, ale także modelowania, potencjalnie nieskończonej ilości przypadków prawnego wykonawstwa językowego. Wpisują się zatem zarówno w postulat naukowości (ogólności twierdzeń) prawoznawstwa, jak i ich praktycznej użyteczności. Z kolei założenie o jednoznaczności norm z poznawczego punktu widzenia ciągle jeszcze wpisuje się w oczekiwania stawiane tradycyjnej filozofii analitycznej, a polegające na realizacji programu budowy semantycznego modelu językowego dla dogmatyki prawa, ale już

33 „Odróżnienie przepisu i normy prawnej [...] wykazuje daleko idące analogie z przyjętym w TTG [teorii transformacyjno-generatywnej — A.B.] odróżnieniem struktury powierzchniowej i struktury głębokiej tekstu [...]" — T. Gizbert-Studnicki, *Teoria prawa, filozofia języka, lingwistyka*, „Studia Filozoficzne" 29, 1985, nr 2–3, s. 81; por. także W. Patryas, *Rozważania o normach prawnych*, rozdział I.

w interpretacji pragmatycznej założenie to służyć może optymalizowaniu procesu rozumienia (wykładni) tekstów prawnych. Optymalizacja taka będzie miała bardzo praktyczny sens, a mianowicie będzie wpisywać się w postulat sprawiedliwości pojmowanej jako idea takiego samego traktowania przez prawo (jednoznaczną normę prawną) podobnych stanów faktycznych. Tym, co, jak widać, łączy koncepcję normy prawnej jako „wypowiedzi jednoznacznie scharakteryzowanej" z założeniami teorii kompetencji językowej, jest jawnie idealizujące pojmowanie języka (wiedzy językowej) zarówno przez prawoznawstwo, jak i naukę o języku. Odpowiednikiem lingwistycznego konceptu (założenia) native speakera będzie prawniczy mówca-słuchacz, odpowiednio wyedukowany i dysponujący performatywnym doświadczeniem znawca, dysponujący wyidealizowaną wiedzą o językowej budowie normy, pozwalającej mu (re)produkować nieskończone ciągi doniosłych prawnie (jednoznacznych) wypowiedzi.

Ujęcie normy prawnej autorstwa Z. Ziembińskiego i M. Zielińskiego również najlepiej chyba stwarza podstawy do artykułowania — zarówno wobec podmiotów prawotwórczych, jak i uczestników procesu wykładni i stosowania prawa — zestawu odpowiednich reguł prawniczych zachowań językowych. I w tym aspekcie można tu dostrzec korespondencję z przywołaną koncepcją kompetencji językowej. Będą to, w przypadku prawotwórstwa, reguły syntaktycznego i treściowego rozczłonkowania i kondensacji norm w tekście prawnym[34] oraz gdy chodzi o wykładnię i stosowanie prawa, odpowiednie reguły rekonstruowania norm prawnych z tekstu prawnego oraz reguły zastępowania wyrażeń wieloznacznych ich jednoznacznymi odpowiednikami[35]. Radykalnie i konsekwentnie przyjmowana na gruncie koncepcji Z. Ziembińskiego i M. Zielińskiego pojęciowa dystynkcja na przepis prawny i normę prawną (przepis jako fakt językowy pochodzący od rzeczywistego prawodawcy oraz norma jako wypowiedź rekonstruowana przez prawnika z tekstu prawnego i przypisywana prawodawcy) pozwala sytuować przepisy prawne jako wyraz powierzchniowej, a normy prawne jako objaw głębokiej struktury tekstu prawnego. Wiedza prawnicza dotycząca struktury głębokiej języka może być traktowana jako pozakontekstowa (mieszcząca się w obrębie uniwersalnej pragmatyki prawniczej)

34 Zob. S. Wronkowska, M. Zieliński, *Problemy i zasady redagowania tekstów prawnych*, Warszawa 1993, s. 22 i n.

35 Zob. *ibidem*, s. 27. „Funkcję reguły rekonstrukcji czynności interpretacyjnych pełni w ramach tzw. derywacyjnej koncepcji wykładni [koncepcja wykładni pojęciowo zintegrowana z przywoływanym tu ujęciem normy — dop. A.B.] przyjęta struktura normy. Reguła ta przesądza kształt pierwszego etapu wykładni" — K. Płeszka, T. Gizbert-Studnicki, *Dwa ujęcia wykładni prawa*, s. 20 i n.

przesłanka wyjaśniania (interpretacji) przepisów prawnych, w tym także normatywnego modelowania czynności interpretacyjnych. Jeśli natomiast dodatkowo założymy, że ten sam typ wiedzy (reguł) rządzi także czynnościami prawodawcy w fazie redagowania tekstu prawnego, to nie ma przeszkód, aby wiedzę tę traktować również jako przesłankę wyjaśniania tych czynności oraz ich normatywnego kształtowania.

Określenie normy prawnej jako „konstruktu teoretycznego" na tle argumentacji odwołującej się do założeń kompetencji językowej przestaje być komplikacją natury metodologicznej (bo też tradycyjne rygory podejścia analitycznego są tu mocno łagodzone), a dodatkowo jeszcze, jak się wydaje, upraszcza dotychczasową dyskusję, a może nawet usuwa poza jej obszar podnoszone w literaturze wątpliwości i zarzuty. I to zarówno zarzuty kierowane pod adresem samej koncepcji normy (trudności z egzemplifikacją w tekście prawnym norm w pełni rozwiniętych, niejasność kwestii obowiązywania norm — „konstruktów doktryny"), jak i zastrzeżenia jeszcze bardziej podstawowe, to jest dotyczące ograniczeń w zastosowaniu lingwistycznej koncepcji kompetencji na gruncie teorii prawa[36].

4. Stwierdzenie, że norma prawna jest pojęciem należącym do zasobów prawniczego języka nauki ma niewielką wartość poznawczą, gdyż większość, jeśli nie wszystkie, pojęcia występujące w tekstach prawnych lub w praktyce prawniczej znajdują jakieś swoje omówienia (definicje, uściślenia, komentarze) w prawoznawstwie, a więc również w tym sensie „należą" do słownika nauki prawa. Taka interpretacja normy jako „konstruktu doktryny prawniczej" niewiele zatem wnosi. Jednak już tezą mocniejszą byłoby stwierdzenie, że wypowiedzi, które nazywamy

36 Tę ostatnią kwestię podnosił T. Gizbert-Studnicki (zob. *Czy istnieje język prawny?*, „Państwo i Prawo" 1979, z. 1 oraz *Teoria prawa*). Rozważając wykorzystanie w badaniach prawniczych koncepcję kompetencji językowej w wersji N. Chomsky'ego, zauważył, że rezultatem wykonania kompetencji prawnej jest dostępny prawnikowi kolektywny zbiór wypowiedzi, czyli tekst prawny, a „o przynależności jakiegoś tekstu do zbioru tekstów prawnych nie decydują reguły języka tekst ten generujące, lecz zaakceptowana koncepcja źródeł prawa danego systemu" (*Teoria prawa*, s. 80), oraz że zbiór wypowiedzi składających się na tekst prawny jest w każdym momencie czasowym zbiorem zamkniętym. Z tych też powodów „gramatyka tekstów prawnych może być wyłącznie gramatyką skończonego zbioru tekstów faktycznie sformułowanych. Teoria języka tekstów prawnych jest więc teorią wykonawstwa językowego, a nie teorią kompetencji językowej" — *ibidem*. Krytyczna ocena możliwości zastosowania założeń tej koncepcji w badaniach prawniczych ulegnie, moim zdaniem, zasadniczej zmianie, jeśli to nie części tekstu prawnego (przepisy) czy odpowiednio zrekonstruowane sekwencje tego tekstu (normy) zechcemy traktować jako akty wykonawstwa, a czynności (zachowania) rekonstrukcyjne i interpretacyjne oparte na regule generowanej przez pojęcie normy. Nie powinno już być wtedy mowy o „kompetencji prawnej", lecz o „kompetencji prawniczej". Pogląd wymagałby oczywiście bardziej szczegółowego rozwinięcia.

normami egzystują wyłącznie w języku nauki prawa i doktryny prawniczej, a zatem ich identyfikowanie w tekstach aktów prawnych czy uzasadnieniach orzeczeń po prostu nie jest możliwe. Rozprawiając o normach, prawoznawca miałby zatem do czynienia nie tyle z prawem, ile raczej z pewną kategorią poznawczą, pojęciowym narzędziem służącym poznawaniu (rozpoznawaniu, porządkowaniu) prawa jako tekstu. Pojęcie normy służyłoby tworzeniu, gromadzeniu i modyfikacji wiedzy, jaką dostarcza otoczenie prawne (prawodawca, praktyka zawodowa), a także, równolegle, kształtowaniu zachowań tegoż otoczenia poprzez reguły generowane w pojęciu normy. W języku odwołującym się do tradycji kantowskiej można by powiedzieć, że oto mamy do czynienia z peryferyjnym (prawniczym) wariantem intelektualnej kategorii poznawczej, koniecznej dla powstania możliwości jakiegokolwiek doświadczenia (prawniczego doświadczenia języka), konstrukcji, bez której jakiekolwiek poznanie prawa jako przedmiotu tekstowego po prostu nie byłoby możliwe[37]. Uwaga poczyniona przez J. Nowackiego, iż zwolennicy koncepcji normy prawnej jako wytworu prawoznawców mają zasadnicze kłopoty z ilustracją w tekście prawnym przykładów norm jako wypowiedzi w pełni rozwiniętych[38], staje się w świetle proponowanego tu porządku rozprawiania o normach kłopotem, jak można sądzić, lepiej zrozumiałym, komplikacją w istocie rzeczy nie do rozwiązania. Domaganie się przykładów oznaczałoby, że nie rozumiemy jakościowej różnicy pomiędzy tym, co jest sposobem badania (pojęcie normy) i jego przedmiotem (tekst prawny), a tym, co jest — ponownie przywołując język tradycji kantowskiej — ogólnym i pozaczasowym bytem idealnym oraz jednorazowym i czasowym bytem realnym.

Podobnie rzecz będzie się miała z przywołanym wcześniej zarzutem czynionym pod adresem normy jako „wypowiedzi jednoznacznie scharakteryzowanej", a dotyczącym obowiązywania tak pojmowanych norm. W istocie rzeczy niejasne pytanie o to, jak w ogóle można mówić o „obowiązywaniu" normy, która ma status wypowiedzi języka, a jej „autorem" jest prawoznawca, staje się pytaniem źle sformułowanym. Innego typu uzasadnienia oczekujemy przecież od pojęć, które mają służyć poznawaniu jakiejś rzeczywistości, choćby nawet językowej, a innego uzasadniania (w tym przypadku argumentów na rzecz „obowiązywania") poszukujemy dla poszczególnych wypowiedzi komunikujących

37 I. Kant, *Krytyka czystego rozumu*, Kęty 2001, s. 129 i n. Apriorycznośc i zasadniczo poznawcza orientacja kategorii kantowskich na potrzeby prawoznawstwa wymagałaby stosownych modyfikacji, dopełnienia o element aktywizmu praktyki — próbę taką podejmował A. Kozak, *Myślenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej*, s. 39 i n.

38 J. Nowacki, *Przepis prawny a norma prawna*, s. 88–89.

treść obowiązków ustanowionych czy uznanych przez państwo. Dla pierwszych istotne jest poszerzanie naszej wiedzy o świecie (o języku), ich adekwatności wobec poznawanej rzeczywistości, dla drugich skuteczność przekonywania do określonych obowiązków i znoszenia ewentualnego przymusu z nimi związanego. A zatem, konsekwentnie, to o przepisach prawnych lub ich zbiorach zawartych w aktach normatywnych powinniśmy mówić, że „prawnie obowiązują" oraz, odpowiednio, o normach prawnych lub inaczej nazwanych „konstruktach" doktryny prawniczej, jako o mniej lub bardziej adekwatnych, użytecznych dla prawnika narzędziach poznawania prawa (identyfikacji określonych treści prawnych, systematyzacji czy krytycznej analizy tekstów prawnych).

Na koniec warto być może zwrócić uwagę i na tę okoliczność, iż „przesunięcie" rozważań o normach prawnych z poziomu tekstu prawnego na poziom języka nauki prawa, choć zmienia perspektywę postrzegania norm i ich funkcję, to jednak nie pozbawia tego pojęcia jego szczególnej roli, o której wspomniałem, rozpoczynając niniejszy artykuł. Nadal, a może nawet bardziej jeszcze, norma prawna zasługiwać będzie na miano pojęcia podstawowego dla prawoznawstwa, choć posadowienie jej w roli „przedmiotu" tej nauki uznać by już należało za niewłaściwe. Sytuując normę w zasobie pojęć, konstrukcji, reguł czy innych tego rodzaju użytecznych umiejętności, dających się ewentualnie określić jako tak zwana uniwersalna pragmatyka prawnicza, podkreślamy tylko jej szczególną rolę przede wszystkim w edukacji prawniczej. Jeżeli potraktować z powagą fundowane studiom akademickim reformy, których zamysł polega przecież między innymi na uczynieniu centralnym punktem edukacji prawniczej „kompetencji i umiejętności" (kosztem tradycyjnej, pozytywnej „wiedzy o prawie"), to zaprezentowany tu kierunek argumentacji pozwoliłby uznać właśnie wiedzę o normie za istotny składnik edukacyjnego wyposażenia prawnika, dający mu nie tylko podstawę do budowania analitycznie uporządkowanego obrazu prawa, ale także dostarczający narzędzia krytycznej oceny wszelkich innych tekstów, których pisanie i czytanie składa się na pracę prawnika. Być może zatem czasami warto jednak sięgnąć do „buchalterii prawniczej", oczywiście w nadziei, że służyć ona będzie jednak czemuś więcej niż tylko „męczeniu studentów na egzaminach".

O dwóch nietypowych koncepcjach normy oraz o ryzyku związanym z zewnętrzną integracją prawoznawstwa*

1. Dwudziesty wiek postrzegano jako okres, w którym dominowała filozofia analityczna. Filozofia ta uchodziła wręcz za wzorzec nowoczesnej nauki (niespekulatywnej filozofii)[1], adresowany przede wszystkim do nauk społecznych i humanistycznych, a więc również do prawoznawstwa. Z kolei ujmowana na sposób analityczny problematyka norm przez lata uchodziła za podstawowy, a nawet „pierwszy" problem ogólnej nauki o prawie[2]. Oparte na dorobku filozofii analitycznej konceptualizacje dotyczące norm były jednym z najliczniej podejmowanych zagadnień w ramach teorii prawa. To za sprawą analitycznej teorii norm (obok zintegrowanej z tą problematyką teorią wykładni) następowała daleko idąca integracja zewnętrzna prawoznawstwa z dorobkiem nowoczesnego językoznawstwa. Uprawianie teorii norm stało się również inspiracją do poszukiwania zastosowań logiki w prawoznawstwie, co skutkowało między innymi twierdzeniami z zakresu logiki norm czy logiką deontyczną. Dzisiaj na takie pytania, jak: co to jest norma, jaki jest jej kształt językowy, czym różni się zdanie od normy, co to jest znaczenie normatywne — odpowiedź znaleźć można głównie w prawniczych leksykonach i podręcznikach akademickich, i to bardziej w tych podstawowych, przeznaczonych do nauczania „Wstępu do prawoznawstwa", aniżeli w opracowaniach monograficznych i artykułach naukowych. Dorobek tradycyjnej, analitycznej

* Tekst pierwotnie opublikowany w: „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji" 100, 2015, nr 2, s. 587–602 (red. M. Jabłoński, *Księga Jubileuszowa na siedemdziesięciolecie Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego*).

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

2 Wszystkie „podstawowe zagadnienia rozpatrywane w prawoznawstwie dotyczą pośrednio lub bezpośrednio normy prawnej" — J. Wróblewski, *Norma prawna jako przedmiot prawoznawstwa*, „Państwo i Prawo" 1970, z. 5, s. 665.

teorii norm — szczególnie tej jej części, dla której lingwistyka strukturalistyczna i logika formalna były naukami pierwszymi — uchodził kiedyś nie tylko za dowód na zewnętrzną, opartą na paradygmacie naturalistycznym, integrację prawoznawstwa, ale wręcz za miarę naukowości prawoznawstwa. Dzisiaj już nie ten kierunek modeluje wzorce do naśladowania dla adeptów teorii i filozofii prawa. Dużo bardziej atrakcyjnymi wydają się prawnicze inspiracje powodowane dorobkiem teorii literatury, krytyki literackiej, krytycznej socjologii czy w ogóle szeroko pojętej kultury (S. Fish, M. Nussbaum, R. Rorty). I tutaj pojawia się argument przywołujący potrzebę zewnętrznej integracji prawoznawstwa, jednak już bez szukania wzorca, narzucającego określony (poprawny, jedyny) sposób uprawiania nauki. Pomimo tak odmienionych kierunków integracji zewnętrznej, narzucania prawoznawstwu rygorów z tym związanych (w przypadku kierunku „humanizującego prawoznawstwo" bardziej chyba chodzi o problemową inspirację niż integrację w jakimś sensie podstawowym) warto za każdym razem przy tego rodzaju ofertach zadać sobie pytanie o koszty dla integrowanej nauki, a nawet o zagrożenia dla prawoznawstwa z tym związane.

W niniejszym artykule chciałbym przywołać dwie, dzisiaj coraz rzadziej dyskutowane, budowane niezależnie od siebie, koncepcje normy, które w programie integracji zewnętrznej wpisują się w pierwszy, z nakreślonych wyżej kierunków[3]. Jednak również dla zwolenników narracji konkurencyjnych, zalecających integrowanie się wokół szeroko pojętej humanistyki, wnioski z tych dwóch przedsięwzięć badawczych mogą, jak sądzę, okazać się pożyteczne — o ile oczywiście uznamy, że problemowa autonomia nauk prawnych jest mimo wszystko wartością zasługującą na uszanowanie. Mam tu na uwadze koncepcje normy, z których jedna jest rodzimym zamysłem teoretycznym, rozpoznawanym pod nazwą „nielingwistycznej koncepcji normy" (K. Opałek i J. Woleński)[4], druga natomiast to tak zwana ekspresyjna koncepcja normy, zaproponowana przez C.E. Alchourróna i E. Bulygina[5]. Poza podobnym kierunkiem

3 Przedstawiane w pkt 3 i 4 niniejszego artykułu koncepcje normy w pierwotnej postaci przedstawiłem w pracy *Użycie normy prawnej w regulacji stosunków gospodarczych*, Wrocław 2000, s. 97 i n.

4 K. Opałek, *Argumenty za nielingwistyczną koncepcją normy. Uwagi dyskusyjne*, „Studia Prawnicze" 1985, nr 3–4; K. Opałek, *Dwoistość ujęcia normy w nauce prawa*, „Państwo i Prawo" 1988, z. 6, s. 3–12; K. Opałek, *Wartości i oceny w świetle dwóch teorii norm*, [w:] *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, red. S. Wronkowska, M. Zieliński, Poznań 1990; K. Opałek, J. Woleński, *Logika i interpretacja powinności*, „Krakowskie Studia Prawnicze" 1988, nr 21, s. 13–29; K. Opałek, J. Woleński, *Is, Ought and Logic,* „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie" 73, 1987, s. 373–387.

5 C.E. Alchourrón, *Logic of Norms and Logic of Normative Propositions*, „Logique et Analise" 1969, nr 12, s. 242–268; C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems*, Wien-New

poszukiwań (to jest interpretowaniem w zastanym języku logiki prawniczych twierdzeń o normie prawnej i ich systemie), koncepcje te łączyło także to, że próbowały odwoływać się do dorobku pragmatyki języka, a więc wpisywały się, lub przynajmniej brały pod uwagę, argumenty zgłaszane przez przeciwników tak zwanych twardych metod analitycznych. A to już nieco zaciera dystynkcję pomiędzy tradycyjnym podejściem analitycznym a tym antynaturalistycznie zorientowanym, który zbiorczo nazywany bywa filozofią postanalityczną — z panteonem postaci.

2. Jakie konsekwencje dla prawniczej teorii norm mogą być następstwem zastosowania pojęć (koncepcji) zapożyczonych z nauki ukształtowanej na zewnątrz dyscypliny, do której są aplikowane? Sądzę, że możliwe są tu dwie ogólne odpowiedzi. Po pierwsze, twierdzenia te mogą być użyte jako teoretyczna podstawa — jako pewien zespół przyjmowanych przez teoretyka prawa założeń, których aplikacyjną konsekwencją będą określone twierdzenia prawnicze dotyczące norm. Będzie to zatem pewien wariant redukcji, w rozpatrywanym przypadku, twierdzeń o normie do zakresowo ogólniejszej nieprawniczej teorii czy koncepcji. Twierdzenie dotyczące rozumienia normy należałoby wtedy traktować jako pochodne wobec twierdzeń innej teorii. Rolę takiej teorii podstawowej — zorientowanej w tym przypadku na pragmatyczny aspekt języka — w prawoznawstwie odgrywałaby chociażby teoria performatywów J.L. Austina (w innym okresie nazywana teorią aktów illokucji[6]). Dotyczy to zarówno nielingwistycznej koncepcji normy, jak i ujęcia ekspresywnego. U podstaw takich prób bezpośredniego wywodzenia konsekwencji prawniczych z pragmatyki językowej tkwi przekonanie, iż teorie wyjściowe są na tyle metodologicznie dojrzałe, że przyjmując je za podstawę, można z nich wywieść spójny, zintegrowany z zewnętrznym otoczeniem pogląd na temat norm prawnych. Wiąże się z tym jednak również ryzyko. Każda taka redukcja oparta jest na uogólnieniu, które może zniekształcać zastane przekonania prawnicze oraz prowadzić do zapoznania problemów istotnych dla praktyki realizowanej na gruncie redukowanej teorii.

Redukcjonistyczne zagrożenie stanie się realne wtedy, gdy tego rodzaju podejściu towarzyszyć będzie formułowanie przekonań o charakterze ontologicznym, a więc gdy twierdzenia o pojęciu normy połączymy

York 1971; C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *The Expressive Conception of Norms*, [w:] *New Studies of Deontic Logic*, red. R. Hilpinen, Dodrecht-Boston-London 1981.

6 Opisana przede wszystkim w znanej pracy *How to Do Things with Words*, Oxford 1962; przekład polski: J.L. Austin, *Mówienie i poznawanie. Rozprawy i wykłady filozoficzne*, przeł. B. Chwedeńczuk, Warszawa 1993.

z twierdzeniami o „istotnych" cechach samego prawa: poszczególnych norm przypisywanych prawodawcy, ich całościowego rezultatu (systemu prawa) czy też chociażby z jakimiś dominującymi właściwościami tekstów aktów prawnych[7]. Przyjęcie „z zewnątrz" określonej teorii jako podstawy tez prawniczych, a nawet już choćby tylko posłużenie się „nieprawniczą" siatką pojęciową, może prowadzić do łatwego formułowania twierdzeń o prawie jako prostej konsekwencji przyjęcia określonych znaczeń terminów ogólniejszych czy koncepcji zakresowo pojemniejszych. W imię metodologicznego postulatu redukcji teorii szczegółowych do bardziej ogólnych czynimy zadość ambicjom teoretycznym, jednak możemy zgubić problemy, które teorie redukowane często z dobrym skutkiem do tej pory rozwiązywały. Oparta na takich założeniach badawczych koncepcja normy okazać się może wtedy nieintuicyjna i może być oceniona przez środowisko prawnicze jako konstrukcja sztuczna, nieprzydatna do rozwiązywania problemów teoretycznych i praktycznych uznawanych dla prawoznawstwa za doniosłe. Powodować to może komplikacje przy rozwiązywaniu nawet takich problemów, które mogłyby się do tej pory prawnikom wydawać w miarę proste i rozwiązywalne. Jeżeli nie chcemy lekceważyć prawniczego punktu widzenia, to bardziej rozsądna wydaje się taka postawa badawcza, w której dopuszcza się konwencjonalny status pojęć oraz ich instrumentalne wykorzystanie w prawoznawstwie (tak zwane pojęcia-narzędzia w terminologii F. Longchampsa)[8]. Rezygnujemy wtedy z udzielania odpowiedzi na pytania typu „czym jest norma prawna?". Natomiast otwieramy sobie na przykład możliwość „nazywania lub definiowania normy w terminach typowych dla pragmatyki"[9].

Próby aplikowania pojęć i koncepcji spoza nauk prawnych na obszar prawoznawstwa są bezpieczniejsze przy założeniu umiarkowanego konwencjonalizmu w podejściu do wykorzystywanej aparatury pojęciowej. Nie próbuje się wtedy ingerować z zewnątrz w naukę przez propozycje rewizji jej dotychczasowych pojęć. Kierując się potrzebami poznawczymi, badacz dobiera sobie spośród zastanych poglądów, formułowanych

7 O esencjalizmie i konwencjonalizmie w poglądach na strukturę normy — zob. J. Wróblewski, *Reguły prawne w analitycznej teorii prawa*, „Studia Prawno-Ekonomiczne" 35, 1985, s. 17 i n.; J. Wróblewski, *Norma generalna i norma indywidualna*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego. Nauki Społeczno-Humanistyczne", Seria I, z. 23, s. 23; oraz. K. Opałek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969, s. 60.

8 Interpretację takiego podejścia znajdujemy u K. Ajdukiewicza, *Obraz świata a aparatura pojęciowa*, [w:] *Język i poznanie*, t. 1, Warszawa 1985, s. 193; zob. także F. Longchamps, *Uwagi o używaniu pojęć w naukach prawnych*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Wrocławskiego", Seria A, nr 27, Prawo VII, Wrocław 1960, s. 11 oraz F. Longchamps, *Z problemów poznania prawa*, Wrocław 1968.

9 J. Wróblewski, *Reguły prawne w analitycznej teorii prawa*, „Studia Prawno-Ekonomiczne" 34, 1985, s. 14–15.

na gruncie aplikowanej nauki, te, które są dlań poznawczo użyteczne. U podstaw takiego podejścia leży przekonanie o istnieniu chociażby względnej autonomii prawoznawstwa i praktyki prawniczej, a także o sensowności wyodrębnienia „wewnętrznej" perspektywy łączącej w sobie zarówno praktykę i dogmatykę prawniczą, jak i — co szczególnie warte jest podkreślenia — teorię prawa jako składnik zintegrowany z doktryną i praktyką prawniczą[10]. Perspektywę tę wyznacza jednak przede wszystkim określone pole problemowe, w dużo mniejszym zaś stopniu język i koncepcje służące opisywaniu i eksplikowaniu tych problemów[11]. W takiej sytuacji odwoływanie się do poglądów lub pojęć powstających poza prawoznawstwem ma sens wyłącznie instrumentalny; jest zatem również swoistym pragmatycznym (pragmatycznym na poziomie metajęzykowym)[12] „użyciem" konstrukcji nieprawniczych, jednak takim ich użyciem, które zasadniczo podporządkowane jest prawniczym celom badawczym.

3. Nielingwistyczna koncepcja normy wspiera się na założeniach teorii performatywów Johna L. Austina[13]. Propozycja K. Opałka i J. Woleńskiego w sposób na tyle wyraźny identyfikuje swoje podstawy w pragmalingwistycznych poglądach Austina, że można ją traktować jako teoretycznoprawne rozwinięcie Austinowskiej teorii języka. Zgodnie z nazwą zaproponowaną dla swojej koncepcji polscy autorzy dochodzą do przekonania, iż pojęcia normy nie da się pogodzić zarówno z założeniami apragmatycznego, jak i pragmatycznego rozumienia języka i proponują uznać normę za akt wolicjonalno-decyzyjny[14], a więc usytuować ją w wymiarze realnym, przede wszystkim psychologicznym[15]. Otrzymujemy zatem rozwiązanie, które zdaje się znajdować blisko poglądów na temat norm formułowanych w ramach realizmu prawniczego[16]. „Nasza nielingwistyczna koncepcja normy rozróżnia akt normowania, normę jako jego wytwór oraz wypowiedź normatywną,

---

10 Zob. Z. Ziembiński, *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, Warszawa-Poznań 1983, s. 20.

11 Por. A. Peczenik, *Wartość naukowa dogmatyki prawa*, Kraków 1966, s. 7 i n.

12 Por. J. Pelc, *Wstęp do semiotyki*, Warszawa 1982, s. 306.

13 K. Opałek, *Argumenty za nielingwistyczną koncepcją normy*, s. 205, 206.

14 Zob. na przykład K. Opałek, *Argumenty za nielingwistyczną koncepcją normy*, s. 208; K. Opałek, *Dwoistość ujęcia normy w nauce prawa*, s. 12; K. Opałek, J. Woleński, *Logika i interpretacja powinności*, s. 27; J. Woleński, *Z zagadnień analitycznej filozofii prawa*, Kraków 1980, rozdział III.

15 K. Opałek, *Dwoistość ujęcia normy w nauce prawa*, s. 12.

16 W polskiej literaturze koncepcję normy jako decyzji proponował S. Ehrlich — zob. na przykład *Wstęp do nauki o państwie i prawie*, Warszawa 1979; *Dynamika norm*, Warszawa 1988, s. 86 i n. oraz *Wiążące wzory zachowania. Rzecz o wielości systemów norm*, Warszawa 1995.

która jest wyrażeniem normy. Akt normowania jest czyjąś czynnością psychofizyczną; należy on do aktów performatywnych o charakterze decyzyjnym. Norma jest tym co jest normowane i nie jest żadną wypowiedzią; jako wytwór decyzyjnego aktu normowania jest czyjąś decyzją"[17]. „Twierdzimy, że normowanie jest pewnego rodzaju aktem, norma rezultatem takiego aktu, a wypowiedź normatywna — wyrazem normy; [...] norma jest zawsze jakąś decyzją"[18]. Akt normowania jest szczególnego rodzaju zachowaniem językowym, mieszczącym się w obszarze wykonawstwa językowego. Jako akt performatywny poddany jest określonym semantycznym regułom języka, ale w pewnych przypadkach musi także odpowiadać szczególnym regułom pozajęzykowym[19]. Jego rola nie ogranicza się jednak do samego wykonawstwa reguł językowych, ponieważ akt performatywny nie sprowadza się do czystego aktu mowy, gdyż jest skonwencjonalizowanym aktem decyzyjnym, a zatem aktem, którego istotny składnik stanowi akt (akty) woli. Tym aktom woli daje się przypisać określony sens na podstawie interpretacji wyznaczających go norm[20].

Prezentowana konstrukcja myślowa rodzi pewne wątpliwości interpretacyjne, a przede wszystkim jedno zasadnicze dla prawoznawstwa pytanie: o problem, którego rozwikłaniu ma służyć. Zacznijmy jednak od wątpliwości. Dotyczy ona rozróżnienia aktu normowania, normy oraz wypowiedzi normatywnej. Jest to elementarna dla tej koncepcji triada pojęciowa. Niejasna wydaje się odrębność pojęciowa pomiędzy dwiema pierwszymi kategoriami, a w szczególności czym w owym trójpodziale ma być norma. Na pewno wiemy tylko jedno, że norma jest czymś innym niż wypowiedź normatywna, gdyż ta ostatnia jest zdaniem w sensie logicznym (zdaniem deontycznym), prawdziwym wtedy i tylko wtedy, gdy odpowiedni akt performatywny jest udany (to znaczy doprowadził do wytworzenia normy)[21]. Na pytanie jednak, czym jest już sama norma — jak należy rozumieć pojęcie normy, odpowiedzi jest kilka: aktem performatywnym[22], aktem woli i/lub rozkazem[23], decyzją[24], wytworem aktu normowania[25]. Odpowiedzi te są kategorialnie dość niespójne. Sytuując na przykład normę w obszarze

17 K. Opałek, *Dwoistość ujęcia normy w nauce prawa*, s. 10.
18 K. Opałek, J. Woleński, *Logika i interpretacja powinności*, s. 27.
19 K. Opałek, *Argumenty za nielingwistyczną koncepcją normy*, s. 199.
20 *Ibidem*, s. 203 i 204.
21 K. Opałek, *Dwoistość ujęcia normy w nauce prawa*, s. 10.
22 K. Opałek, *Argumenty za nielingwistyczną koncepcją normy*, s. 200.
23 K. Opałek, *Dwoistość ujęcia normy w nauce prawa*, s. 12.
24 K. Opałek, J. Woleński, *Logika i interpretacja powinności*, s. 27.
25 K. Opałek, *Dwoistość ujęcia normy w nauce prawa*, s. 10.

aktów performatywnych, uznajemy ją — mimo nazywania koncepcji „nielingwistyczną" — za rodzaj zachowania językowego, a więc jednak za element języka (jak bowiem inaczej rozumieć Austinowską koncepcję performatywów jako działania za pomocą słów). Koncepcja ta jest zatem „nielingwistyczna", ale tylko przy pewnym, dość wąskim rozumieniu lingwistyki, to jest jako nauki o systemach i strukturach językowych.

Należy też zauważyć, że o ile jednak jeszcze trzy pierwsze odpowiedzi są o tyle wewnętrznie spójne, że łączą je pewne jednolite rozumienia performatywu jako aktu określonego rodzaju[26] (czynności rozkazywania, decydowania, wyrażania woli), a więc takiego wypowiedzenia językowego, które warunkowane jest zarówno okolicznościami, w jakich wykonywany jest akt językowy (na przykład kontekstowość rozkazu, decyzji), jak i przekonaniami dokonujących go osób (intencjonalność rozkazu, decyzji, aktu woli)[27] — o tyle już uznanie normy za wytwór aktu normowania zakładałoby, że norma jest skutkiem dokonywanego aktu, a nie samym aktem. Tym razem mamy z kolei do czynienia z pewnym odstępstwem na rzecz języka pojmowanego jako zbiór dokonanych już wypowiedzeń — rezultatów zachowania językowego manifestującego się na poziomie tekstu. Norma przestaje tu być wyłącznie aktem *parole*. Jeżeli natomiast chcemy twierdzić, że norma jest jednak czymś innym, niż sam akt normowania, a dodatkowo nie jest rezultatem językowym (jest przecież z założenia czymś różnym od wypowiedzi normatywnej, od tekstu prawnego), to czym jest?[28]

Szczegółowe nauki prawne oraz praktyka prawnicza zasadniczo nie są zainteresowane samym aktem normowania. Jest to bowiem problem sytuujący się w obszarze źródeł prawa. Uwagę prawników skupiają przede wszystkim pewne trwałe, zobiektywizowane rezultaty tego aktu, informacyjnie doniosłe dla ustalania określonych obowiązków prawnych. Podstawą do rekonstruowania obowiązków będą zatem wypowiedzi normatywne — one bowiem zaświadczają o tym, co jest prawem. Jaką w tej sytuacji rolę do spełnienia będzie miało pojęcie normy? Nie będzie ono mogło być traktowane jako źródło generujące w sobie reguły rekonstrukcji i interpretacji obowiązków z tekstu prawnego. Norma nie będzie tu miała określonego kształtu językowego, nie będzie posiadała tak zwanej struktury — w sensie, w jakim do tej pory prawnicy zwykli mówić o językowej strukturze normy. Co zastąpi nam

26 J.L. Austin, *Jak działać słowami*, s. 559.

27 *Ibidem*, s. 563 i 564 — zob. warunki A.2 i Γ.I.

28 „Twierdzimy, że normowanie jest pewnego rodzaju aktem, norma — rezultatem takiego aktu", „[...] norma jest tym, co jest normowane [...]" — K. Opałek, J. Woleński, *Logika i interpretacja powinności*, s. 27.

zatem pojęcie normy w pełnionej do tej pory prawniczej roli — to jest źródła generującego w sobie językowe reguły służące konstrukcji i rekonstrukcji obowiązków z tekstu prawnego? Najprawdopodobniej reguły takie przypisywane byłyby wypowiedziom normatywnym. A jeśli tak, to wrócilibyśmy wtedy do jakiegoś pojęcia normy jako wypowiedzi o określonej językowo strukturze, tyle że zapewne nie nazwalibyśmy tej wypowiedzi normą[29]. Eliminując pojęcie normy jako wypowiedzi języka, nie eliminujemy przecież problemów językowych, które teksty prawne przysparzają prawnikom. Zastępując normę wypowiedzią normatywną, pozostajemy ze stałym pytaniem o „normatywny" sens wypowiedzi pochodzących od prawodawcy. Zapewne okazałoby się, że wiele dotychczasowych twierdzeń o normie zachowałoby swoją aktualność jako element charakterystyki „wypowiedzi normatywnej". Wydaje się, że pojęcia wypowiedzi normatywnej i przepisu prawnego będą miały ze sobą sporo wspólnego. Warto na tle tej propozycji zatem rozważyć, czy w zakładanej triadzie pojęciowej jest jeszcze miejsce na tak utrwalone w języku prawnym i prawniczym pojęcie przepisu.

Dokonywanie takich aktów performatywnych, które stanowią językową formę podejmowania decyzji prawnych, poddawane jest zarówno ogólnym regułom wykonawstwa językowego, jak i szczególnym regułom prawnym i prawniczym (kompetencjom prawnym, regułom ujmowanym w ramach normatywnej koncepcji źródeł prawa). Gdybyśmy chcieli reguły te identyfikować jako akty wolicjonalno-decyzyjne, to przestaje być jasne, skąd czerpać należy wiedzę umożliwiającą poprawne przypisywanie sensu tym aktom oraz instruujących, jak należy ich dokonywać. Pozostaje wtedy, właściwa wszystkim realistycznym ujęciom, obserwacja zastanych praktyk językowych. Zanika wtedy „regulatywność" reguł, a pojawia się „regularność" ich intuicyjnego dochowywania przez użytkowników. O ile na poziomie wykonawstwa ogólnojęzykowego taka sytuacja wydaje się w pełni do zaakceptowania, o tyle na poziomie języka prawnego przyjdzie nam to z dużo większymi oporami. Język prawny trudno bowiem ograniczyć do roli lingwistycznego rejestru dokonanych aktów performatywnych. Jest to niezgodne ze stanowiskiem teorii prawa, wedle którego język ten jest użyciem o charakterze produktywnym[30]. W koncepcji nielingwistycznej pomija się regulatywny aspekt

29 W takim mniej więcej kierunku szły zgłaszane niegdyś propozycje S. Grzybowskiego — zob. S. Grzybowski, *Wypowiedź normatywna i jej struktura formalna*, Kraków 1961.

30 T. Gizbert-Studnicki, *Język prawny a język prawniczy*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace Prawnicze" 1972, z. 55, s. 229–232; o tym, że produktywność może też być cechą niektórych wypowiedzi języka prawnego — Z. Ziembiński, *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, s. 10 i n.; zob. także A. Bator, *Wpływ zmian w prawie na kształtowanie się pojęć prawniczych*, [w:] *Struktura i funkcje teorii prawa*, red. H. Rot, Wrocław 1989, s. 114.

języka prawnego. Wydaje się bowiem, że tekst prawny jest jednak czymś więcej niż tylko zespołem zdań (zdań deontycznych) stwierdzających istnienie normy jako aktu wolicjalno-decyzyjnego. Pomijamy tu podwójną, informatywno-regulatywną rolę tekstów prawnych.

Koncepcja ta niewątpliwie spełniła zasadniczy cel, który przed sobą postawiła. Rozwiązała problem tak zwanego znaczenia normatywnego. Uznając normy za decyzje, wyjęła je z płaszczyzny logiczno-językowej, przenosząc problem w obszar rozważań pozajęzykowych, głównie psychologicznych. Z kolei wprowadzenie w to miejsce pojęcia wypowiedzi normatywnej jako zwrotu językowego jedynie informacyjnie wyrażającego normę pozwoliło przełamać barierę, z którą prawoznawstwo do tej pory nie potrafiło sobie poradzić — to jest uwolniło teoretyków prawa i logików od potrzeby budowania logiki norm. W koncepcji nielingwistycznej logika prawnicza staje się bowiem logiką zdań (zdań deontycznych)[31]. A zatem rozwiązanie problemu znaczenia normatywnego, czy też przezwyciężenie dylematów związanych z realizacją programu budowy logiki norm, nastąpiło w ramach referowanej koncepcji nie tyle przez rozwikłanie dotychczasowych, zadawnionych problemów, ile raczej przez ich usunięcie z zastanego pola badawczego[32]. Niewątpliwie daje to pewną korzyść, a przynajmniej jest pewną propozycją, gdy chodzi o ustalanie relacji między twierdzeniami teorii prawa o języku prawniczym a tak zwaną ogólną semantyką czy logiką formalną. Jest to zatem koncepcja adresowana przede wszystkim do teoretyków i filozofów prawa. Jej autorzy nie rozważają natomiast konsekwencji proponowanych przez siebie rozwiązań dla praktyki prawniczej — tego mianowicie, jaki wpływ będą miały założenia tej koncepcji na rozwiązywanie tradycyjnych problemów prawnych, w tym w szczególności problemów z dziedziny dogmatyki prawa. A zatem choć nielingwistyczna koncepcja normy odwołuje się do programu badawczego pragmatyki, przez to, że zakłada ujęcie języka jako aktu mowy („działania za pomocą słów"), to jednak zapoznaje to, co jest dla podejścia pragmatycznego najistotniejsze, a co wyrażane jest przez tak zwaną zasadę pragmatyczną.

Omawiana koncepcja niesie ze sobą dość istotne komplikacje przy próbie jej zastosowania w bardziej szczegółowych rozważaniach prawniczych. Niżej wskażę tylko na jedną taką komplikację, mianowicie związaną z wpasowaniem nielingwistycznej koncepcji normy w istotną dla prawoznawstwa tezę o adaptacyjnym (optymalizacyjnym) charakterze

31 Por. K. Opałek, *Dwoistość ujęcia normy w nauce prawa*, s. 3; K. Opałek, *Argumenty za nielingwistyczną koncepcją normy*, s. 209; J. Woleński, *Z zagadnień analitycznej filozofii prawa*, rozdział III.

32 Por. K. Opałek, J. Woleński, *Logika i interpretacja powinności*, s. 25.

wykładni dogmatyki prawa[33]. Jeżeli, zgodnie z tezami przywołanej koncepcji, założymy, że tekst prawny nie składa się z norm, nie służy rekonstruowaniu norm przez jego użytkownika, lecz jest jedynie źródłem poznawania treści podjętych wcześniej przez prawodawcę aktów woli, to odbieramy tym samym interpretatorowi tak pozycjonowanego tekstu tytuł do jakiejkolwiek twórczej, a więc i adaptacyjnej jego interpretacji. Koncepcja racjonalności prawodawcy (wewnętrznej doskonałości) przestaje tu pełnić funkcję formalnego założenia, pod którym ukrywana jest rzeczywista, kierowana względami pozapoznawczymi, a więc często *de facto* produktywna aktywność prawnika-interpretatora[34]. W świetle koncepcji nielingwistycznej podejmowane przez interpretatora czynności są wyłącznie „odkrywaniem" rzeczywistej woli prawodawcy. Pojęcie woli prawodawcy traci tu swój dotychczasowy, legitymizujący sens, a staje się dyrektywą rzeczywistego postępowania. To co nazwane zostało przez L. Nowaka „strukturą powierzchniową prawoznawstwa" (ustalanie tak zwanej woli prawodawcy)[35], staje się tutaj „strukturą jedyną możliwą", choć precyzyjniej rzecz nazywając, samo mówienie o jakichkolwiek strukturach, a szczególnie o strukturze „głębokiej" traci tu sens. Interpretator nie musi już poprzez przyjmowane założenia dotyczące prawodawcy mistyfikować swoich praktyczno-celowych działań po to, by zachować pozory aktywności odtwórczej. W nielingwistycznej koncepcji normy sytuacja interpretatora upodabnia się do sytuacji historyka, który badając dostępne mu świadectwa językowe, ustala fakty z przeszłości (podjęte decyzje, wykonane akty performatywne). Odrzucając adaptacyjny charakter wykładni prawa, pozbawiamy tym samym interpretatora możliwości podejmowania celowo-racjonalnych działań, czynienia takiego użytku w procesie rekonstruowania treści obowiązków prawnych, który pozwoli mu wpływać na rozwiązywanie jego własnych problemów w sposób uznany przezeń za pożądany[36].

4. C.E. Alchourrón i E. Bulygin realizują ostrożniejszy program badawczy analizy norm, a w konsekwencji ich pogląd na temat językowego rozumienia norm jest bardziej umiarkowany, mimo że również w tym przypadku cel, który sobie stawiają, jest zbieżny z zamiarami twórców

33 Interpretacja prawnicza zmierza „nie do odtwarzania intencji autora tekstu (jak interpretacja historyczna), lecz [...] do pokazania, że materiał interpretowany ma doniosłość dla rozstrzygnięcia tych problemów, które są istotne dla samego interpretatora, czy też grupy społecznej przez niego reprezentowanej" — L. Nowak, *Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawoznawstwa*, Warszawa 1973, s. 175.

34 *Ibidem*, s. 173–175.

35 *Ibidem*, s. 11.

36 *Ibidem*, s. 175–176.

nielingwistycznej koncepcji normy. Tym celem jest likwidacja pojęciowego i kategorialnego zamętu powstającego w związku z pytaniem o logiczny status norm. Autorzy ci rozwiązanie problemu dostrzegają w konsekwentnym wyodrębnianiu i przeciwstawianiu dwóch ujęć norm. Pierwsze z nich odwołuje się głównie do wymiaru semantycznego języka jako pewnej teoretycznej struktury składającej się ze zwrotów o względnie trwałych znaczeniach. Pozwala to traktować normę (system norm) jako coś zarówno względnie stałego, posiadającego cechę czasowej ciągłości, jak i niezależnego od jednostkowych i temporalnych faktów użycia takich norm. Norma jest tu definiowana jako znaczenie pewnego rodzaju wyrażeń, określanych jako wypowiedzi normatywne, które stanowią językowy wyraz norm. Poszukiwanie owych znaczeń normatywnych odbywa się w sposób analogiczny do zabiegów przeprowadzanych na gruncie zdań. W efekcie uzyskujemy pojęcie normy jako preskryptywne znaczenie wypowiedzi normatywnej wyodrębniane dzięki temu, że jest odmienne od znaczenia deskryptywnego. Znaczenie to ma charakter złożony, gdyż wymaga wcześniejszej operacji rozczłonkowania wypowiedzi normatywnej (*'Op'*) na dwa komponenty: na deskryptywne wyrażenie *p* oraz normatywny operator *O*. Pierwsze z nich jako deskryptywne nie stwarza logikom szczególnych problemów, drugi zaś komponent, operator normatywny, jest ujmowany przez analogię do operatorów występujących w logikach modalnych. W tym ujęciu normy są całkowicie niezależne od jakiegokolwiek możliwego kontekstu, w którym język jako zbiór semiotycznych znaków lub symboli jest lub może być użyty. Norma jest tu abstraktem istniejącym tylko w wymiarze konceptualnym[37]. Tego rodzaju propozycję pojmowania normy autorzy nazywają hyletyczną koncepcją normy[38]. Jak widać jest to takie ujęcie, które programowo odcina się od definiowania normy w terminach pragmatyki.

Propozycja alternatywna to tak zwane ekspresywne ujęcie normy. Normy są tu rezultatem preskryptywnego użycia języka. Ta sama wypowiedź może być użyta do różnych celów: żeby coś stwierdzić, zapytać, rozkazać, zasugerować itp. Rezultatem tego działania będzie odpowiednio: oświadczenie, zapytanie, rozkaz, sugestia. Te odmienne skutki są kwestią różnicowania poziomu pragmatycznego użycia języka i nie powodują żadnych konsekwencji na poziomie semantycznym. Każdy z tych

37 C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *The Expressive Conception of Norms*, s. 96.

38 Szerzej ujęcie to jest rozważane w pracy C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems*. Ujęcie to — jak przyznają sami autorzy — ma w logice i teorii prawa pewną tradycję, zaznaczoną przede wszystkim dorobkiem G. Kalinowskiego i O. Weinbergera (zob. C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *The Expressive Conception of Norms*, s. 98).

poziomów pragmatycznych wskazywany jest przez odmienny rodzaj aktu językowego. Przy czym istota ekspresywnej koncepcji normy najlepiej wyrażana jest przez rozkaz, co widać chociażby w proponowanym symbolu przedstawiania ujęcia ekspresywnego (norma jako *'!p'*, gdzie *!* symbolizuje użycie przez mówiącego słów w pragmatycznej funkcji rozkazywania, zaś *p* wskazuje na zawartość treściową zwrotów użytych w dokonanym akcie językowym)[39]. Podkreślić trzeba, że wyrażenie typu *'!p'* nie opisuje tu faktu, że *p* jest przedmiotem rozkazu. Na podstawie zwrotu typu „*A* rozkazuje, że *p*" jesteśmy w stanie stwierdzić tyle tylko, że miał miejsce pewien akt mowy, że zaszedł pewien fakt językowy, nigdy zaś ustalić, czy miał miejsce rozkaz jako jego szczególny rezultat. O tego rodzaju dokonawczej skuteczności języka decydować będą nie tyle wypowiadane słowa, ile sposób oraz okoliczności ich wypowiedzenia. Tak rozumiana ekspresywna koncepcja jest radykalnie różna i nieprzekładalna na język koncepcji hyletycznej. Odmienność natury tych różnych punktów widzenia w spojrzeniu na normę prowadzi do całkowicie różnych języków rozwiązywania podejmowanych problemów[40]. Koncepcji ekspresywnej zbędna jest także logika norm, ponieważ na jej gruncie nie występują logiczne relacje pomiędzy normami. Może tu być mowa jedynie o deontycznej logice wypowiedzi normatywnych. Ta ostatnia konkluzja wydaje się zasadniczym powodem, dla którego autorzy tak radykalnie wydzielają ujęcie hyletyczne i ekspresywne. Zabieg ten przekonuje ich mianowicie, że ta część zagadnień, która objęta jest ramami koncepcji ekspresywnej — a jest to przeważająca część tradycyjnej problematyki prawniczej[41] — może być uwolniona od formalnych reżimów stawianych zdaniom na gruncie logiki klasycznej.

W naszych rozważaniach istotniejsze jest to, jaką ewentualną korzyść można wynieść dla teorii prawa z referowanej koncepcji, a właściwie z zaproponowanego zróżnicowania w teoretycznym podejściu do norm. Autorzy dochodzą do tej kwestii, próbując na gruncie swojej propozycji doprecyzować pojęcie normy i systemu norm oraz rozumienie temporalności prawa. Punktem wyjścia jest rozkaz jako „istota aktywności językowej dokonywanej poprzez akty mowy, a polegająca na formułowaniu pewnych słów (lub innych symboli) posiadających określone

39 C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *The Expressive Conception of Norms*, s. 96–97 oraz 100.

40 *Ibidem*, s. 97. W pracy *Normative Systems* obaj autorzy dość mocno optowali za koncepcją hyletyczną jako problemowo pojemniejszą, później jednak skłonni byli uznać, że mamy tu raczej do czynienia z „koncepcyjnym zróżnicowaniem, z ukazywaniem przez każdą z tych koncepcji pomysłów, wyrażanych jednak w różnych językach" — C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *The Expressive Conception of Norms*, s. 99–100.

41 Do przedstawicieli ekspresywnej koncepcji normy autorzy zaliczają Benthama, Austina, Kelsena, Alfa Rossa, Raza i wielu innych — *ibidem*, s. 98.

znaczenie. Norma natomiast jest znaczącą wypowiedzią (*sentence*) użytą w sposób imperatywny (*!p*). Treściowa zawartość normy wyrażana jest przez zwrot *p*. Wtedy to akt rozkazywania może być przedstawiony jako akt *promulgowania* normy. Akt promulgowania ma temporalną, momentalną (*instantaneous*) egzystencję"[42]. Wydawane przez prawodawcę kolejne rozkazy rozszerzają obszar regulacji, dzięki czemu, w rezultacie imperatywnego użycia wypowiedzi, powstaje pewien zbiór rozkazów. Zbiór ten nie ma jednak cechy trwania w czasie, można go bowiem ujmować wyłącznie poprzez określone, momentalne sekwencje czasowe, w których istnieje[43]. Jeżeli egzystencję normy *!p* pojmować będziemy jako natychmiastowy akt prawodawcy rozkazujący *p*, to pojęcie systemu normatywnego traktować należałoby jako zbiór tych wszystkich wypowiedzi, które poświadczają dokonane rozkazy lub są ich konsekwencjami. System normatywny nie jest zatem zbiorem norm *!p*, lecz zbiorem wypowiedzi wyrażających treściową zawartość norm czy zwrotów typu *p*[44]. Dlatego też autorzy nie posługują się tradycyjnym pojęciem systemu norm, lecz jedynie pojęciem systemu normatywnego.

Jak widać stanowisko twórców ekspresywnej koncepcji normy w swoich założeniach jest bardzo zbieżne z poglądami autorów poprzednio przywołanego ujęcia nielingwistycznego. Podobnie jak to miało miejsce we wcześniej zreferowanej koncepcji, także i tutaj pojęcie normy odsunięte zostaje z dziedziny rozważań logicznych dzięki zastąpieniu go kategorią wypowiedzi normatywnej (*normative proposition*). Zabieg ten również w tym przypadku miał służyć rozwiązaniu zadawnionego problemu logiki norm, i otworzyć przed wypowiedziami normatywnymi drogę dla klasycznej już dziś logiki deontycznej G.H. von Wrighta[45]. Różnica pomiędzy propozycją K. Opałka i J. Woleńskiego a koncepcją Alchourróna i Bulygina jest z perspektywy teorii norm taka, że w pierwszym ujęciu pojęcie normy, usunięte z obszaru logiki formalnej, wysłane zostało nieco dalej, to jest całkowicie poza obszar przedmiotów językowych, gdy tymczasem w wariancie drugim autorzy byli mniej radykalni[46]. Uznali bowiem, że miejscem właściwym norm

---

42 C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *The Expressive Conception of Norms*, s. 100.

43 Zob. J. Raz, *The Concept of a Legal System*, Oxford 1970.

44 *Ibidem*, s. 101.

45 Por. G.H. von Wright, *Deontic Logic*, „Mind" 60, 1951, a także G.H. von Wright, *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*, Amsterdam 1968; Autorzy zastrzegają pewne warunki, z których najistotniejszym jest wymóg każdorazowej relatywizacji wypowiedzi normatywnych do systemu normatywnego — w znaczeniu przez siebie przyjętym (zob. C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *The Expressive Conception of Norms*, s. 120).

46 Przyznają to K. Opałek i J. Woleński, nazywając koncepcję ekspresywną „nie tak radykalną" — K. Opałek, J. Woleński, *Logika i interpretacja powinności*, s. 25, przypis 13.

jest jednak język, tyle że pojmowany na poziomie faktów, jakimi są skonkretyzowane, czasoprzestrzenne i społeczne sytuacje jego pragmatycznego (dyrektywnego) użycia. Odmienność ta być może bierze się stąd, że Alchourrón i Bulygin przyjmują nieco szersze rozumienie języka, wykraczające poza tradycyjny strukturalizm językoznawczy, obejmujące również problematykę z obszaru zbliżonego do socjolingwistyki. Jeśli jednak pominąć tę różnicę, to dojść należałoby do wniosku, że obie te koncepcje łączy to, że prowadzą do uznania normy za pewien rodzaj faktu empirycznego[47]. Daje to autorom każdej z tych koncepcji w sumie podobny rezultat badawczy: w obu przypadkach analityczna teoria prawa, uznająca kanony logiki klasycznej, nie musi się już zajmować tak rozumianymi normami.

Wydaje się jednak, że autorzy ekspresywnej koncepcji normy są z pewnego punktu widzenia nawet bardziej radykalni, a mianowicie w tym sensie, że wskazują w sposób bezpośredni na pewne kłopotliwe dla prawoznawstwa konsekwencje wynikające z proponowanego przez siebie ujęcia. Można powiedzieć, że w pełni świadomi są wyzwania, jakie proponowana przez nich koncepcja rodzi dla zastanego myślenia prawniczego o normach i ich systemie, a nawet, że z wyzwaniem tym próbują się w pewien sposób zmierzyć. Wyprowadzając konsekwencje z przyjętych przez siebie założeń, Alchourrón i Bulygin dochodzą bowiem do kłopotliwej dla prawoznawstwa konkluzji, a mianowicie formułują pogląd odrzucający temporalną egzystencję norm. Twierdzą, że upowszechnione w prawoznawstwie przekonanie o trwaniu i obowiązywaniu norm w czasie jest tylko pewną, wygodną dla prawników, metaforą myślową. Tym bowiem, co naprawdę tu istnieje, jest tylko obecność dwojakiego typu aktów (aktów rozkazywania oraz ich uchylania). Jest to jedyny empiryczny fakt relewantny z punktu widzenia egzystencji norm. Podobna konkluzja obejmuje też pojęcie systemu. Jeżeli, zdaniem autorów, prawnicy próbują stwierdzić, czy określone zachowanie lub stan rzeczy są doniosłe prawnie ze względu na pewien system, to tym, co faktycznie w takiej sytuacji czynią jest stwierdzenie, że w różnym czasie, różne zbiory wypowiedzi są dla nas punktem odniesienia — i to tylko umacnia prawnika w przekonaniu, że pewne zachowania lub stany rzeczy są zakazane lub dozwolone. Stwarza to iluzję, że system prawa zmienia się w czasie. Tymczasem są to już różne systemy. To nie prawo zmienia się w czasie, lecz różne momenty czasowe pozwalają wyodrębniać prawo jako ciąg zmieniających się sekwencji.

47 Zob. K. Opałek, *Dwoistość ujęcia normy w nauce prawa*, s. 11; C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *The Expressive Conception of Norms*, s. 106.

„Kiedy prawnicy mówią o systemie prawa jako trwającym w czasie (np. o systemie prawa francuskiego), to tym co w istocie mają na myśli jest nie system, lecz sekwencje systemów”[48]. Prawo jest zatem ciągiem aktów, nie jest zdolne trwać w czasie, a jedynie jest pewnym dzianiem się w czasie. Prawnicze przekonania o tym, że prawo obowiązuje w pewnych okresach czasowych jest metaforą, którą autorzy ekspresywnego ujęcia normy starają się zdemistyfikować.

Norma jest rodzajem wypowiedzi językowej mającej postać wytworu, jakiegoś językowego „stanu rzeczy”. Tylko takie przekonanie wydaje się odpowiadać intuicji prawniczej. Przekonanie, że norma ma jednak określoną „strukturę”, wiąże się z potrzebą rozpoznawania norm w poszczególnych wypowiedziach języka prawnego (zbiorach takich wypowiedzi), co stanowi niezbędny element procesu zmierzającego do zrekonstruowania określonych obowiązków prawnych adresatów norm. Wiedza o strukturze normy to wiedza o pewnym porządku, który pozwala prawnikowi orientować się w dostępnym materiale normatywnym oraz segregować go pod kątem istotności i kompletności; wiedza ta jest swoistą pojęciową „instrukcją”, zestawem kryjących się za pojęciem normy reguł, które zdolne są sterować procesem rekonstrukcji norm-egzemplarzy z przepisów prawnych. Jest to zarówno proces poznawczy, służący identyfikacji i porządkowaniu dostępnego materiału normatywnego, jak i decyzyjny, bo kończący się sformułowaniem określonej normy jako podstawy rozstrzygnięcia (orzecznictwo) lub projektu takiej postawy (dogmatyka prawa). A jeżeli system prawa składać się ma z elementów, które nazwiemy normami (a takie stanowisko zdaje się w prawoznawstwie dominować), to wymagania kierowane wobec rekonstruowanych z tekstu prawnego egzemplarzy norm muszą korespondować — powinny być symetryczne — z postulatami adresowanych wobec systemu prawa jako ich zbioru[49].

Tego rodzaju roszczeń nauki prawa i praktyki prawniczej nie można lekceważyć. Wszędzie bowiem tam, gdzie podejmowane są kwestie, których rozstrzygnięcie wymaga odwołania się do twierdzeń na temat określonych relacji (na przykład kwestia normy jako podstawy obowiązywania innej normy), niezbędne jest założenie, że tego typu relacje występują i że rządzą nimi określone prawidłowości, a zatem, że istnieje pewna struktura porządkująca elementy wchodzące w skład zbioru.

48 C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *The Expressive Conception of Norms*, s. 106.

49 Na przykład zamknięta struktura norm, traktowanie określonych sytuacji oraz sposobów zachowania się jako klas w sensie logicznym wiąże się z postulatem zupełności prawa jako systemu tak rozumianych norm — zob. na przykład Z. Ziembiński, *Logika praktyczna*, Warszawa 1976, s. 176 i n.

Dla praktyki orzeczniczej i dogmatyki prawa pojmowanie prawa jako usystematyzowanego zbioru wypowiedzi języka jest więc niezbędne. Zdominowanie prawoznawstwa przez poglądy uznające normę za wytwór językowy o określonych cechach, a system norm za pewien zbiór takich wytworów, nie jest zatem kwestią przyzwyczajeń prawniczych czy też aprobaty takich lub innych koncepcji, lecz wyrasta z ról, które prawo i prawoznawstwo mają do spełnienia. Istnieje tu oczywista potrzeba postrzegania prawa jako pewnego stanu, jako czegoś, co trwa i jest dane podmiotowi decyzji jako „obowiązująca" jednostkę podstawa działania. Z tych też powodów prawoznawstwo określając pojęcie normy prawnej, tak dużą wagę przywiązuje do kształtu językowego wypowiedzi, a takie pojęcia jak generalność i abstrakcyjność uchodzą za elementarne kategorie służące definiowaniu prawa (normy prawnej, systemu prawa). Kierowane pod adresem systemu prawa postulaty zupełności i niesprzeczności — tak ważne przecież z perspektywy egzegezy tekstu — należałoby podważyć, jeżeli odrzucimy założenie, że norma jest wypowiedzią języka i przyjmiemy w zamian rozumienie normy jako pewnego „momentalnego" aktu językowego, a system prawa jako diachronicznie wydzielony zespół takich momentalnych aktów[50].

Ujęcia normy, które wprost wyprowadzane są z założenia o aktowym charakterze języka (*parole*), okazują się dla praktyki prawniczej oraz nauk szczegółowych konstrukcjami nieodpowiadającymi ich potrzebom. W sposób możliwy do przyjęcia dla „rozumu prawniczego" normy nie dają się zatem traktować jako coś, co „dzieje się" w jakimś wymiarze czasoprzestrzennym, lecz jednak jako coś takiego, co w tym wymiarze „trwa"[51]. Norma ma bowiem obowiązywać w określonych przedziałach czasowych, ma posiadać swoje utrwalone w tekście prawnym składniki językowe, zdolne komunikować decyzje podjęte przez prawodawcę, wreszcie, składniki te do celów poznawczych lub praktycznych prawnik powinien móc porządkować wedle określonych reguł (reguł określających mniej lub bardziej standardowy kształt normy prawnej).

Obie wyżej omówione koncepcje normy są takimi propozycjami teoretycznymi, które trudno byłoby uznać za koncepty prawnicze. Są to w najlepszym razie ogólne, budowane na pewnych twierdzeniach logiki koncepcje, z których jedynie wynikają dla prawoznawstwa pewne konsekwencje. Stawiane tu problemy nie są jednak pytaniami

50 O tak zwanych momentalnych systemach prawa — zob. J. Raz, *Concept of a Legal System*, rozdział VIII.

51 T. Gizbert-Studnicki, *The Non-Lingustic Concept of Norm and Onthology*, [w:] *Sprache, Performanz und Ontologie des Rechts. Festgabe für Kazimierz Opałek 75. Geburstag*, red. W. Krawietz, J. Wróblewski, Berlin 1993, s. 432.

narzuconymi przez potrzeby samego prawoznawstwa. Dlatego również uzyskiwane odpowiedzi nie mogą być uznane za rozwiązanie problemów interesujących prawnika. Koncepcje te w imię zewnętrznej integracji nauk prawnych, dla uporządkowania relacji między tradycyjną logiką i teorią prawa, ryzykownie ingerują w zastany porządek pojęciowy prawoznawstwa. Przyjmują zdecydowanie punkt widzenia logiki. Dodajmy jeszcze, że choć motywowane są potrzebami rozwiązania pewnych podstawowych kwestii natury logicznej, to równocześnie powodują separacje logiki od prawoznawstwa przez to, że eliminują dostęp do argumentacji opartej na twierdzeniach logiki (przywołana wyżej kwestia zupełności i niesprzeczności systemu). Jeśliby przyjąć perspektywę nauk prawnych, to koncepcje te trudno byłoby uznać za sprzyjające lepszemu wyjaśnianiu zastanych pytań teorii prawa. Omówione wyżej propozycje w pewien sposób skomplikowały rozwiązywanie kwestii, które na gruncie tradycyjnych ujęć normy znalazły już dla siebie dobre rozwiązania[52]. Pragmatyczne założenia widoczne w obu koncepcjach prowadzą do separowania problematyki norm nie tylko wobec logiki, ale również wobec szerokich obszarów współczesnego językoznawstwa, a przynajmniej tych jego części, które sytuują wypowiedzi języka jako obiekty o określonych właściwościach semantycznych i syntaktycznych. A to właśnie ta część dorobku lingwistyki, jak się wydaje, najlepiej korespondowała z normatywnym wymiarem analitycznej teorii prawa (teorii norm) i najobszerniej wykorzystywana była w naukach prawnych. Nielingwistyczna i ekspresyjna koncepcje normy miały ingerować w ten stan i były przede wszystkim ugruntowaną na zewnątrz nauk prawnych propozycją pojęciowej systematyzacji prawniczej problematyki badawczej. Były ofertami kierowanymi w pierwszej kolejności do naukoznawcy, metodologa zainteresowanego dekonstrukcją (rozłożeniem na elementy podstawowe) zawiłości dostrzeganych w badaniach prawniczych w imię zasady jedności nauki. Propozycje te nie uwzględniały jednak rzeczywistej, społecznej roli, jaką mają do wypełnienia nauki prawne, a także nie dbały o wewnętrzną spójność problematyki prawniczej.

Wszystkie teorie analityczne są teoriami krytycznymi (normatywnymi). Jedne z nich swoje cele realizują, kierując się względami metodologicznymi. Zabiegają przede wszystkim o kategorialną czystość zastanych pojęć. Inne z kolei kierują się potrzebą wypełniania oczekiwań społecznych. Niezależnie jednak od tego, czy badania analityczne odwołują

52 Zob. krytycznie o tej koncepcji: Z. Ziembiński, *W związku z artykułem K. Opałka „Dwoistość ujęcia normy w nauce prawa"*, „Państwo i Prawo" 1988, z. 12, s. 105–108; T. Gizbert-Studnicki, *The Non-Lingustic Concept of Norm and Onthology*; J. Bjarup, *The Problem of „Directive meaning" Recosidered*, [w:] *Sprache, Performanz und Ontologie des Rechts*, s. 171–186.

się do wzorców opartych na tradycyjnej logice, czy też — jak to ma miejsce u przywołanych na wstępie przedstawicieli tak zwanego nurtu postanalitycznego, przekonujących prawników do integracji w kierunku przeciwnym — krytyczny ogląd zastanego sposobu uprawiania prawoznawstwa wydaje się łączyć te, skądinąd tak odległe od siebie, podejścia badawcze. Nie da się tu zalecić jakiejś jednej, prostej reguły naukowego postępowania. Postulat jakiejkolwiek zewnętrznej integracji, w przypadku dyscypliny takiej jak prawoznawstwo, wymaga ostrożności. Poza ideą uniwersalizacji postępowania naukowego czy wspólnotowej integracji środowiska prawników z otoczeniem, dla prawoznawstwa istotne są także wewnętrzne wartości, tradycja czy naukowe i orzecznicze uzusy stabilizujące zawodową aktywność prawnika i czyniące ją przewidywalną wobec środowiska społecznego. Uważne wsłuchiwanie się teoretyków i filozofów prawa w zgłaszane argumentacje, a zarazem rozsądny dystans wobec pojawiającej się krytyki wydają się jedynym rozsądnym wnioskiem wypływającym z tego rodzaju debat.

CZĘŚĆ PIĄTA

INSTRUMENTALIZACJA PRAWA

Instrumentalizacja jako aspekt prawa*

I. Spory wokół instrumentalizacji prawa nie są sporami o koncepcję prawa. Nie da się bowiem wyróżnić takiej całościowej wizji prawa, która budowałaby w sposób zamierzony tego rodzaju obraz prawa bądź też z której można by co najmniej wywieść konsekwencję taką jako konieczne następstwo akceptacji jej podstawowych tez. Jest natomiast niewątpliwie tak, że niektóre ze znanych nam koncepcji prawa bardziej niż inne sprzyjają możliwości instrumentalizacji działań prawnych — w tym przede wszystkim działań w obszarze stanowienia prawa — a przez to już dotyka je zarzut, którego sens sprowadza się nie tyle jednak do tego, że są koncepcjami instrumentalnymi, lecz że nie potrafią zapobiec pewnego typu działaniom, a przez to w pewien sposób legitymizują taką praktykę, w której dochodzi do nagannych przypadków instrumentalnego posłużenia się przez prawodawcę stworzonym przez siebie prawem. W taki sposób próbowano w okresie powojennym zaszeregować i zdyskwalifikować pozytywizm prawniczy, przerzucając nań współodpowiedzialność za decyzje polityczne faszystowskich Niemiec. Kwintesencję takiej postawy stanowił znany manifest G. Radbrucha zawarty w jego *Pięciu minutach filozofii prawa*[1].

Takie rozliczeniowe podejście wobec prawoznawstwa — choć w skali nieporównywalnej z przypadkiem lat powojennych — nie ominęło nas w okresie transformacji ustrojowej dokonywanej w Polsce w latach ostatniej dekady. Przybrało ono różne, choć wzajemnie przenikające się, wymiary: metodologicznego postulatu dokonania antypozytywistycznego

---

* Tekst pierwotnie opublikowany w: *Zmiany społeczne a zmiany w prawie. Aksjologia, konstytucja, integracja europejska*, red. L. Leszczyński, Wydawnictwo UMCS, Lublin 1999, s. 93–108.

1 G. Radbruch, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*, [w:] *Rechtsphilosophie*, oprac. E. Wolf, K.E. Koehler, Stuttgart 1963, s. 335–337; przeł. J. Zajadło w: „Colloquia Communia" 1988/1989, nr 1–6, s. 61 i 62.

przełomu w badaniach prawniczych[2], dyskusji wokół koncepcji państwa prawa[3] czy wreszcie bezpośrednio dotyczące już problemu pojmowania oraz granic (dopuszczalności) instrumentalizacji prawa[4]. Tym co pozwala łączyć powojenny odwrót od pozytywizmu prawniczego ze współczesną argumentacją jego obecnych przeciwników jest, w pewien sposób podobny, społeczny kontekst tych dyskusji. Niewątpliwie i teraz ocena praktyki prawniczej okresu minionego oraz silna potrzeba zdystansowania się od niej stanowiła bezpośrednią inspirację przynajmniej dla części polemistów uczestniczących w toczonych sporach. Tym jednak, co z perspektywy samej już teorii prawa zasadniczo różni każdy z tych kontekstów nie jest oczywiście społeczny (polityczny) wymiar samego kontekstu, co raczej perspektywy teoretyczne otwierające się przed prawnikami zniechęconymi minionymi doświadczeniami pozytywizmu prawniczego. O ile sytuacja, w której znalazł się G. Radbruch miała wymiar dramatycznego wyboru, jako że alternatywą, wobec której stanął w wyniku odrzucenia wyznawanych wcześniej poglądów, było przyznanie racji krytykowanym wcześniej zwolennikom prawa natury (jedynej liczącej się wtedy alternatywie teoretycznej), o tyle współcześni krytycy pozytywizmu prawniczego mają dużo większe pole wyboru alternatyw, stwarzające im możliwość usytuowania się także w jakimś wariancie teoretycznych koncepcji nazywanych zwykle koncepcjami „trzeciej drogi" (teorie komunikacyjne, hermeneutyka prawnicza, teorie argumentacji i inne). Pomimo istotnych odmienności pomiędzy sytuacją obecnego prawoznawstwa i sytuacją historyczną towarzyszącą manifestowi G. Radbrucha wspólną jednak dla obu tych kontekstów tendencją wydaje się przekonanie o kryzysie pozytywizmu prawniczego oraz towarzyszący temu zjawisku swego rodzaju exodus od tego tradycyjnego sposobu myślenia prawniczego, w kierunki uznawane w jakiejś mierze za alternatywne. Być może na współczesny — nieco jak się wydaje eklektyczny obraz prezentowany przez różne „nieklasyczne" warianty prawoznawstwa — pewien wpływ ma dekadenckie przekonanie

2 Por. artykuły zawarte w: „Colloquia Communia" 1988, nr 6 i 1989, nr 1.

3 W. Lang, *Instrumentalne pojmowanie prawa a państwo prawa*, „Państwo i Prawo" 1991, z. 12, s. 3 i n.; L. Morawski, *Spór o pojęcie państwa prawnego*, „Państwo i Prawo" 1994, z. 4, s. 3 i n. (polemicznie: H. Rot, „Państwo i Prawo" 1994, z. 7–8, s. 109 i n.; L. Morawski, „Państwo i Prawo" 1994, z. 12, s. 111 i n.); K. Działocha, W. Gromski, *Niepozytywistyczna koncepcja państwa prawnego a Trybunał Konstytucyjny*, „Państwo i Prawo" 1995, z. 3, s. 4 i n.; L. Morawski, *Zasada państwa prawnego — próba reinterpretacji*, „Acta Universitatis Nicolai Copernici. Prawo" 35, 1966, s. 3 i n.

4 L. Morawski, *Prawo jako technika społeczna — problemy aksjologiczne*, „Colloquia Communia" 1988/1989, nr 1–6, s. 19 i n.; L. Morawski, *Dwa podejścia do prawa. Kilka uwag*, [w:] *Prawo i prawoznawstwa wobec zmian społecznych*, red. H. Rot, Wrocław 1990, s. 93 i n.; L. Morawski, *Instrumentalizacja prawa (Zarys problemu)*, „Państwo i Prawo" 1993, z. 6, s. 16 i n.; W. Lang, *Instrumentalne pojmowanie prawa a państwo prawa.*

o kryzysie uznanych wartości, przekonanie, które z nie do końca jasnych powodów cyklicznie ogarnia człowieka w epoce *fin de siècle*.

Próba znajdowania przyczyn obecnego kształtowania się postaw opozycyjnych zarówno wobec koncepcji prawa opartej na założeniach pozytywizmu prawniczego, jak też wobec — pojęciowo łączonej z pozytywizmem jako bezpośrednia jego konsekwencja — instrumentalizacji prawa poprzez odwoływanie się do społecznego kontekstu „okresu przejściowego" dotknięta jest pewnym paradoksem. Otóż widoczna w polskiej literaturze teoretycznej ostatnich lat krytyka poglądów uznawanych za prowadzące do instrumentalizacji prawa przypada na okres przeprowadzania głębokich reform, i to zarówno reform społecznych (ustroju gospodarczego, dokonywanych przy istotnym udziale instrumentów prawnych), jak też zmian, których przedmiotem jest samo prawo (dostosowywanie go do standardów europejskich). A zatem — gdyby przyjąć dość powszechne przecież przekonanie żywione przez różne, nie tylko prawnicze, środowiska — o daleko posuniętej instrumentalizacji socjalistycznego prawa, to okaże się, że proces odchodzenia od stanu „instrumentalizacji" prawa, poprzez mechanizm reform ustrojowych, nie jest możliwy bez odwołania się do działań prawnych, które z natury rzeczy zorientowane są przecież również instrumentalnie. Jeśli nasze własne reformy dodatkowo ujmiemy jeszcze w szerszym kontekście, jakim jest obserwowany współcześnie proces budowania jednolitych europejskich struktur gospodarczych oraz standaryzacja większości obywatelskich instytucji prawnych, to otrzymamy obraz, który w pewnej przynajmniej perspektywie czasowej wydaje się wielce odległy od wzorcowych wizji postulowanych przez zwolenników różnych wariantów „nieinstrumentalnych" ujęć prawa. Posługując się analogią medyczną, można by powiedzieć, że mamy tu do czynienia z leczeniem zastanych struktur porządku prawnego metodą homeopatyczną, jeżeli oczywiście stan wyjściowy zechcemy potraktować jako chorobowy, a działania zmierzające do jego eliminacji jako proces jej usuwania. Nie w pełni jasno rysuje się też stan docelowy przeprowadzanych reform, zarówno polskich, jak i tych wdrażanych w skali europejskiej. Wiele wskazuje na to, że — przynajmniej gdy chodzi o stosunki gospodarcze— spodziewać się można tendencji do centralizacji decyzji i wykorzystywania norm (przede wszystkim, gdy chodzi o prawo unijne) jako środków wykonywania tych decyzji. Pomimo zatem tego, że czasy reform niewątpliwie sprzyjają instrumentalizacji prawa, to jednak wiele wskazuje na to, że skłonności tej nie da się potraktować jako wyłącznie syndromu okresu przemian. Jeśli zatem pomimo tego z jakichś powodów chcemy traktować sytuację instrumentalnego posługiwania się

prawem jako przypadek jego patologii, to nie pozostaje nam nic innego, jak uznać sytuację tę za rodzaj chronicznej przypadłości, z którą trzeba się po prostu pogodzić.

II. Jeśli przyjmiemy, że instrumentalizacja jest pewną trwałą właściwością, poprzez którą wyrażają się istotne elementy charakterystyki samego prawa, to powstaje pytanie o rolę, jaką cecha ta spełnia jako składnik opisu pojęcia prawa, a także, jak właściwość tę należałoby sytuować wobec innego — intuicyjnie rzecz biorąc — alternatywnego postulatu, który zgłaszany bywa w odniesieniu do porządku prawnego, to jest postulatu postrzegania prawa w jego wymiarze nieinstrumentalnym (jakkolwiek by go pojmować, czy jako wyraz wartości zasadniczych, czy jako na przykład konwencjonalne reguły komunikowania się). Druga część postawionego wyżej pytania dotyka kwestii, którą zwykle ujmuje się jako problem granic instrumentalizacji prawa.

Odrzucając przekonanie, iż zagadnienie instrumentalizacji wiąże się w sposób konieczny z przyjęciem określonego stanowiska w sporach wokół koncepcji prawa, odrzucić również należy język tych koncepcji jako metodę referowania tejże problematyki. Wydaje się, że z prawniczego punktu widzenia poznawczo wartościowszą formą prezentacji okazać się może taka perspektywa badawcza, w której problem instrumentalizacji zachowań jest obecny, a która nie jest uwikłana w notoryjnie polemiczny język sporów prawniczych pomiędzy pozytywizmem prawniczym a koncepcjami z różnych powodów uznawanymi za alternatywne wobec tradycyjnego myślenia pozytywistycznego. Taką możliwą do przyjęcia w badaniach nad instrumentalizacją prawa perspektywą, którą chcę zaproponować, jest punkt widzenia, który wyznaczają rozważania wokół pojęcia kultury. Choć jest to pojęcie dość ściśle związane z prawem, to jednak daleko wykraczające poza ten obszar, a przez to okazać się mogą teoretycznie inspirujące dla eksplikacji prawniczej problematyki instrumentalizacji.

III. Rozległość i trwałość sporów wokół pojęcia kultury zdaje się przekraczać swoimi wymiarami nawet prawnicze dysputy nad definicją prawa. Sądzę jednak, że z perspektywy interesującego nas tu problemu — narażając się jednak na nieuchronne w takim przypadku ryzyko uproszczeń — bogactwo to uporządkować w pewien sposób można, wyodrębniając dwa kanony rozumienia kultury.

Pierwszy z nich, historycznie chyba starszy, typowy wydaje się dla dziewiętnastowiecznej nauki niemieckiej poszukującej zasady umożliwiającej wyodrębnienie naukowej refleksji w obszarze humanistyki.

Inspiracji jej dopatrywać można się w heglowskim pojęciu ducha absolutnego — która to kategoria wyznacza następnie pewną linię rozwojową w pojmowaniu kultury, której podstawowymi etapami są diltheyowska koncepcja humanistyki jako nauki o duchu (*Geisteswissenschaften*), konstrukcja „nauki o kulturze" jako wartości H. Rickerta czy wreszcie spekulatywne teorie kultury M. Schelera czy A. Webera. Jedną z przewodnich myśli całej tej linii rozwojowej jest wyraźne przeciwstawienie kultury naturze oraz akcentowanie zasadniczych odrębności pomiędzy kulturą (pojmowaną jako wyraz trwałych, uniwersalnych wartości) i cywilizacją (łączoną z przemianami i postępem technologicznym.

I tak cywilizację — wedle na przykład Webera — określać należy jako proces racjonalizacji i intelektualizacji życia polegający na rozszerzeniu możliwości życiowych i takim ukształtowaniu sposobów ich zaspokajania, który zapewni najlepszą realizację celów ludzkiego życia. Cywilizacja jest przedłużeniem biologicznego procesu przystosowywania się, jest ekspansją bytu ludzkiego w jego zmaganiach się z zewnętrznymi i wewnętrznymi zaporami. Aparat, poprzez który człowiek obiektywizuje się w procesie cywilizacji, obejmuje zarówno środki służące do opanowywania natury, takie jak technika i jej narzędzia, jak i urządzenia ekonomiczne, społeczne i polityczne w rodzaju ekonomiki, państwa i prawa. Kultura natomiast przeciwstawia się cywilizacji właśnie poprzez swą niezależność od wszelkich życiowych konieczności i naturalnych potrzeb[5]. „Dopiero wtedy, kiedy życie wyzwoliwszy się z konieczności i potrzeb przetworzy się w strukturę stojącą ponad nimi, dopiero wówczas powstaje kultura"[6]. Kultura zaczyna się więc 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 naszej egzystencji [...]"[7]. Kultura zakłada zatem gotowość działania całkowicie bezinteresownego z punktu widzenia fizycznej egzystencji człowieka, a nawet wymaga poświęcenia tych interesów w imię zadań uznanych za wyższy, istotniejszy sens ludzkiego życia, stanowiąc — przynajmniej pod względem zakresu — odpowiednik ducha absolutnego u Hegla. W odniesieniu do kultury nie można mówić o postępie, w przeciwieństwie do cywilizacji, gdzie miarą postępu jest stopień zaspokajania potrzeb i ekspansja bytu kierującego się technicznym rozumem[8].

5 A. Weber, *Ideen zur Staats- und Kultursoziologie*, Karlsruhe 1927, s. 39, cyt. za: A. Kłoskowska, *Kultura masowa*, Warszawa 1980, s. 62.

6 *Ibidem*.

7 *Ibidem*.

8 Por. *ibidem*, s. 63–64.

Cywilizację utożsamia się tu z porządkiem technologicznym, opartym na utylitarnych działaniach instrumentalnych, w których postęp ma charakter kumulatywny i mierzony jest kryteriami sprawności funkcjonalnej, natomiast kulturę pojmuje się jako system wartości (wierzeń, ideologii, stylów ekspansji życia grupowego) pozbawionych praktycznej użyteczności, a uprawianych i rozwijanych bezinteresownie — jednak wartości trwałych, choć w swojej treści niekiedy zróżnicowanych z racji względności postaw i ocen.

Tego rodzaju dychotomiczny podział przeprowadzony na poziomie pojęć urabia przekonanie, iż również na poziomie zachowań realizujących obie te sfery można (i należy) dokonać podobnego rozróżnienia. A zatem, że należy kategorialnie wyodrębnić zachowania oparte na wartościach zasadniczych, realizujące jakiś przyjęty porządek kulturowy (zewnętrzne wartości ogólnokulturowe czy też środowiskowe wartości należące na przykład do kultury prawnej), a zarazem, że tak samo uprawnione jest wydzielenie jakichś zachowań *stricte* technicznych korzystnych dla podmiotu działania (interesownych) lub też niosących z sobą ogólniejszy (społeczny) postęp, choć zasadniczo jednak niezależnych od porządku, który fundują wartości zasadnicze.

IV. Jeżeli takie wyodrębnione dziedziny oraz występujące w nich odmienne typy zachowań zechcemy potraktować jako przedmiot regulacji prawnej, to — założywszy, że zróżnicowanie to w jakikolwiek sposób jest z prawniczego punktu widzenia nieobojętne, pojęcie instrumentalizacji w języku prawniczym może przybrać postać zarzutu kierowanego wobec normodawcy, iż myli, nie rozróżnia istotnie odrębnych obszarów regulacji, podporządkowując na przykład zachowania należące do dziedziny porządku kulturowego (zachowania z istoty swej kształtowane przez wartości zasadnicze) myśleniu opartemu na strategicznych działaniach instrumentalnych. Wydaje się, że w taki właśnie sposób rozumuje pewna część środowiska prawniczego, podnosząc zarzut instrumentalizacji prawa.

Jeżeli krytykujemy na przykład praktyki stosowane przez prawodawcę przed 1989 rokiem, czyniąc im zarzut instrumentalnego posługiwania się prawem, to dlatego, że znajdujemy w nich dowody na to, że dziedzinę wartości uznawanych za podstawowe (na przykład prawa obywatelskie) próbowano prawnie limitować, podporządkowując ją na poziomie prawodawstwa, a niekiedy i stosowania prawa, działaniom opartym na myśleniu strategicznym, zorientowanym na w pewien sposób pojmowany (mniejsza w tej chwili o to czy zasadnie) postęp czy rozwój cywilizacyjny. Założeniem leżącym u podstaw tego rodzaju zarzutu jest zatem przekonanie o potrzebie jakiejś demarkacji sfer regulacji prawnej i poddaniu ich

zróżnicowanym działaniom, opartym na odmiennych — z aksjologicznego punktu widzenia — uzasadnieniach. Przy takim założeniu samo istnienie pewnych obszarów życia społecznego czy określonych sytuacji, w których decydującą rolę odgrywa myślenie oparte na rozumowaniach instrumentalnych wydaje się — niezależnie od kontekstu historycznego — czymś najzupełniej oczywistym (na przykład dziedzina stosunków gospodarczych stwarzać będzie takie sytuacje, w których dominować będą postawy interesowne, a strategie realizacji tych postaw dokonywać się będą poprzez działania zinstrumentalizowane).

Problemem wtedy staje się nie zinstrumentalizowanie prawa jako takiego, lecz dopuszczalne w obrębie prawa granice tej instrumentalizacji. Czy znajdowanie tych granic polegać będzie na (a) identyfikacji określonych dziedzin życia społecznego, w których instrumentalizację prawa skłonni bylibyśmy akceptować oraz takich, w których akceptacji takiej nie przyznamy, czy też na (b) identyfikacji pewnej grupy podmiotów prawnych, którym skłonni jesteśmy przyznać przywilej instrumentalnego posługiwania się prawem — a nawet twierdzić, że jest to zachowanie całkowicie dla nich „naturalne" (na przykład adresaci norm i inne osoby objęte zakresem regulacji normy czyniące interesowny użytek z posiadanych praw i obowiązków) — oraz takiej grupy podmiotów prawa, którym odmawiać będziemy tytułu do dokonywania tego rodzaju działań (na przykład prawodawca). Nietrudno się zorientować, że wyznaczenie granic określających zasięg takiej „aprobowanej" instrumentalizacji prawa jest zajęciem wielce skomplikowanym i daleko wykracza poza spór o rozumienie prawa. Znajdujemy się tu w istocie bardziej w kręgu określonych zapatrywań ideologicznych aniżeli w obszarze analiz teorii prawa. Próby określenia granic instrumentalizacji prawa, choć są zatem oczekiwaniem, które ze względu na przyjęte wyżej założenia uznać należy za całkowicie uzasadnione — jako że swoje źródło znajdują w przekonaniu o ograniczoności porządku technologicznego, jego limitowaniu poprzez przyjęcie opisanego wyżej wąskiego rozumienia kultury — okazują się jednak niemożliwe do przeprowadzenia na gruncie teorii prawa i w istocie odsyłają nas do argumentacji natury ekonomicznej lub politycznej.

V. Zarysowany wyżej kierunek rozważań nad problemem instrumentalizacji prawa — odwołujący się do opisanego wyżej dychotomicznego podziału — w teorii prawa jest bardzo silnie ugruntowany. Znajduje on mocne zewnętrzne oparcie w wielu koncepcjach, które znajdujemy w bardzo nawet odległych od siebie obszarach badawczych: w socjologii (instrumentalne i komunikacyjne zróżnicowanie zachowań

proponowane przez J. Habermasa[9] czy podział na porządek mono- i policentryczny u S. Ossowskiego[10]), w ekonomii (na przykład wyodrębnienie porządku sterowanego i spontanicznego przez F.A. Hayeka[11]) czy wreszcie biologii (systemy allopojetyczne i autopojetyczne H. Maturany[12]; wyodrębnienie w fizjologii pojęcia homeostazy przez W. Cannona[13]). Niemal każda z tych opozycji pojęciowych (wyjąwszy może trochę niedocenioną propozycję S. Ossowskiego) wykorzystana została przez teorię prawa dla konstruowania twierdzeń o prawie; o jego modelowym zróżnicowaniu, a także, w mniejszym lub większym stopniu, używana była jako argument w krytyce zjawiska instrumentalizacji prawa. I choć większość autorów przywołanych wyżej podziałów zwraca uwagę na względny (typologiczny, modelowy, idealizacyjny) charakter swoich propozycji, to jednak samo wyodrębnienie i przeciwstawienie owych par pojęć jest tutaj tym, co bezpośrednio wyraża sens poznawczy tych koncepcji.

Wydaje się, że — nie kwestionując walorów analitycznych tych pojęciowych rozróżnień — można jednak inaczej postrzegać ich rolę poznawczą: nie jako podstawy do różnicowania zachowań lub wytworów (systemów norm) czy też w jakikolwiek inny sposób pojętych obiektów, lecz jako pewnego aspektu tych przedmiotów — takiej ich cechy, która pozwala użytkownikowi tych przedmiotów (wykonawcy zachowań) posługiwać się nimi w pewien sposób i osiągać określone, przyjęte przez podmiot działania, skutki. Instrumentalność staje się wtedy cechą przedmiotu, stwarzającą możliwość określonego, celowego jego użycia; jest zatem tak samo związana z samym przedmiotem (z możliwościami, które stwarza), jak i z jego użytkownikiem (podmiotem, który swoim działaniem możliwości te z lepszym lub gorszym skutkiem wykorzystuje). Problem instrumentalizacji prawa w takim ujęciu nie daje się zatem opisywać i wyjaśniać jako kwestia rodzaju lub typu zachowań czy jakoś inaczej pojętych przedmiotów, lecz jako problem perspektywy badawczej, która pozwala lub nie pozwala cechę tę dostrzec. Taką perspektywą właściwą dla badania problematyki instrumentalizacji prawa jest podejście pragmatyczne (przede wszystkim pragmatyka językowa wraz z takimi kategoriami jak użycie języka, sytuacji socjolingwistycznej itp.). W takiej perspektywie badawczej zanika problem granic

9 J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handels*, t. 1, Frankfurt a. M. 1981.

10 S. Ossowski, *O osobliwościach nauk społecznych. Dzieła*, t. 4, Warszawa 1967, s. 175.

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

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

13 Przywołuję za A. Kłoskowską, *Kultura masowa*, s. 85.

instrumentalizacji prawa, potencjalnie bowiem niemal każdy przedmiot językowy lub zachowanie mogą być użyte w sposób celowo-racjonalny[14]. Decydują o tym zarówno zawarte w nich cechy (potencjalne zdolności) użytkowe, jak i sposób ich wykorzystania przez określonego użytkownika. Instrumentalizacja staje się wtedy właściwością powiązaną nie tyle z samym przedmiotem, ile raczej z funkcją, której pełnienia od niego oczekujemy. Wydaje się, że dla takiego właśnie rozumowania znaleźć można wsparcie w alternatywnych, wobec zreferowanych w pkt III, koncepcjach teoretycznych proponowanych w ramach dyskusji wokół rozumienia kultury. Wróćmy zatem do tej dyskusji.

VI. W teoriach proponowanych przede wszystkim na gruncie etnologii i antropologii kulturalnej spotkać można takie próby prezentacji zjawisk z dziedziny twórczej aktywności człowieka, w których unika się pojęciowego przeciwstawiania kultury i cywilizacji czy — co jest innym wariantem tego rozróżnienia — kultury duchowej i materialnej. Zabiegi te zmierzają do całościowego ujmowania kultury jako swoistego, wytworzonego przez człowieka, aparatu umożliwiającego mu jako osobie gatunkowej, przystosowanie się do warunków, w których żyje. Kultura jest tutaj zespołem takich urządzeń — zachowań, norm, wierzeń, środków porozumiewania się, przedmiotów materialnych — których funkcją jest zaspokajanie ludzkich potrzeb — zarówno tych prostych, jak i nieco bardziej złożonych. Zresztą oba te typy potrzeb nie są tu sobie przeciwstawiane, przy czym zwykle wskazuje się na spełnianie kreatywnie donioślejszej roli przez potrzeby pierwszego typu.

Przykładem na tego rodzaju podejścia może być funkcjonalna teoria kultury B. Malinowskiego, dla którego budowanie jakichkolwiek twierdzeń teoretycznych w obszarze kultury musi każdorazowo za punkt wyjścia brać organiczne potrzeby człowieka[15]. Pomimo że dostrzega się tu zróżnicowanie ludzkich potrzeb (autor wyróżnia potrzeby pierwotne lub imperatywne, potrzeby wtórne i potrzeby integracyjne), to jednak żadna instytucja kulturalna nie może być wiązana z jedną tylko potrzebą czy typem potrzeb, a rozwój kultury od swoich początków przebiegał zawsze na drodze integracji trzech linii naczelnych: indywidualnej zdolności człowieka do zaspokajania swoich potrzeb za pomocą

14 Wyraźną sugestię co do takiego kierunku rozważań znajduję w pracy W. Langa, *Instrumentalne pojmowanie prawa a państwo prawa*; autor stwierdza, iż „Ujęcie funkcjonalne nie stanowi przeciwstawienia tych ujęć [to jest symboliczno-instytucjonalnego i instrumentalnego — A.B.], lecz jedynie charakteryzuje prawo z innego punktu widzenia".

15 B. Malinowski, *Naukowa teoria kultury*, przeł. S. Czarnowski, [w:] *Szkice z teorii kultury*, Warszawa 1958, s. 56.

instrumentalnego działania, instrumentalnie wtórnej działalności kulturalnej opartej na społecznych powiązaniach oraz sfery symbolicznej[16].

Charakterystyczne dla tego rodzaju podejścia jest przede wszystkim to, że również „królestwo symboliki" nie jest tu wyjęte spod analiz funkcjonalnych, że — choć pozornie stwarza wrażenie pewnej autonomii — to jednak zawsze symbolika ta czemuś służy, umożliwiając instrumentalne przypisanie którejś z, 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 zachowań magicznych, pełniących w społeczeństwach słabiej rozwiniętych tę samą rolę, którą obecnie spełniają wynalazki techniczne). Symbole przez długi czas pełniły w życiu społecznym rolę użytkową o charakterze zastępczym. Współcześnie rola ta wyparta została przez naukę i opartą na niej technikę. Istnieją nawet hipotezy tłumaczące magicznymi, pseudoinstrumentalnymi funkcjami także początki sztuki[17]. Społecznie utrwalone symbole i konwencje zwykle nie są zatem sprawą przypadku, skądś zawsze biorą swoje źródło, czemuś służą lub czemuś pierwotnie miały służyć, choć obecnie tę ich użytkową funkcję nie zawsze potrafimy dostrzec.

Taki całościowy obraz kultury nie podważa poznawczego sensu wprowadzania do teoretycznych rozważań pojęć ukazujących jej złożoność i wewnętrzne zróżnicowanie. Można powiedzieć, że przywilejem badanych przez naukę przedmiotów jest to, że zawsze mniej lub bardziej się między sobą różnią. Nie powinno to jednak rzutować na same teorie, których funkcja wyjaśniająca nakłada na teoretyka, zmierzającego do formułowania ogólniejszych prawidłowości, zadanie poszukiwania przede wszystkim tego, co łączy badane przedmioty, niż tego, co je różni[18]. Zachowując jedność i uniwersalność samego pojęcia kultury, można wtedy zróżnicowanie cech obserwowanych w badanych obiektach traktować jako wyraz złożoności kultury, a zarazem jako przesłankę metodologicznego postulatu jej wieloaspektowego badania. Podejście takie jest zapewne teoretykom prawa dość dobrze znane (że przypomnę tezę o ontologicznej złożoności prawa i postulat badań wielopłaszczyznowych).

---

16 Por. *ibidem*, s. 56 i n.

17 Zob. A.L. Kroeber, *Istota kultury*, przeł. P. Sztompka, Warszawa 1973, s. 136.

18 J. Woleński, *Dyscyplina a teoria naukowa*, „Zagadnienia Naukoznawstwa" 1981, z. 1–2, s. 9.

Przyjmując tego rodzaju założenie oparte na integralnym pojmowaniu kultury, A. Kłoskowska proponuje zachowania (czynności) człowieka zróżnicować — biorąc pod uwagę ich funkcję — na (*a*) realizacyjne i (*b*) instrumentalne oraz — wziąwszy za podstawę charakter dokonywanych działań — podzielić je na (*c*) bezpośrednie i (*d*) symboliczne[19]. Specyfikacja ta nie jest jednak podziałem czy nawet typologią przedmiotów, lecz wyodrębnieniem atrybutywnym; wskazaniem na określone cechy (aspekty), uwidaczniające się często — choć oczywiście nie zawsze — w tych samych przedmiotach (czynnościach). Podstawą pierwszego rozróżnienia jest motywacja 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). Zachowania realizacyjne mogą być czynnościami prostymi, biologicznymi, zorientowanymi na potrzeby homeostatyczne człowieka (jak w przykładzie wyżej). Nazwiemy je wtedy czynnościami realizacyjnymi-bezpośrednimi (połączenie cech *a* i *c*). Może jednak być i tak, że zachowanie realizacyjne będzie nastawione na „ostateczną konsumpcję" w sferze symbolicznej (połączenie cech *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 wyraźnie uchwytna, a ich funkcja jest od siebie wzajemnie niezależna. „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"[20]. 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, jak i artystycznie wartościowym twórcą.

Idąc tokiem poszukiwania tego rodzaju współzależności, można również zachowania instrumentalne zróżnicować na czynności

19 A. Kłoskowska, *Kultura masowa*, s. 77–93; proponowaną przez siebie koncepcję kultury autorka przedstawia w terminach zachowań (czynności), co, jak twierdzi, pozwala uniknąć hipostazowania o jakichś „dziedzinach" czy „systemach" kultury. Podziałowi na kulturę zachowań i kulturę wytworów (przedmiotów, instytucji) nie przypisuje się większej wagi, gdyż „wytwory stanowią część kultury właśnie jako rezultat ludzkich zachowań" (*ibidem*, s. 78).

20 *Ibidem*, s. 90 i 91.

instrumentalne-bezpośrednie (*b*, *c*) oraz instrumentalne-symboliczne (*b*, *d*). Jeżeli korzystam z jakiegoś baru tylko dlatego, że tam dają „dobrze jeść", to decyzja o wyborze tego baru jest dla mnie decyzją dokonania zachowania instrumentalnego w swej funkcji i bezpośredniego, gdy chodzi o jego charakter. Jeżeli jednak decydując się na wybór baru, jest dla mnie mniej ważne, co tam zjem, ale cenię sobie na przykład fakt, że tam „dobrze grają" lub mam nadzieję spotkać tam ludzi, z którymi ciekawie porozmawiam — to mój wybór mieścić się już będzie w sferze zachowań instrumentalno-symbolicznych (co oczywiście nie stoi na przeszkodzie temu, żeby mnie tam również dobrze nakarmili, a w konsekwencji, żeby moje zachowanie okazało się skuteczne w wymiarze bezpośrednio-realizacyjnym). Kultura symboliczna może być zarówno kulturą bezpośredniej konsumpcji (*a*, *d*) zazwyczaj wartościowanej jako tak zwana kultura wysoka (koncert, wystawa) — o której powiemy, że jest „nieinstrumentalna" ze swej natury— ale też artystycznie podobne doznania ze sfery symbolicznej towarzyszyć mogą niekiedy człowiekowi przy okazji działań zracjonalizowanych w sposób *stricte* technologiczny (*b*, *d*), jak to ma miejsce na przykład w obrębie sztuki użytkowej (współczesnych biznesmenów nie trzeba już przekonywać, jakie znaczenie ma na przykład logo firmy czy efektowny wystrój biura). „Każdy złożony system działania obejmujący elementy kultury bezpośredniej 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"[21].

Tym, co z interesującego nas prawniczego punktu widzenia warte jest tu szczególnie mocnego podkreślenia jest to, że zachowania instrumentalne alternatywę dla siebie znajdują nie w zachowaniach symbolicznych, lecz realizacyjnych. A zatem zachowanie „nieinstrumentalne" to tyle, co zachowanie realizacyjne, odrzucające strategię jako podstawę dokonywanej czynności i nastawione na konsumpcję uzyskanego wyniku działania[22]. Wyodrębnienie natomiast zachowań instrumentalnych i symbolicznych jest podziałem odwołującym się do różnych, logicznie od siebie niezależnych kryteriów: funkcji zachowań (instrumentalność) i ich charakterystyki atrybutywnej (symboliczność). Wiele zatem, również w prawie, znajdować będziemy przykładów takich

21 *Ibidem*, s. 88.

22 Rozróżnienie to może być traktowane jako podział rozłączny, jednak tylko wtedy, gdy potraktujemy go jako klasyfikację przekonań („nie można jabłka chcieć zjeść, a zarazem chcieć go sprzedać").

zachowań, które mieć będą cechy właściwe działaniom symbolicznym i podporządkowane będą realizacji funkcji instrumentalnej.

VII. Przedstawiony wyżej podział zachowań identyfikowanych w dziedzinie kulturowej działalności człowieka trudno byłoby uznać za nowatorski, jeśli spojrzeć nań z perspektywy prawoznawstwa. Podział zachowań (przedmiotów) na bezpośrednie i symboliczne zasadniczo bowiem zdaje się być zbieżny z przyjętym w teorii prawa podziałem czynności na proste (psychofizyczne) i konwencjonalne[23]; z kolei wyodrębnienie instrumentalnej i realizacyjnej funkcji zachowania zbliża nas do znanego w prawoznawstwie zróżnicowania na pośrednie i bezpośrednie cele norm[24] (mniejsza w tej chwili o różnicę między funkcją i celem). Przywołując tezy z dziedziny teorii kultury, chodzi mi jednak nie tyle o samo zróżnicowanie charakteru i funkcji czynności, co raczej o wskazanie na współzależność pomiędzy nimi. Określenie tej współzależności rzutuje bowiem w istotny sposób na to, jak scharakteryzujemy problem instrumentalizacji prawa.

W rozważaniach na temat instrumentalizacji prawa dość często spotykaną postawą jest właśnie przeciwstawianie zachowaniom symbolicznym zachowań pełniących funkcję instrumentalną i, odpowiednio, budowanie takich poglądów dotyczących prawa (określanych wręcz mianem „koncepcji prawa"), w których — eksponując pierwszoplanową rolę czynności lub wytworów o charakterze symbolicznym — traktuje się je jako zasadniczo alternatywne wobec instrumentalnych ujęć prawa. Dzięki temu problem instrumentalizacji prawa bywa postrzegany jako zjawisko typowe dla pewnych koncepcji prawa, a zarazem obce innym. Niewątpliwie pośród krytyków żywiących niechęć wobec praktyk technicyzacji życia społecznego przy użyciu prawa najwięcej zwolenników uzyskało komunikacyjne ujęcie prawa, w którym znajdowano silne wsparcie teoretyczne przeciwko zjawisku instrumentalizacji prawa[25]. Istotny wpływ na przyjmowanie takich postaw w polskiej teorii prawa miała popularność poglądów J. Habermasa (teza o przeciwstawności

23 Zob. L. Nowak, S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziembiński, *Czynności konwencjonalne w prawie*, „Studia Prawnicze" 1972, nr 33, s. 73 i n.

24 Rozróżnienie tego rodzaju występuje w prawoznawstwie jako podział na bezpośrednie i pośrednie cele prawa — zob. J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, Warszawa 1959, s. 356.

25 Przykładem mogą tu być opracowania L. Morawskiego: *Prawo jako technika społeczna — problemy aksjologiczne*, oraz *Dwa podejścia do prawa. Kilka uwag*. Podobnie rzecz się ma, gdy chodzi o problem instrumentalizacji prawa rozważany przy założeniu, że prawo jest tak zwanym systemem autopojetycznym — por. L. Morawski, *„Autopoiese" i prawo refleksyjne w ujęciu G. Teubnera*, [w:] *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie*, red. M. Borucka-Arctowa, Kraków 1992.

zachowań instrumentalnych i komunikacyjnych oraz związana z nią odrębność typów racjonalności[26]) — zbiegająca się z dość powszechnym w ostatnim czasie, ogólniejszym przekonaniem o kryzysie dotychczasowych prób sterowania procesami społecznymi poprzez prawo. Tymczasem argumenty, które dostarczają rozważania na temat rozumienia kultury pozwalają, jak sądzę, patrzeć także na problem instrumentalizacji zachowań prawnych nieco inaczej. Nie ma bowiem powodów, aby zachowania, które ze względu na swój charakter sytuują się w symbolicznym obszarze społecznego komunikowania się (na przykład języka jako system znaków symbolicznych) miały być traktowane jako kolidujące z funkcją zachowań (na przykład z funkcjami języka: informatywną, perswazyjną, ekspresyjną i innymi). Tymczasem na gruncie nauk prawnych znajdowanie tego rodzaju kolizji stanowi niekiedy podstawowy element programu badawczego.

Trzeba jednak sobie zdawać z tego sprawę, że charakter powiązań pomiędzy symbolicznym statusem zachowania i jego możliwą funkcją (instrumentalną, realizacyjną) przedstawia się w prawoznawstwie w sposób dużo bardziej skomplikowany, aniżeli ma to miejsce w rozważaniach w dziedzinie teorii kultury. Jeżeli określone zachowanie się w dziedzinie regulowanej prawem ujmiemy nawet w pewnym modelowym uproszczeniu — jako wyodrębnioną czynność dokonaną przez określony podmiot działania — to nawet przy takich założeniach możliwe jest wskazanie jej co najmniej kilku wymiarów. I tak przykładowo czynność procesowa wykonana przez stronę sporu (czynność symboliczna) skutkować może „wygraniem" procesu (czynność instrumentalna powodująca skutek symboliczny), co zwykle, jak wiemy, łączy się z określonymi, wymiernymi korzyściami w postaci uzyskania przez stronę wygrywającą określonej kwoty pieniędzy czy innych przedmiotów niezbędnych do życia (wyrok jak czynność symboliczna, posiadająca wartość realizacyjną — homeostatyczną). Podobna w swojej formie, symboliczna czynność sądu (wyrok), może też mieć dla innego uczestnika sporu wartość symboliczo-instrumentalną (na przykład „wygrana" adwokata, przysporzenie sobie klienteli na przyszłość), jak i symboliczno-realizacyjną (satysfakcja z sukcesu, poczucie służby w dobrej sprawie). Podobnie złożony charakter dostrzec można w zachowaniach prawnych mających miejsce na poziomie prawotwórstwa: na przykład czynność tworzenia prawa może być pojmowana jako czynność symboliczna w swym kształcie, jednak dodatkowo jeszcze interpretowana jako działanie

26 J. Habermas, *Communication and the Evolution of Society*, Boston 1979, w szczególności s. 111 i n.

zorientowane bądź to bezpośrednio-instrumentalnie (tworzenie prawa jako sprzyjanie interesom ogólnospołecznym lub interesom określonych grup ludzi), symboliczno-realizacyjnie (prawotwórstwo jako tworzenie „porządku prawnego" posiadającego autonomiczną wartość), bądź wreszcie jako zachowanie symboliczno-instrumentalne (tworzenie prawa jako „systemu", co do którego zakłada się możliwość jego późniejszego instrumentalnego wykorzystania).

Porównując już tylko te dwa, dość przecież standardowe dla rozważań prawniczych, przykłady z przypadkami zachowań opisywanymi w literaturze z dziedziny kultury, zauważyć można przyczyny, które powodują trudności w klarownej eksplikacji prawniczej problematyki instrumentalizacji, a zarazem są przyczyną pewnego zamieszania w naukach prawnych. Zachowania lub przedmioty analizowane w dziedzinie tradycyjnie rozumianej kultury („kultury wysokiej") są prostsze do opisania i kategoryzowania przez to, że są pojęciowo niezależne od kontekstu sytuacyjnego, w którym występują. Dla podmiotu dokonującego określoną czynność kulturową jest oczywiście ważne to na przykład, czy znajdzie on odbiorcę swoich produkcji artystycznych, a także czy, i jak będą one przez tego odbiorcę rozumiane (czy spowodują jakiś społeczny rezonans, czy też nie). Kontekst ten nie definiuje jednak samej czynności jako zachowania należącego do tego szczególnego obszaru. Wiersz czy obraz spełniają swoją ekspresyjną rolę — są wierszem lub obrazem — także wtedy, gdy nikt ich nie czyta i nie ogląda. Kultura zasadniczo może obyć się bez świadków i uczestników „życia kulturalnego"; tym bez czego nie może się na pewno obyć, to sami twórcy. Cała reszta zasadniczo nie jest jej potrzebna. Stąd instrumentalizacja zachowań i ich wytworów w tym obszarze traktowana jest zwykle jako cecha wtórna, a niekiedy nawet jako rodzaj kłopotliwej przypadłości (na przykład niechęć, jaką wzbudza, szczególnie wśród twórców „sztuka społecznie zaangażowana").

Inaczej jest z prawem. Nastawienie czynności prawnie doniosłych (czynności w zakresie tworzenia, stosowania prawa) lub ich wytworów (norm, systemu prawa) na spełnianie roli sugestywnej zasadniczo zakłada konieczność istnienia relacji pomiędzy autorem takiej czynności a jakąś inną osobą lub grupą osób (adresatem lub ewentualnie innym podmiotem, którego skutki czynności lub normy mogą dotyczyć). To sprawia, że rozważając zachowania prawne jakiegokolwiek podmiotu, zmuszeni jesteśmy odnosić je do innej osoby (osób) i jej rzeczywistych lub — częściej — potencjalnych zachowań, a więc sytuować te zachowania w obrębie jakiegoś układu oddziaływań. Stąd też pisząc na przykład o symboliczno-instrumentalnych czynnościach, mieć możemy na

uwadze — z jednej strony — zachowania na przykład prawodawcy (to, że jego czynności prawotwórcze mają sens czynności konwencjonalnych, które służą nadaniu kształtu prawnego założonemu wcześniej jako *ratio legis* programowi na przykład reform gospodarczych) — z drugiej natomiast strony — takiż symboliczno-instrumentalny sens przypisać możemy zachowaniom adresatów utworzonych norm, którzy na podstawie tych norm (załóżmy, że są to normy umów gospodarczych) będą mogli podejmować czynności konwencjonalne (to jest zawierać umowy), a dzięki temu realizować własne, interesowne strategie działań gospodarczych wobec partnerów tych umów[27]. Po obu stronach układu mamy zatem działania, których charakter i funkcja są lub mogą być identyczne.

Co sprawia zatem, że pomimo wyraźnie instrumentalnej funkcji uwidaczniającej się w podejmowanych tu czynnościach, przynajmniej część prawników opisaną wyżej sytuację nie nazwie instrumentalizacją prawa? Otóż najprawdopodobniej dlatego, że w opisywanej tu relacji zachowaniu normodawcy towarzyszyło takie nastawienie, w którym przewidziano dla adresata normy możliwość wyboru własnego zachowania — w tym przypadku zarówno wyboru zachowania w jego wymiarze symbolicznym (podpisać umowę czy 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 — że dla uznania prawa za „niezinstrumentalizowane" nie wystarcza sama wolność w sferze działań symbolicznych (podpisywania umów), ale przede wszystkim zapewnienie adresatom norm możliwości dokonywania wyboru 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 (realizowania elementów tej strategii, poprzez wykonywanie obowiązków prawnych).

Problem instrumentalizacji prawa zawiera się zatem w pytaniu o to, kto podejmuje decyzje w jakimś obszarze życia społecznego (prawodawca czy potencjalny adresat normy) oraz komu przypadnie rola

27 Układ scharakteryzowany w tym przykładzie zbliżony jest do tego, co niekiedy określa się jako kontrolę poprzez tak zwane „warunki ramowe" — i co traktowane jest jako typowy przejaw prawa komunikacyjnego — zob. L. Morawski, *„Autopoiese" i prawo refleksyjne w ujęciu G. Teubnera*, s. 178–181.

wykonawcy tych decyzji, a zatem, inaczej mówiąc, jak uczestnicy tego układu rozdzielą między siebie funkcje instrumentalną i realizacyjną. Niechęć, którą w naukach społecznych wzbudza zjawisko instrumentalizacji, bierze się, jak sądzę, w jakiejś przynajmniej mierze stąd, że złożoność stosunków społecznych wymusza rozdzielanie pomiędzy różnych uczestników życia społecznego tych wzajemnie komplementarnych funkcji, a to zwykle doprowadza do takich sytuacji, w których — mówiąc nieco intuicyjnie — własne plany realizuje się cudzymi rękami. Jeżeli tego rodzaju plany przygotowuje państwo, nadając poszczególnym ich elementom kształt norm prawnych, natomiast adresatom tych norm, i innym podmiotom objętym zakresem ich regulacji, pozostawia się wyłącznie funkcję realizacyjną, to niewątpliwie mamy do czynienia z jakimś rodzajem władzy totalnej oraz z prawem wprzęgniętym w służbę takiej władzy. Jeżeli jednak identyczne w swym kształcie, zinstrumentalizowane strategie realizować się będą bez udziału — lub z niewielkim udziałem — państwa, w ramach przede wszystkim stosunków poziomych, to porządek taki nazwiemy liberalnym. Patrząc z tej perspektywy, zagadnienie instrumentalizacji prawa nie jest zatem nawet problemem jego funkcji (z tego punktu widzenia każde prawo jest zinstrumentalizowane), lecz kwestią tego, komu ta funkcja zostanie przypisana. Tradycyjne zarzuty przeciwników instrumentalizacji prawa skierowane są bowiem w istocie przeciwko instrumentalizacji prawotwórstwa.

VIII. Wydaje się zatem, że przynajmniej pewna część z argumentów wytoczonych w dotychczasowych dyskusjach prawniczych wokół omawianego tu problemu została oparta na niewłaściwych założeniach, co w istotny sposób wpłynęło na pewne niejasności problematyki kryjącej się za „instrumentalizacją prawa", a zarazem spowodowało nadanie wyraźnie pejoratywnego wydźwięku tej kategorii. Mam tu na uwadze tych zwolenników nieistrumentalnych ujęć prawa, którzy swoje krytyczne argumenty opierali na koncepcjach odwołujących się do charakterystyki prawa jako działań lub wytworów symbolicznych (komunikacyjne ujęcie prawa, prawo rozumiane 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 E. Cassirer, „zwierzęciem władającym symbolami" (*animal simbolicum*), a wiele spośród dostępnych definicji symbolu jego konstytutywną cechę dostrzega właśnie w tym, że „jest to przedmiot posiadający wartość lub znaczenie nadane przez tych, którzy się nim posługują"[28]. 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.

Porównując krytykę zjawiska instrumentalizacji prawotwórstwa, przeprowadzaną współcześnie z pozycji różnych koncepcji „trzeciej drogi", z historycznym atakiem na pozytywizm prawniczy, przeprowadzonym kiedyś przez G. Radbrucha, dojść można do wniosku, że sytuacja autora *Pięciu minut filozofii prawa* była pod tym względem dużo klarowniejsza. Wzywał on do odrzucenia instrumentalnego wartościowania jako walidacyjnej przesłanki prawa i domagał się wprowadzenia w to miejsce wartości autonomicznych[29]. Dylemat między prawem natury i pozytywizmem prawniczym był więc istotnym pytaniem, także gdy chodzi o funkcję aktów stanowienia prawa wobec wartości: czy jest ona wyłącznie funkcją realizacyjną — a ustawodawstwo ma wyrażać, niejako „konsumować" uznane wartości (prawo natury), czy też jest to funkcja instrumentalna — a ustawodawstwo nie musi bezpośrednio wyrażać wartości, obiecując ich niejako odłożoną „konsumpcję", to jest dopiero jako pożądany rezultat, do którego doprowadzi (pozytywizm). Symboliczny aspekt prawa nie był tu zupełnie widoczny. Wydaje mi się, że dzięki temu nikt nie miał wątpliwości, o co chodziło G. Radbruchowi.

28 L. White, *The Science of Culture*, New York 1949, s. 25.

29 „Nie, nie może tak być, że wszystko, co służy narodowi jest prawem; raczej odwrotnie, tylko to jest prawem, co służy narodowi" (minuta druga).

Prawna czynność konwencjonalna jako działanie zinstrumentalizowane*

1. W lingwistyce pogląd o istnieniu odpowiedniości pomiędzy regułami wykonywania aktów językowych oraz regułami określającymi ich poprawne rozumienie jest powszechnie przyjmowany. W komunikacji pomiędzy mówcą i słuchaczem mogą pojawić się błędy w zakresie wykonawstwa językowego, powodujące różne perturbacje i niefortunności we wzajemnym porozumiewaniu się, jednak nie może być tak, ażeby ich źródłem były odmienne reguły rządzące zachowaniami każdego z tych uczestników. Na gruncie teorii kompetencji językowej można mówić o tożsamości reguł rządzących obiema tymi rolami, czego pojęciowym wyrazem jest teoretyczna konstrukcja native speakera, którą jednakowo odnosić można do kompetencji językowej mówcy, jak i słuchacza[1]. Pogląd ten zdaje się zresztą zdecydowanie wykraczać poza tę teorię, stając się współcześnie pewnego rodzaju uniwersalnym, paradygmatycznym założeniem obecnym w badaniach zarówno nad samym językiem (jego funkcjami)[2], jak też uwidaczniającym się w analizach uwarunkowań charakteryzujących wszelakie działania komunikacyjne[3].

---

* Tekst pierwotnie opublikowany w: *Instrumentalizacja prawa*, red. A. Kozak, „Z zagadnień teorii i filozofii prawa", Kolonia Limited, Wrocław 2000, s. 48–74.

Punkty 1–7 niniejszego tekstu są zmodyfikowaną wersją części rozdziału IV, pkt 3 monografii: A. Bator, *Użycie normy prawnej w regulacji stosunków gospodarczych*, Wrocław 2000.

1 N. Chomsky mówi o „regułach, które są nabywane przez mówcę-słuchacza" („rules that has been mastered by the speaker-hearer and that he nuts use in actual performance") — N. Chomsky, *Aspect of the Theory of Syntax*, Cambridge, MA 1965, s. 4.

2 R. Jakobson nazywa to wspólnym nadawcy i odbiorcy „kodem", który warunkuje jakąkolwiek komunikację — zob. R. Jakobson, *Poetyka w świetle językoznawstwa*, [w:] *W poszukiwaniu istoty języka. Wybór pism*, t. 2, red. R. Mayenowa, Warszawa 1989, s. 81.

3 W obrębie tego, co J. Habermas określa „uniwersalną pragmatyką" warunek ten usytuować by należało w ramach tak zwanego żądania zrozumiałości przekazu kierowanego nawzajem do siebie przez uczestników rozmowy. Żądanie to — w najwęższym jego rozumieniu — uzależnione jest od przestrzegania gramatycznych, fonetycznych i semantycznych reguł,

W prawoznawstwie pod tym względem sprawy są daleko bardziej skomplikowane. Jest tak dlatego, że sytuacje powstające w związku z wykonywaniem prawniczych aktów językowych nie są tak jednorodne i proste, jak to ma miejsce w przypadku rozmowy (dialogu), a taka właśnie sytuacja — z charakterystyczną tu wymiennością ról „mówcy-słuchacza" — traktowana jest na gruncie lingwistyki jako standardowa egzemplifikacja użycia języka. O ile jeszcze czynności podejmowane w obrębie prawa zobowiązań (negocjowanie, podpisywanie i wykonywanie umów) wykazują pewne zewnętrzne cechy „dialogu" uczestniczących w nim stron, to już z jednostronnymi czynnościami prawnymi (na przykład tworzeniem prawa) jest, jak wiadomo, całkowicie inaczej. Nic przeto dziwnego, że dziedzinę dla prawniczych zastosowań modelu komunikacji językowej teoretycy prawa znajdują właśnie w prawie prywatnym (konstrukcja racjonalności komunikacyjnej), a nie na obszarze prawa publicznego (dominacja racjonalności technologicznej)[4]. Ponadto trzeba zwrócić uwagę i na tę jeszcze różnicę, że elementem specyficznym prawniczych zachowań językowych jest zawsze pewna ich oficjalność, z formalnym (ignorującym więzi osobowe) charakterem stosunków, na których zachowania te się wspierają[5].

Jednak nieprzeważająca w prawie jednostronność dokonywanych tu aktów oraz ich oficjalność stanowią problem (w lingwistyce wyodrębnia się przecież monologową postać użycia języka, jak też różne typy sytuacji socjolingwistycznych, związane z oficjalnymi rolami społecznymi, pełnionymi przez użytkowników języka[6]). Odrębność badanych przez prawoznawstwo przypadków użycia języka dostrzegam raczej w tym, że niektóre z nich zdają się w ogóle nie posiadać cech tak zwanej sytuacji socjolingwistycznej. Mam tu na uwadze przede wszystkim użycie zachodzące w ramach relacji pomiędzy prawodawcą a adresatami norm oraz innymi osobami, do których wypowiedź prawodawcy zawierająca normę jest kierowana. Prawoznawstwo nie ujmuje zależności tej jako relacji osobowej i czasoprzestrzennej, a więc nie analizuje jej jako faktu socjologicznego. Zakłada się tu bowiem, że tak jak prawodawcę

właściwych standardom etnicznego języka danej zbiorowości — zob. J. Habermas, *Teoria i praktyka*, przeł. M. Łukasiewicz, Z. Krasnodębski, Warszawa 1983, s. 42; także J. Habermas, *What is Universal Pragmatics?*, [w:] *Communication and the Evolution of Society*, Boston 1979.

4 Zob. na przykład M. Zirk-Sadowski, *Legal Rationality and Legal Discourse*, „Archivum Iuridicum Cracoviense" 22, 1989, s. 197–198.

5 Zob. T. Gizbert-Studnicki, *Język prawny z perspektywy socjolingwistycznej*, Warszawa 1986, s. 49 i n.

6 Zob. J. Lyons, *Semantyka*, t. 2, przeł. A. Weinsberg, Warszawa 1988, s. 111 i n.; A. Piotrowski, M. Ziółkowski, *Zróżnicowanie językowe a struktura społeczna*, Warszawa 1976, s. 135; S. Grabias, *Język w zachowaniach społecznych*, Lublin 1994, rozdział 2.

nie interesują rzeczywiste cechy poszczególnych odbiorców tekstów prawnych, tak też odbiorcy prawnych komunikatów językowych nie dociekają faktycznych uwarunkowań towarzyszących prawodawcy przy ich wydawaniu, a w każdym razie znajomość tych uwarunkowań nie jest im konieczna dla należytego zrozumienia tekstów prawnych (wiedza, którą interpretatorzy tekstów prawnych przypisują prawodawcy nie jest przecież wiedzą empiryczną, a jedynie pewnym zespołem formalnych założeń). Obu stronom tej relacji nie towarzyszy też jeden wspólny kontekst społeczny. Dlatego też nie może tu być mowy o sytuacji socjolingwistycznej pojmowanej jako czasowa, przestrzenna, osobowa i społeczna płaszczyzna komunikacji wspólna prawodawcy i podmiotom, do których norma jest kierowana. Można tutaj natomiast mówić o dwóch odrębnych sytuacjach (typach sytuacji) socjolingwistycznych towarzyszących, z jednej strony, kontekstowi wydawania aktów językowych przez prawodawcę, a z drugiej strony kontekstowi (niezliczonej ilości kontekstów) towarzyszącemu czynnościom dokonywanym przez osoby podejmujące wysiłek zrozumienia aktów językowych prawodawcy.

Odrębność obu tych typów sytuacji socjolingwistycznych oraz zasadniczy brak pomiędzy nimi więzi powoduje, że trywialna na gruncie lingwistyki teza o symetryczności reguł dokonywania i rozpoznawania aktów językowych staje się już dla prawoznawstwa tezą, jeżeli nie kontrowersyjną, to przynajmniej domagającą się uzasadnienia. Dla językoznawcy zdolność człowieka do wytwarzania komunikacyjnie skutecznych i nieograniczonych ilościowo egzemplarzy wypowiedzi jest pewnym faktem socjologicznym, który nie wymaga uzasadnienia, lecz indukcyjnego uogólnienia oraz wyjaśniania poprzez budowę odpowiedniej teorii języka[7]. W prawoznawstwie mamy do czynienia z sytuacją odwrotną: nie chodzi o to, aby wyjaśniać jakiś zespół prawniczych faktów językowych, eksponujących sobą komunikacyjną skuteczność używanego języka, lecz raczej o to, aby tego rodzaju skuteczność w możliwie dużym stopniu zapewnić w celu eliminowania potencjalnych rozbieżności zachowań językowych powstających w następstwie odmiennych kontekstów sytuacyjnych, w których obrębie zachowania te są dokonywane i rozpoznawane.

Zbieżność formalna reguł procesu konstrukcji i rekonstrukcji norm jest tu swoistym antidotum na zmienność kontekstów sytuacyjnych; stanowi płaszczyznę pozwalającą przełamywać bariery powstałe wskutek

7 Stąd N. Chomsky, pomimo apriorycznośći wielu swoich tez, miał jednak tytuł do tego, aby swej teorii stawiać wymogi typowe dla teorii empirycznej, to jest oczekiwać od niej tego, aby spełniała postulat adekwatności deskryptywnej i eksplanacyjnej — zob. N. Chomsky, *Aspect of the Theory of Syntax*, s. 26 i n.

zróżnicowania tych kontekstów. Dlatego też teoretyk prawa, który ma do czynienia z kulturą prawną opartą na przewadze prawa stanowionego, swoje twierdzenia dotyczące prawniczych reguł zachowania językowego zapewne nie zechce nazwać teorią empiryczną, a oczekiwał będzie raczej od tych reguł oraz proponowanej przez siebie teorii pełnienia przede wszystkim roli optymalizującej, po to, ażeby ujednolicić praktykę prawniczą i zmniejszyć ryzyko jej rozchwiania. Jego działania pod względem przypisywanej im funkcji bliższe będą działaniom prawodawcy czy sądowych organów kształtujących politykę w zakresie orzecznictwa aniżeli założeniom będącym podstawą socjologicznych teorii języka. Tego rodzaju rola nauki prawa wydaje się charakterystyczna dla tych kultur prawnych, w których obecne jest silne przeciwstawienie tworzenia i stosowania prawa, co w konsekwencji prowadzi również do zasadniczej odrębności pomiędzy kontekstem działania prawodawcy i kontekstem towarzyszącym zachowaniom pozostałych uczestników stosunków prawnych.

Podnoszona tu optymalizacyjna rola prawniczych reguł językowych jest oczywiście istotna przede wszystkim w relacjach publicznoprawnych, a w szczególności w zdepersonalizowanej przestrzeni między państwowym prawodawcą a poszczególnymi adresatami norm i innymi osobami, do których norma jest kierowana. Jednak nie oznacza to, że dziedzina zobowiązań prywatnoprawnych jest tych problemów całkowicie pozbawiona. Niewątpliwie osobowy (indywidualny) i wzajemny (dialogowy) charakter wykonywanych na gruncie prawa umów aktów językowych oraz towarzyszący im zwykle wspólny kontekst sytuacyjny pozwala lepiej rozumieć zachowania partnera. Krótsza jest też przeważnie perspektywa czasowa pomiędzy wykonaniem określonego aktu, na przykład złożeniem określonego oświadczenia woli, a realizacją przez strony umowy obowiązków prawnych powstałych w następstwie jego dokonania. Niekiedy, przy bardziej trwałej współpracy, wspólne doświadczenia z przeszłości i dobra wzajemna wiedza o sobie pozwolą dostrzec w tego typu relacjach nawet pewne elementy wykraczające poza typową dla stosunków prawnych oficjalność. Mimo to jednak tym, co niemal zawsze dzieli uczestników relacji powstających na gruncie prawa umów, jest konflikt interesów, odmienność celów, którymi kierują się strony, dokonując aktów językowych w ramach prowadzonego dyskursu[8]. Powoduje to, że nie wszystkie wypowiedzi bywają tu szczere, że akty językowe stają się elementem pewnej wzajemnej gry strategicznej. Wspólnota reguł językowych pełni tu ważną rolę, gdyż wyznacza „graczom"

8 O celu działania jako składniku sytuacji socjolingwistycznej zob. S. Grabias, *Język w zachowaniach społecznych*, s. 231.

pewne ramy instytucjonalne, które oczywiście nie zapobiegną nadużyciom posiadanych uprawnień, ale pozwolą przynajmniej wyeliminować dowolność wynikającą z użycia samego języka[9].

Wypowiedzi natomiast formułowane w relacji prawodawca–adresat (inna osoba objęta zakresem normy) są wypowiedziami, dla których zarówno kontekst sytuacyjny występujący po stronie któregokolwiek z uczestników tej relacji, jak i właściwości osobiste podmiotu, do którego wypowiedź jest kierowana, nie są istotne. Takie abstrakcyjne jednostki językowe w prawoznawstwie nazywamy normami generalno-abstrakcyjnymi. Są one również wyrazem użycia języka, gdyż stanowią wykonanie określonych reguł językowych, opartych na przyjętej koncepcji normy, jednak nie są skierowane do jakiejkolwiek empirycznie istniejącej osoby lub grupy osób, podobnie jak ich zakres zastosowania nie wyraża jakiegokolwiek rzeczywistego kontekstu sytuacyjnego. Są zatem użyciem zdepersonalizowanym i wyjętym z określonego, czasoprzestrzennego kontekstu sytuacyjnego. Wypowiedź zawierająca normę generalno-abstrakcyjną nie jest zatem wypowiedzią skierowaną „do kogoś" (jak na przykład list czy rozmowa telefoniczna), lecz wypowiedzią „dla kogoś" (jak na przykład dzieło literackie czy obwieszczenie urzędowe)[10]. Takie prawnicze pojęcia, jak adresat normy czy zakres zastosowania nie są zatem tożsame z socjolingwistycznym podmiotem, do którego wypowiedź językowa jest skierowana[11] oraz z kontekstem sytuacyjnym towarzyszącym dokonywanej wypowiedzi. Wypowiedź typu „dla kogoś" wymaga dopiero identyfikacji z określoną osobą i określoną sytuacją, a więc przekształcenia jej (zaktualizowania poprzez akt stosowania prawa) w postać wypowiedzi skierowanej „do kogoś". Jest to przypadek zasadniczo podobny do tego, z jakim mamy do czynienia na przykład czytając dzieło literackie czy obwieszczenie urzędowe: mogę mianowicie wtedy dojść do wniosku, że czytany tekst opisuje osoby takie jak „ja" i sytuacje takie jak „moja", a poprzez taką identyfikację mogę uznać, że jest to tekst skierowany również do mnie. Wypowiedzi nieskierowane wyrażają abstrakcyjną postać użycia języka (bohaterowie dzieł literackich i poszczególne opisywane tam sytuacje metaforycznie kreują pewne ogólniejsze przesłanie, obwieszczenia urzędowe mają mobilizować rzesze mieszkańców lub obywateli do pewnych zachowań

9 Jak powiadał klasyk nowożytnej lingwistyki W. von Humboldt, „człowiek nie dlatego mówi w określony sposób, że chce tak mówić, lecz dlatego że musi mówić w ten sposób". Trudną do przyjęcia dla prawnika alternatywą byłby pogląd A. Krąpca, iż „Język każdego człowieka jest jego osobistą inwencją" (M. Krąpiec, *Język a świat realny*, Warszawa 1985, s. 40).

10 T. Gizbert-Studnicki, *Język prawny z perspektywy socjolingwistycznej*, s. 53 i 54 (przykłady pochodzą z tej pracy).

11 *Ibidem*, s. 54.

lub postaw). O wypowiedziach nieskierowanych można powiedzieć, że „trwają w czasie", a identyfikacja określonej osoby lub sytuacji z wypowiedzią dla egzystencji samych wypowiedzi nie ma znaczenia. Taka wypowiedź ma swój wymiar potencjalny, jako że póki nie nastąpi identyfikacja i przekształcenie jej w wypowiedź skierowaną „do kogoś" można o niej powiedzieć, że jedynie „trwa w czasie", że obecna jest tylko w abstrakcyjnym wymiarze językowym. Inaczej jest z wypowiedziami skierowanymi, one właśnie mogą być ujmowane wyłącznie jako „momentalne" (aktualne) dzianie się w czasie (akty te można jedynie w pewien sposób na przyszłość rejestrować, tak jak rozmowę telefoniczną nagrać lub przeczytany list zachować), jednak poza momentem swojego wykonania akt taki traci swój sens dokonawczy.

Przywilej trwania w czasie jednostki języka oraz jej abstrakcyjność ściśle są zatem ze sobą związane. Prawnicze przekonanie o konieczności ujmowania norm prawnych jako wypowiedzi generalno-abstrakcyjnych idzie zatem w parze z potrzebą ujmowania norm w system oraz z wymogiem trwania tych systemów w określonych przedziałach czasowych. Dzięki temu takie nieskierowane i pozakontekstowe wypowiedzi językowe uprzedmiotowiają się. Odrywając się od swoich twórców, egzystują niezależnie zarówno od nich, jak i niezależnie od swoich przyszłych użytkowników. Są im po prostu dane. Uczynienie użytku z takich ogólnych norm — co wiąże się z zaktualizowaniem potencjalnego obowiązku w nich zawartego — może dokonać się poprzez indywidualizację normy (identyfikację osoby adresata) oraz konkretyzację jej uwarunkowania sytuacyjnego (identyfikację zakresu zastosowania). Wymaga to dokonania odpowiedniego aktu, a niekiedy nawet całego ciągu skonwencjonalizowanych aktów (zachowań językowych) opartych na prawniczych regułach kompetencji językowej, zmierzających do odtworzenia obowiązku prawnego ze względu na określoną osobę i towarzyszące jej okoliczności. Dzięki temu uprzedmiotowione w języku prawo ulega przekształceniu w wypowiedź skierowaną do określonej osoby, uwzględniającą jej sytuację faktyczną, czyli — mówiąc inaczej — wypowiedź taka staje się wypowiedzią, której towarzyszy już otoczenie pozajęzykowe określane jako sytuacja socjolingwistyczna.

Zasada odpowiedniości pomiędzy regułami rządzącymi aktami wykonawstwa językowego a regułami określającymi rozpoznawanie tych aktów — jak widać — znajduje w prawoznawstwie zastosowanie, jednak w dużo bardziej złożonych uwarunkowaniach niż te, które standardowo rozpatruje lingwistyka. Między sytuacją dokonania aktu przez prawodawcę i sytuacją odebrania oraz skonsumowania takiego aktu przez adresata wypowiedzi prawnik ma do czynienia z pewnym

skonwencjonalizowanym przedmiotem. Jest to zbiór ogólnych, generalno-abstrakcyjnych wypowiedzi zawierających normy prawnie obowiązujące; wypowiedzi, których zapisem jest tekst prawny. Nie zmienia to jednak ogólnej prawidłowości, iż mianowicie sposób redagowania tekstu prawnego oraz rekonstruowania zawartych w nim obowiązków prawnych poddany jest pod rząd tych samych uniwersalnych reguł językowej pragmatyki prawniczej, zgodnie z podniesionym na wstępie twierdzeniem z zakresu lingwistyki, iż kompetencja językowa mówcy — nadawcy komunikatu jest tą samą kompetencją, której wymaga się od słuchacza — odbiorcy komunikatu.

2. Pogląd, iż prawnicze twierdzenia formułowane na temat kształtu językowego normy są nieobojętne dla czynności podejmowanych w trakcie konstruowania tekstu prawnego, a następnie, że mają one również istotny wpływ na późniejsze działania podejmowane w procesie dokonywania rekonstrukcji norm z tekstu jest obecny w literaturze prawniczej od dość dawna. W szczególności zwracano uwagę na doniosłość przyjmowanych twierdzeń teoretycznych, dotyczących budowy normy, na proces wykładni prawa[12]. Dalej w tej mierze idącym stwierdzeniem jest chyba stanowisko, w którym wykazuje się istnienie zależności pomiędzy dyrektywami redagowania i interpretowania tekstu prawnego[13]. Dyrektywy, o których tu mowa, konstruowane są w wyraźnym powiązaniu z przyjmowanymi przez autorów przywoływanego stanowiska poglądami dotyczącymi pojęcia normy oraz wynikającymi z tegoż pojęcia regułami kształtującymi czynności językowe obecne w procesie konstrukcji norm (redagowanie) i ich rekonstrukcji (interpretacja *sensu largo*). Sposób rozumienia normy przez osoby dokonujące redakcji lub interpretacji tekstu stanowi tu rodzaj przekonania, które określa charakter oraz narzuca kierunek podejmowanych czynności. Jeżeli bowiem przyjmiemy, że redakcja tekstu polega na zapisywaniu w przepisach prawnych obowiązujących norm, a interpretacja przepisów — na odtwarzaniu tych norm, to oczywiście trudno byłoby sobie wyobrazić, że osoba dokonująca takiego „kodowania" lub „dekodowania" nie wie co koduje lub dekoduje (nie wie, co to jest norma). Osobie takiej nie musimy od razu przypisywać jakiejś określonej postawy teoretycznej, a więc tego, że świadomie i konsekwentnie posługuje

12 Zob. W. Lang, J. Śmiałowski, *O rozumieniu tekstów prawnych*, „Państwo i Prawo" 1962, z. 7, s. 18 i n.

13 S. Wronkowska, M. Zieliński, *Problemy i zasady redagowania tekstów prawnych*, Warszawa 1993, s. 23–24; S. Wronkowska, M. Zieliński, *O korespondencji dyrektyw redagowania i interpretowania tekstu prawnego*, „Studia Prawnicze" 1985, nr 3–4, s. 307.

się jakąś określoną koncepcją normy, że ma o tych koncepcjach pełną wiedzę i dokonuje zracjonalizowanych wyborów. Możemy natomiast zasadnie twierdzić, że jej zachowaniami sterują określone przekonania, u podstaw których leżą jakieś mniej lub bardziej konsekwentne sądy o tym, czym jest norma lub jakie znaczenie z terminem „norma" należy łączyć. Źródłem takich prawniczych sądów jest przede wszystkim nauka prawa. Stwierdzenia teoretyczne, dotyczące pojmowania normy — formułowane z zewnętrznego punktu widzenia, przyjmowanego przez badacza budującego ogólne teorie prawniczych zachowań językowych — można zatem traktować jako stwierdzenia kształtujące internalny punkt widzenia podmiotów[14], które wypełniają różnorakie praktyczne zadania prawnicze, polegające na konstruowaniu tekstu prawnego oraz odtwarzaniu zeń norm postępowania.

Założeniem, które przypisać — jak sądzę — można stanowisku uznającemu korespondencję pomiędzy redakcyjnymi czynnościami podejmowanymi w fazie legislacji i czynnościami z zakresu wykładni (rekonstrukcji) prawa, jest pogląd o formalnej tożsamości reguł rządzących zachowaniami językowymi podmiotów w obrębie każdej z tych procedur. Oczywiście taka formalna zbieżność jest czymś całkowicie niezależnym od celów, dla jakich reguły te są czy mogą być użyte przez podmioty uczestniczące w procesie prawodawczym i interpretacyjnym. Można w związku z tym mówić tu o istnieniu odmiennych kontekstów ich użycia (tworzenie, redagowanie prawa z jednej strony — stosowanie, wykładnia prawa z drugiej), poddanych jednak w pewien sposób podobnemu reżimowi normatywnemu (podobnej, prawniczej, poprawnościowej „normie" językowej), dzięki czemu te odmienne, funkcjonalnie niezależne od siebie konteksty, podlegają pewnej unifikacji.

Reguły, o których tu mowa, stanowią nie tylko ograniczenie dla samego prawodawcy przez to, że liczyć się on musi z wymogami rządzącymi procesem kodowania norm w tekście prawnym[15], ale także stanowią warunek odpowiednio jednolitej identyfikacji norm przez inne osoby, których z jakichkolwiek powodów stanowiony obowiązek

14 Por. J. Woleński, *Wstęp*, [w:] H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, przeł. J. Woleński, Warszawa 1998. Autor posłużył się tu określeniem, iż „stwierdzenia eksternalne są presupozycjami dla internalnych" *(ibidem*, s. XX i XXI).

15 Zob. S. Czepita, *Reguły konstrukcji systemu prawnego a prawotwórstwo*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 1994, z. 4, s. 31 i n.; jak w innym miejscu zauważa autor, „polski język prawniczy, zwłaszcza w obecnej dobie [...] przekształceń systemu prawnego, zbyt łatwo i bez oporu dostosowuje się do koślawo redagowanych tekstów prawnych, kiedy powinno być dokładnie odwrotnie: sposób redagowania tekstu prawnego powinien być dostosowany do klarownych kategorii pojęciowych języka prawniczego" (S. Czepita, *Reguły konstytutywne a zagadnienia prawoznawstwa*, Szczecin 1996, s. 232).

prawny może dotyczyć lub interesować. Akceptacja takich jednolitych reguł warunkuje zatem możliwość skutecznego („udanego" w sensie komunikacyjnym) porozumiewania się pomiędzy prawodawcą i osobami, dla których tekst prawny z jakichkolwiek powodów może okazać się informacyjnie doniosły. Podobnie rzecz się będzie miała w relacjach „poziomych", pomiędzy uczestnikami negocjowanych, podpisywanych i realizowanych umów. Tego rodzaju środowiskowa wspólnota reguł językowych jest wymogiem racjonalności komunikacyjnej, jest warunkiem żądania zrozumiałości przekazu zawierającego wypowiedź[16]. Spełnienie takiego warunku może w zasadniczy sposób wpłynąć nie tylko na perspektywę dojścia do konsensusu prawnego (na przykład zawarcia umowy), ale także ma zasadnicze znaczenie dla perspektywy niekonfliktowego wykonywania osiągniętego (zapisanego w języku sporządzonej umowy) porozumienia. Eliminuje bowiem potencjalne spory, jakie wyniknąć mogą z dowolności reguł języka i sposobów posługiwania się nimi. Tezie o korespondencji reguł rządzących procesem redagowania i interpretacji tekstu należałoby więc nadać wymiar szerszy, wykraczający poza relację prawodawca (legislator) — czytelnik (interpretator) tekstu prawnego. Wydaje się, że należałoby ją traktować jako potwierdzenie, że takie pojęcia, jak norma są elementem uniwersalnej pragmatyki prawniczej[17], wyposażającej prawnika w umiejętność przydatną w każdej z możliwych ról, jakie przychodzi mu spełniać.

3. Przywoływane tu przeze mnie reguły zachowań językowych w polskiej literaturze prawniczej przyjęło się określać takimi terminami jak „reguły dokonywania" i „reguły sensu czynności konwencjonalnych"[18]. Nie ulega bowiem wątpliwości, że również w przypadku twierdzeń dotyczących „reguł dokonywania" i „reguł sensu" czynności konwencjonalnych mamy do czynienia z uwikłaniem twierdzeń dotyczących tychże reguł w przyjmowaną konstrukcję (koncepcję) normy. Jest tak zarówno wtedy, gdy powiada się, że reguły sensu czynności konwencjonalnych należy pojmować jako określony „nakaz rozumienia"

16 Zob. J. Habermas, *Teoria i praktyka*, s. 42; także J. Habermas, *What is Universal Pragmatics?*, s. 2–68.

17 Zwrot ten stanowi zapożyczenie od J. Habermasa — zob. J. Habermas, *Teoria i praktyka*, s. 554.

18 Najszersze omówienie koncepcji tych reguł znajdujemy w artykule L. Nowak, S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziembiński, *Czynności konwencjonalne w prawie*, „Studia Prawnicze" 1972, nr 33, s. 73–99; pewne podstawowe idee tej koncepcji wcześnie formułowane zostały w artykule L. Nowaka, *Performatywy a język prawny i etyczny*, „Etyka" 3, 1968, s. 147 i n. Do tez zawartych w tych artykułach autorzy ci powracali w wielu innych swoich późniejszych pracach — zob. na ten temat S. Czepita, *Reguły konstytutywne a zagadnienia prawoznawstwa*, s. 116–131.

tych czynności (reguła jest nakazem przyporządkowania czynności określonego znaczenia), jak i w sytuacji, gdy rozważane reguły sytuuje się jako element współwyznaczający prawną kompetencję określonych podmiotów do dokonywania czynności konwencjonalnych[19]. W tym ostatnim przypadku reguły dokonywania czynności konwencjonalnej w istotny sposób są zależne z kolei od przyjmowanej koncepcji normy kompetencyjnej (wykonanie czynności konwencjonalnej stanowi element konstrukcji normy kompetencyjnej).

Oba te punkty widzenia pokazują, że reguły sensu czynności konwencjonalnych lub reguły dokonywania tego rodzaju czynności są bądź to traktowane jako swoiste normy postępowania (reguła jako nakaz „rozumienia"), bądź też są takimi zwrotami, które mają byt niesamodzielny, gdyż ich funkcja prawna jest w stanie się ujawnić dopiero poprzez powiązanie reguł ze strukturą normy nakazu lub zakazu (wykonanie reguły jako składnik zakresu zastosowania normy kompetencyjnej). W każdym z tych przypadków reguła określająca czynności konwencjonalne jest czymś, co albo jest normą, albo też do norm daje się sprowadzić[20]. Pojęcie normy jest zatem w tym ujęciu pojęciem pierwotnym, czymś co narzuca teoretyczną konstrukcję i prawniczą funkcję reguły. Fakt, iż reguły dokonywania (reguły sensu) czynności konwencjonalnych za przedmiot mają kategorialnie odmienny typ zachowania się, aniżeli to ma miejsce w przypadku „zwykłych" norm prawnych (reguły zorientowane są na spełnianie funkcji komunikacyjnej, są zachowaniami podejmowanymi w wymiarze symboliczno-językowym; normy zaś są wypowiedziami stanowczymi i za przedmiot mają zasadniczo proste zachowania pozajęzykowe), nie ma tu decydującego znaczenia. Ostatecznie i tak bowiem reguły zachowań językowych zostają tu zredukowane do norm czy też — ujmując rzecz inaczej — zachowania regulowane przez te reguły potraktowane zostaną jako czynności zinstrumentalizowane ze względu na potrzebę określenia obowiązku prawnego, jakim jest nakaz lub zakaz wykonania jakiegoś zachowania psychofizycznego[21]. Tego rodzaju redukcja kierunkowo dowolnych reguł dotyczących czynności językowych do stanowczych norm nakazu lub zakazu wykonania zachowań prostych utrudnia ujmowanie języka prawniczego w jego wymiarze komunikacyjnym. Prowadzi to bowiem do podporządkowania wymiaru komunikacyjnego pojęć

19 M. Zieliński, Z. Ziembiński, *Dyrektywy i sposób ich wypowiadania*, Warszawa 1992, s. 46–47, 99.

20 S. Czepita, *Reguły konstytutywne a zagadnienia prawoznawstwa*, s. 130.

21 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. Ziembiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 169.

języka prawniczego pierwotnej funkcji prawa, to jest jako instrumentu władczego oddziaływania przez państwo na zachowania społeczne.

Wydaje się, że tego rodzaju komplikacji funkcji spełnianych przez pojęcia języka prawniczego można uniknąć, jednak pod warunkiem, że zachowamy pojęciową odrębność normy postępowania jako preskryptywnej, stanowczej dyrektywy (nakaz/zakaz zachowania się) oraz nieredukowalnej do norm reguły dokonywania (reguły sensu) czynności występujących w pewnym konwencjonalnym układzie[22]. Przy takim założeniu zanika konieczność wprowadzania dość sztucznej konstrukcji towarzyszącej eksplikacji rozważanych reguł, a mianowicie traktowaniu ich jako „nakazów rozumienia" czy też nakazów zastępowania jednych zwrotów ich równoznacznymi odpowiednikami, a ponadto otwiera się możliwość wewnętrznego zróżnicowania reguł ze względu na pełnione przez nie funkcje. W tym ostatnim przypadku chodzi przede wszystkim o to, że reguły te można będzie postrzegać nie tylko poprzez pryzmat państwowych norm określających obowiązki prawne, ale także jako pewne prawnicze — częściowo określone prawem, częściowo mające wymiar doktrynalny lub kulturowy — standardy wskazujące społeczne reguły „gry w prawo" czy też „gry z użyciem prawa". Tego rodzaju pojęciowe i funkcjonalne odseparowanie reguł od norm jest niezbędne, jeżeli chcemy ujmować wypowiedzi zawierające reguły mające za przedmiot czynności konwencjonalne w wymiarze kompetencji komunikacyjnej. Wymaga to jednak wyartykułowania pewnych różnic między sytuacją dokonywania czynności konwencjonalnej a sytuacją jej rozpoznawania oraz wskazania na rolę, jaką w kontekście obu tych sytuacji pełni pojęcie sensu czynności konwencjonalnej.

4. W opracowaniach polskich autorów podejmujących problematykę prawnych czynności konwencjonalnych nie przykłada się większej wagi do różnic pomiędzy sytuacją dokonywania czynności konwencjonalnej i sytuacją jej rozpoznawania. Wyrazem tego jest brak konsekwencji terminologicznej i zmienne tendencje, gdy chodzi o używanie takich terminów, jak „reguły sensu czynności konwencjonalnych", „reguły dokonywania czynności konwencjonalnych" czy też „reguły konstruujące czynności konwencjonalne"[23]. Bierze się to, jak można sądzić,

22 Dystynkcja taka jest zgodna ze wskazaniem, które znajdujemy u G.H. von Wrighta, a mianowicie w jego fundamentalnym rozróżnieniu dyrektyw na *prescriptions — rules of games — technical norms* (zob. G.H. von Wright, *Norm and Action*, London 1963, s. 1–16).

23 Tak ocenia to S. Czepita (*Reguły konstytutywne a zagadnienia prawoznawstwa*, s. 123–124), wskazując na prace M. Zielińskiego i Z. Ziembińskiego, *Uzasadnianie twierdzeń, ocen i norm w prawoznawstwie*, Warszawa 1988, s. 61; M. Zieliński, Z. Ziembiński, *Dyrektywy i sposób ich wypowiadania*, s. 46.

stąd, że każdy z tych kontekstów poddany jest pod rząd identycznej w swym kształcie reguły, a przez to — gdy skupiamy uwagę na analizie samej tylko reguły — odrębność kontekstów jej użycia wydaje się sprawą drugorzędną. Tymczasem z perspektywy socjolingwistycznej rzecz ujmując, 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. Konteksty te nie będą już tak głęboko zróżnicowane w przypadku aktów jedynie aktualizujących obowiązki, na przykład, gdy chodzi o odrębność kontekstu towarzyszącego podpisywaniu — wykonywaniu umowy oraz rozpoznawaniu tych aktów jako tego rodzaju czynności (chociażby dlatego, że są to zwykle akty tych samych osób). Jednak i w tej drugiej sytuacji zasadność samego przeciwstawienia kontekstów sytuacyjnych nie traci podstaw. Poza bowiem samym upływem czasu pomiędzy aktem dokonania czynności i jej rozpoznawania jako czynności powodującej określony obowiązek, stronom umów towarzyszy odmienność celów działania. Taki konfliktowy charakter interesów stron powoduje także naturalną w stosunkach cywilnoprawnych predyspozycję do przypisywania odmiennego sensu dokonanym czynnościom konwencjonalnym. Pomimo zatem tożsamości samej reguły, spełniana przez nią funkcja — widziana przez pryzmat kontekstu dokonywania czynności konwencjonalnej i kontekstu jej rozpoznawania — będzie zasadniczo odmienna. Można nieco metaforycznie powiedzieć, że reguła jest tu pewną osią symetrii, która — pokazując przekładalność perspektywy dokonywania czynności i ich rozpoznawania — zarazem jednak oddziela od siebie wymiar konwencjonalnego działania (zachowanie o charakterze językowym) od wymiaru, w którym mają miejsce akty rozumienia tych działań (interpretacja zachowań jako znaczących).

Działanie oraz rozpoznawanie działań ma tu charakter celowo-instrumentalny. Stąd też reguła dokonywania — reguła sensu czynności konwencjonalnej — może być przekształcona w dyrektywę celowościową „wskazującą, co należy czynić, aby (na gruncie przyjmowanych reguł sensu) dokonać określonej czynności konwencjonalnej”[24]. Tego rodzaju

24 L. Nowak, S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziembiński, *Czynności konwencjonalne w prawie*, s. 88.

zachowania językowe podporządkowane są z kolei pewnym rezultatom faktycznym[25]: każdy prawodawca poprzez akty prawotwórcze chce przecież, w dalszej perspektywie, osiągnąć pewne społeczne rezultaty; z kolei każdy adresat normy lub inna osoba, której norma może dotyczyć, dokonując lub rozpoznając czynność, zechce zapewne powiązać z nią taki sens, który prowadzić będzie do aktualizacji własnego lub cudzego obowiązku o treści pozwalającej wywieść największą korzyść lub pomniejszyć dolegliwość. Procedura wyjaśniania aktów dokonywania czynności konwencjonalnych oraz wyjaśniania uwarunkowań mających wpływ na ich rozumienie (rozpoznawanie) wymaga zatem odwoływania się do racjonalności typu technologicznego. Nic zatem dziwnego, że prawnicza koncepcja reguł sensu czynności konwencjonalnych tak mocno w swoim czasie odwoływała się do założeń teoriopoznawczych interpretacji humanistycznej, i będącego jej podstawą takiego właśnie wariantu pojmowania racjonalności[26]. Wydaje się, że w tym właśnie tkwią powody, dla których ogólne pojęcie reguły (wyrażane na różny sposób jako „reguła sensu", „reguła zachowań językowych" czy też jako „kompetencja językowa" lub „kompetencja prawna"), zakładające przecież kierunkową dowolność wykonawstwa, w rozważaniach autorów omawianej koncepcji podporządkowane zostało pojęciu normy. Albowiem to właśnie norma prawna jest tym rezultatem, do którego prowadzić mają akty dokonywania i rozpoznawania doniosłych prawnie czynności konwencjonalnych. Wyjaśnianie, na czym polega sens prawnych czynności konwencjonalnych, jest możliwe tylko o tyle, o ile wcześniej ustalimy sens terminu „norma". Prowadzi to do uznania pojęcia reguły (a także pojęcia kompetencji) za pojęcie logicznie wtórne wobec pojęcia normy. Jedną z konsekwencji tego będzie również uznanie normy kompetencyjnej za pojęcie pierwotne wobec pojęcia kompetencji. Jest to niejako naturalna konsekwencja przyjęcia zewnętrznego punktu widzenia w odniesieniu do problematyki czynności konwencjonalnych oraz potrzeby wyjaśniania tych zachowań zgodnie z teoriopoznawczymi założeniami interpretacji humanistycznej. Przyjęcie typowego dla pragmatyki wewnętrznego punktu widzenia powinno jednak prowadzić do odwrócenia tych proporcji. Norma prawnie obowiązująca jest tu szczególnego rodzaju „produktem" powstałym w następstwie stosowania reguł dokonywania-rozpoznawania czynności konwencjonalnych. Dokonanie czynności konwencjonalnej jest zatem zawsze użyciem reguły. Rezultatem tego użycia jest norma prawnie obowiązująca. Reguła

25 *Ibidem*, s. 89.
26 *Ibidem*, s. 76, przypis 2 oraz cytowana tam literatura.

czynności konwencjonalnej jest zatem z tego punktu widzenia czymś, co jest pierwotne wobec normy jako wypowiedzi wyrażającej stanowczy nakaz/zakaz zachowania się. To reguły kreują w sensie pojęciowym normy, a nie odwrotnie.

5. Przekonaniem, którym powinien się kierować racjonalny komunikacyjnie podmiot dokonujący czynność konwencjonalną, jest posiadanie wspólnej z adresatem — lub przynajmniej porównywalnej — wiedzy o treści reguły i skutkach jej wykonania. Urealnieniu tego założenia służy znana doktrynie i orzecznictwu dyrektywa interpretacyjna odwołująca się do tak zwanego języka potocznego przy dokonywaniu wykładni tekstów prawnych; temu samemu służyć ma, dotycząca interpretacji umów, dyrektywa zapisana w art. 65 k.c., w szczególności w jego § 2. Używając terminologii J. Habermasa, można powiedzieć, że adresat czynności konwencjonalnej ma tytuł do tego, aby wysuwać wobec podmiotu czynności „żądanie zrozumiałości" formułowanej wypowiedzi, co w naszym przypadku oznaczałoby żądanie odwoływania się przy podejmowaniu aktów konwencjonalnych tylko do reguł znanych uczestnikom stosunków prawnych. O podmiocie dokonującym czynność można powiedzieć, że w jego interesie jako osoby inicjującej komunikację jest nie tylko to, żeby być zrozumiałym przez adresata czynności (warunek racjonalności komunikacyjnej), ale także to, aby adresat rozpoznał kierowaną do niego czynność konwencjonalną jako ważnie dokonaną czynność określonego rodzaju i uznał ją wobec siebie za skuteczną (rodzącą obowiązek). W tym drugim przypadku skuteczność komunikacyjna staje się zatem warunkiem niezbędnym tego, aby działania podmiotu czynności mogło być uznane za skuteczne w sensie instrumentalnym. Zdolność rozumienia czynności konwencjonalnej po stronie adresata jest w tym przypadku warunkiem jej instrumentalnej skuteczności z punktu widzenia podmiotu dokonującego czynność.

Podmiot usiłujący zidentyfikować czynność nie rozpoznaje jej nigdy „jako takiej", ale zawsze jako czynność określonego rodzaju, a to ze względu na skutki prawne, jakie wynikają z takiego przyporządkowania. Nie jest on tu tylko biernym odbiorcą komunikatów, a jego postawą nie steruje wyłącznie chęć poznania tego, jakie przekonania były podstawą działania podmiotu dokonującego czynność oraz jakie cele (preferencje) nim kierowały. Podmiot rozpoznający czynność konwencjonalną jest podmiotem uczestniczącym w działaniu. Identyfikacja przez adresata skierowanego do niego aktu jako czynności określonego rodzaju rodzi przecież po jego stronie obowiązki zachowania się wyrażone w normie prawnej, powstającej 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 w dużym stopniu akceptację obowiązków. Wiele sporów prawnych wyrasta przecież z tego, że adresaci czynności konwencjonalnych nie wiedzą albo nie mają pewności, jakie obowiązki prawne powstają w wyniku ich dokonania. Wskutek niespełnienia „żądania zrozumiałości" aktu przez nadawcę komunikatu wątpliwe stać się może przecież samo powstanie obowiązku określonego rodzaju.

Możliwe jednak są również przeciwne sytuacje: ktoś na przykład znakomicie potrafi rozpoznać dokonany akt jako czynność konwencjonalną określonego rodzaju, lecz zdając sobie zarazem sprawę z powodowanych przez nią skutków prawnych i chcąc ich uniknąć, czyni zarzut wadliwości wykonawstwa. Adresat nie ma tu wątpliwości co do tego, jak należy rozumieć zachowanie językowe (zna reguły sensu i potrafi na ich podstawie przypisać aktowi prawidłowe znaczenie). Podnosząc zarzut wadliwości wykonawstwa, wykorzystuje jednak fakt, że jego wiedza o regułach określających czynności konwencjonalne jest większa niż podmiotu dokonującego czynność: posiada nie tylko wiedzę o tym, jak przebiegać powinno poprawne wykonanie czynności, ale wie również, jaki jest idealny model wykonawstwa, a przez to potrafi dostrzec nawet nieznaczne uchybienia w działaniu podmiotu dokonującego czynność, czyniąc z nich zarzut przeciwko ważności dokonanego aktu. Można zatem powiedzieć, że osoba taka znakomicie spełnia wymogi racjonalności komunikacyjnej bądź też, że posiada wyższy od innych poziom prawniczej kompetencji językowej. Daje to jej możliwość wyboru: uczynienia zarzutu wadliwości wykonawstwa po to, ażeby uchylić się od przewidywanych skutków prawnych, bądź też zignorowania popełnionych uchybień, jeżeli skutki te z jakichś powodów jej odpowiadają. A zatem to antycypacja powstających w wyniku wykonania reguły konsekwencji prawnych decydować może o tym, czy adresat zechce rozpoznać czynność konwencjonalną jako czynność określonego rodzaju, czy też uczyni zarzut wadliwości jej dokonania, domagając się uznania jej za nieważną.

6. Między dokonywaniem i rozpoznawaniem doniosłych prawnie czynności konwencjonalnych istnieje ścisły związek, który przejawia się nie tylko poprzez formalną tożsamość reguł rządzących występującymi tu zachowaniami czy też dzięki założeniu o ich konkluzywności

(ważność-nieważność jako kryterium kwalifikacji zachowań), ale także — moim zdaniem — w tym, że ich wykonywanie zawiera w sobie aspekt działaniowy, oparty na racjonalności technologicznej. Z kolei akceptowane przez uczestników tej relacji reguły sensu, narzucając odpowiednio jednolite rozumienie występujących tu aktów językowych, traktowane być powinny jako wyraz komunikacyjnej funkcji języka prawniczego. Reguły sensu mają za zadanie określać pewne uniwersalne, jednolite standardy rozumienia symboliczno-językowych aktów wykonawstwa. Nie są one jednak w stanie narzucić jakiemukolwiek użytkownikowi języka prawniczego jakiejś krańcowej (wzorcowej) jednoznaczności rozumienia terminów tego języka, a jedynie wskazują na pewne formalne, optymalizujące standardy pozwalające rozpoznawać wypowiedzi jako wypowiedzi danego rodzaju. Zatem nie będą konkluzywne, a to ze względu na stopniowalny charakter reguł kompetencji rządzących aktami wykonawstwa językowego. Reguły sensu czynności konwencjonalnych należałoby w tej sytuacji charakteryzować przez odwoływanie się do wymogów stawianych racjonalności komunikacyjnej.

Relacja dokonywania — rozpoznawania czynności konwencjonalnych powinna być rozpatrywana poprzez relatywizację do określonych, odmiennych kontekstów sytuacyjnych, w których tego typu akty mają miejsce (kontekst dokonywania — kontekst rozpoznawania). Akty językowe zorientowane tu będą celowo na określony rezultat, to jest na prawnie obowiązujące egzemplarze norm prawnych (będą aktami stanowienia określonych obowiązków przez określone osoby publiczne lub prywatne bądź też aktami rozpoznawania takich obowiązków). Natomiast reguły określające sens czynności konwencjonalnych powinny być traktowane jako wymogi warunkujące wzajemne porozumiewanie się pomiędzy uczestnikami różnych możliwych prawniczych sytuacji socjolingwistycznych, zarówno tych występujących w relacjach publicznoprawnych, jak i w stosunkach z zakresu prawa prywatnego. Nie są to zatem reguły zorientowane na działania celowe, lecz raczej konstytuujące sobą warunki umożliwiające takie działania. Odpowiednio jednolite wiązanie sensu z tego rodzaju aktami przez podmioty uczestniczące w sytuacjach dokonywania i rozpoznawania czynności konwencjonalnych jest tu czymś pierwotnym, czymś, co dopiero warunkuje możliwość podejmowania działań nastawionych instrumentalnie. Przyjęte w prawoznawstwie rozumienie pojęcia normy usytuować należy jako składnik kształtujący prawnicze reguły sensu czynności konwencjonalnych. Otwiera to zarazem drogę do tego, aby uznać pojęcie normy za istotny — a być może nawet najistotniejszy — składnik tego, co wyżej nazwane zostało prawniczą uniwersalną pragmatyką.

Prawnicza literatura przedmiotu zwykła z terminem „sens czynności" łączyć cel działania podmiotu dokonującego czynność[27]. Prowadziło to do zdominowania koncepcji czynności konwencjonalnych przez myślenie o języku prawnym i prawniczym w kategoriach racjonalności technologicznej. Wydaje się, że takie rozumienie terminu „sens" powinno być zastąpione przez pojęcie znaczenia[28]. Spośród wielu różnych możliwych sposobów posługiwania się pojęciem znaczenia wyodrębnijmy dwa takie, które z punktu widzenia rozważanej tu problematyki wydają się przydatne, a mianowicie jego tradycyjny sposób użycia związany z omawianiem roli składników aktów mowy oraz nieco szczególny przypadek, uznawany niekiedy za wykraczający już poza obszar samego języka, to jest „znaczenie" pojmowane jako odpowiednik „doniosłości", „wagi" czy „zdolności do wywierania wpływu"[29].

Pierwszy sposób użycia jest tu niewątpliwie podstawowy[30] i służy na gruncie logiki i metodologii nauk jako podstawa dla budowania różnych teorii znaczenia. Nie ma tu potrzeby referowania tej zawiłej problematyki. Na nasz użytek wystarczy, jeżeli przyjmując za K. 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"[31]. Dlatego też o użytkownikach języka powiemy, że posługują się jakimś jego wyrażeniem w tym samym znaczeniu, jeżeli są oni zmuszeni „za każdym razem łączyć z tym wyrażeniem myśli należące do rodzaju jednoznacznie przez znaczenie tego wyrażenia określonego"[32]. Adresatami dyrektyw znaczeniowych są użytkownicy języka. Ujmując rzecz nieco inaczej, należałoby powiedzieć, że akceptacja dyrektywy znaczeniowej stanowi tu o przynależności określonej osoby do kategorii osób mówiących danym językiem. Język postrzegany jest tu 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 służyć[33].

---

27 Sensem czynności racjonalnej jest stan rzeczy maksymalnie preferowany przez podmiot podejmujący działanie. „Sens zatem to — z grubsza — cel osoby postępującej racjonalnie" — *ibidem*, s. 76.

28 Terminem „sens" jako znaczeniem wyrażenia posługuje się K. Ajdukiewicz — zob. K. Ajdukiewicz, *O znaczeniu wyrażeń*, [w:] *Język i poznanie*, t. 1, Warszawa 1985, s. 104.

29 *Ibidem*, s. 102.

30 K. Ajdukiewicz nazywa go znaczeniem „w sensie ciaśniejszym", *ibidem*, s. 104.

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

32 *Ibidem*.

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

Ujmując w tym kontekście pytanie, co należy rozumieć przez „sens czynności konwencjonalnej", trudno zatem o inną odpowiedź niż stwierdzenie, że jest nim pewne wspólne, jednolite znaczenie (myśli tego samego rodzaju) łączone z użyciem określonych wyrażeń, czy szerzej, związane z wykonaniem określonych czynności nastawionych na interpretację przez podmioty uczestniczące w akcie dokonywania i/lub rozpoznawania czynności konwencjonalnych[34]. Sens pojmowany jako wiązanie określonych aktów mowy czy znaków semiotycznych z określonymi, tego samego rodzaju znaczeniami służy w pierwszej kolejności komunikacji, stanowiąc warunek udanego porozumienia się pomiędzy jej uczestnikami. Umiejętność nadawania przez prawników podobnego sensu (znaczenia) czynnościom konwencjonalnym pozwala im porozumiewać się wzajemnie, 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 z 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 normie[35]. Jeżeli natomiast jako układ konwencjonalny ujmiemy same reguły języka prawniczego, to o czynności językowej powiemy, że jest „doniosła", gdyż 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 zaś „doniosłość prawnicza" (wykonanie prawniczej kompetencji językowej), pozwalająca rozpoznawać dany akt językowy jako składnik swoistego dla prawników socjolektu. Zarówno podmiot dokonujący czynność, jak i jej adresat muszą być zdolni do tego, aby móc jej przypisywać jednakowe

34 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 (por. na przykład H.G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, Tűbingen 1960, s. 173, 250), jednak gdy 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; także A. Kozak, *Pojmowanie prawa w teorii wykładni*, Wrocław 1997, pkt 6.1.

35 L. Nowak, S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziembiński, *Czynności konwencjonalne w prawie*, s. 92.

lub podobne znaczenie („doniosłość" prawną i prawniczą). Możliwa w praktyce dowolność w ocenie tych skutków, a także niepewność, gdy chodzi o skłonność uczestników do wzięcia na siebie konsekwencji wynikających z dokonanych aktów, usuwana jest przez istnienie reguł wiążących z wykonaniem pewnego typu czynności określony z góry rezultat.

Reguły sensu prawnych czynności konwencjonalnych, podstawą których jest pojmowanie „sensu" jako znaczenia — w pierwszym z wyróżnionych wyżej, ogólniejszym ujęciu — stanowią podstawę do konstruowania dyrektyw interpretacyjnych tekstu prawnego, wpisując się zarazem w taki wariant pojmowania interpretacji tekstu, który przez wykładnię prawa rozumie czynność przypisywania znaczenia zwrotom języka prawnego. Z kolei reguły sensu pojmowane z punktu widzenia drugiego z wyróżnionych wyżej ujęć („doniosłość" lub „zdolność wywierania wpływu" na powstający lub aktualizowany obowiązek) odpowiadać będą z kolei takiemu rozumieniu wykładni prawa, w którym chodzić będzie o umiejętność przypisywania poszczególnym zwrotom języka prawnego cech norm prawnych jako wypowiedzi jednoznacznie wysławiających nakaz (zakaz) zachowania się określonego podmiotu w określonej sytuacji[36]. Nadawanie przez użytkowników języka prawnego jednolitego sensu czynnościom konwencjonalnym ze względu na ich „doniosłość" oznaczać zatem będzie aprobatę określonego katalogu reguł mających za przedmiot czynności polegające na konstruowaniu lub rekonstruowaniu normy. Zakres tych czynności, a w konsekwencji i treść odpowiadających im reguł, uzależnione są od tego, jak zdefiniujemy pojęcie normy prawnej.

7. Z poczynionych wyżej uwag wynika, że każda reguła mająca za przedmiot czynność konwencjonalną ma swój aspekt komunikacyjny i instrumentalny. Aspekt komunikacyjny łączyć należy z funkcją reguły jako źródła poznania przez uczestników prawniczych sytuacji

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

socjolingwistycznych jednolitych standardów zapisywania (podmiot czynności) i identyfikacji (adresat czynności) sensu czynności konwencjonalnych. Sprawia to, że uczestnicy tych sytuacji rozumieją się wzajemnie, wiedzą, jak należy poprawnie dokonywać czynności konwencjonalnych, a przez to potrafią ze sobą rozmawiać wspólnym językiem czy też zarzucać sobie błędy w dokonywanych aktach prawniczego wykonawstwa językowego. Ich oparte na regułach sensu zachowania symboliczno-językowe stać się mogą również przedmiotem opisu z zewnątrz — przez niezaangażowanego w działanie obserwatora — co prowadzić może do tworzenia różnych teorii. Nie ma zatem błędu w tym, że regułę chcemy traktować zarówno jako dyrektywę kształtowania zachowań, jak i jako swego rodzaju teorię zachowań językowych, jak to na przykład miało miejsce u N. Chomsky'ego[37].

Służące komunikacji reguły sensu czynności konwencjonalnych można jednak przekształcać w wykorzystywane celowo reguły dokonywania — rozpoznawania tych czynności. Reguły te wskazywać wtedy będą bądź to, „co należy czynić", aby skutecznie dokonać czynność, bądź też umożliwiać będą uznawanie wykonanych już czynności za „skutecznie dokonane" z punktu widzenia danego układu konwencjonalnego. Będziemy już wtedy mieli do czynienia z ich instrumentalnym użyciem. Z wewnętrznego punktu widzenia podmiotów — uczestników powstających tu sytuacji prawnych „dokonywanie" lub „rozpoznawanie" czynności konwencjonalnej jest zatem zawsze rodzajem celowego działania lub zaangażowanego rozpoznawania-rozumienia[38]. Każdy z tych powiązanych ze sobą wspólną regułą aktów ma miejsce zawsze w określonym kontekście sytuacyjnym, narzucającym cel (spodziewane korzyści lub obciążenia powstałe w następstwie dokonania aktu) lub stwarzającym warunki determinujące gotowość rozpoznawania aktu jako czynności mającej cechy określonego rodzaju. A zatem ta sama reguła, której wykonaniem jest określona czynność konwencjonalna, może być interpretowana zarówno jako komunikacyjna reguła sensu, jak i jako instrumentalna reguła dokonywania — rozpoznawania czynności. Nie decyduje o tym ani językowy kształt reguły, ani jej treść lub cechy zachowania, które jest jej wykonaniem, lecz użytek, jaki zechce uczynić z reguły osoba, która się nią posługuje.

Zdolność pełnienia przez regułę funkcji komunikacyjnej jest logicznie pierwotna i warunkuje ewentualne instrumentalne posłużenie się

37 N. Chomsky, *Aspects of the Theory of Syntax*, s. 4, 8, 20, 27.

38 O pojmowaniu rozpoznawania — zob. J.J. Jadacki, *O rozumieniu. Z filozoficznych podstaw semiotyki*, Warszawa 1990, s. 12–13; o różnicy między wyjaśnianiem a rozpoznawaniem zob. W. Patryas, *Interpretacja karnistyczna*, Poznań 1988, s. 21.

regułą. Umiejętność przypisywania właściwych znaczeń prawniczym zachowaniom symboliczno-językowym, w tym także umiejętność oceny doniosłości tych zachowań w obrębie prawniczego układu konwencjonalnego jest rodzajem wiedzy (prawniczej kompetencji językowej) wyposażającej działający podmiot w potencjalną zdolność do działania zinstrumentalizowanego. To przecież wiedza — w tym również wiedza o języku — jest przesłanką warunkującą technologiczną skuteczność działania racjonalnego, a nie odwrotnie. Działania zinstrumentalizowane, polegające na skutecznym dokonywaniu i rozpoznawaniu określonych doniosłych prawnie czynności konwencjonalnych, są swoistym testem na praktyczną wartość posiadanej wiedzy.

8. W rozważaniach dotychczasowych posługiwałem się terminami „instrumentalizacja" i „działanie instrumentalne", nie precyzując bliżej znaczenia tych terminów. Nie trudno jednak — jak sądzę — zauważyć, że u podstaw mojej argumentacji dają się wyróżnić pewne wyjściowe założenia dotyczące zarówno rozumienia tego, czym jest instrumentalizacja oraz jak przedstawia się relacja pomiędzy działaniem instrumentalnym a działaniem komunikacyjnym.

Zauważmy, po pierwsze, że instrumentalizacja jest tu odnoszona do zachowań ludzkich; dotyczy zatem działań (aktów, czynności, w tym także takich, które prawnicy nazywają doniosłymi prawnie czynnościami konwencjonalnymi), a dopiero wtórnie właściwość ta przenosi się na charakterystykę obiektów (skutków, wytworów, stanów rzeczy), które powstają w następstwie dokonywanych działań. Każda natomiast aktywność — jeśli przyjąć wewnętrzny punkt widzenia działającego podmiotu — ma swojego „aktora", który podejmując działanie, kierować się może motywacją o charakterze realizacyjnym, „konsumpcyjnym" czy to w sferze prostych potrzeb homeostatycznych, czy to w wymiarze symbolicznym lub komunikacyjnym, bądź też sterować może nim motywacja instrumentalna, która również dotyczyć może prostych potrzeb człowieka (na przykład zachowania ekonomiczne podporządkowane potrzebie pomnażania kapitału), bądź potrzeb nieco bardziej złożonych, sytuujących się w obszarze symboliczno-kulturowym (na przykład te same zachowania ekonomiczne, jednak podporządkowane potrzebie urabiania sobie prestiżu społecznego)[39]. Takie oparte na internalnym punkcie widzenia podejście do problematyki instrumentalizacji pozwala

39 Szerzej na ten temat A. Bator, *Instrumentalizacja jako aspekt prawa*, [w:] *Zmiany społeczne a zmiany w prawie. Aksjologia, konstytucja, integracja europejska*, red. L. Leszczyński, Lublin 1999.

scharakteryzować instrumentalizację jako pewien rodzaj postawy przyjmowanej przez podmiot działania, w tym również postawy uwidaczniającej się w obrębie zachowań uznawanych za doniosłe prawnie (prawnych czynności konwencjonalnych). Przyjmując natomiast zewnętrzny, opisowy punkt widzenia, instrumentalność należałoby traktować jako funkcję zachowań ludzkich[40].

Po drugie, trzeba także zauważyć, że tak rozumiana instrumentalizacja zachowań prawnych nie może być traktowana jako podstawa do przeciwstawiania sobie zachowań instrumentalnych działaniom komunikacyjnym (symbolicznym, konwencjonalnym), jak to się przyjęło uważać w pewnym, opartym na tradycji pochodzącej od J. Habermasa nurcie rozważań teoretycznoprawnych[41]. Jeżeli miałoby to prowadzić do konstruowania jakichś opozycyjnych wobec siebie koncepcji prawa, na przykład „prawa jako techniki" i „prawa jako rozmowy"[42], to tego rodzaju koncepcjom zarzucić by można, że u ich podstaw leży błąd kategorialny, a mianowicie polegający na zestawianiu ze sobą — w tym przypadku przeciwstawianiu sobie — funkcji zachowań (funkcji instrumentalnej) oraz metodologicznej charakterystyki samych tych zachowań (tego mianowicie, że zachowania te należą do sfery aktów o charakterze symboliczno-kulturowym). Zachowania prawnie doniosłe i normy jako ich wytwory, są działaniami (wytworami) ze sfery symboliki kulturowo-prawnej, co nie odbiera im przywileju spełnienia określonej społecznej czy jednostkowej funkcji (funkcji instrumentalnej lub realizacyjnej), ze względu na którą zachowania takie są podejmowane. Ta sama przecież reguła dokonywania-rozpoznawania czynności konwencjonalnych może zostać użyta jako podstawa dla określonego działania strategicznego, jak też można się nią posłużyć jako regułą sensu, jeżeli chcemy należycie zakomunikować i zrozumieć znaczenie (doniosłość) określonego aktu. Prawo — jeżeli mamy skłonność do luźnych metafor — można zatem nazywać „techniką" i „rozmową"; nie powinno się jednak mówić tu o różnych, przeciwstawnych obiektach (zachowaniach, normach) czy koncepcjach prawa budowanych na podstawie tego rodzaju metafor. Są to raczej odmienne perspektywy (aspekty) ujmowania złożonych zjawisk prawnych. Przydatność tych perspektyw zależy od założonych celów badawczych: tego mianowicie, czy chcemy badać funkcje prawa

40 A. Kłoskowska, *Kultura masowa*, Warszawa 1980, s. 77 i n.

41 Zob. L. Morawski, *Dwa podejścia do prawa. Kilka uwag*, [w:] *Prawo i prawoznawstwa wobec zmian społecznych*, red. H. Rot, Wrocław 1990; L. Morawski, *Prawo jako technika społeczna — problemy aksjologiczne*, „Colloquia Communia" 1988/1989, nr 1–6; L. Morawski, *Instrumentalizacja prawa (Zarys problemu)*, „Państwo i Prawo" 1993, z. 6.

42 L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 1999, rozdziały III i IV.

lub motywacje uczestników obrotu prawnego, czy też interesuje nas charakterystyka samego prawa manifestującego się poprzez doniosłe prawnie zachowania prawodawców i innych uczestników życia prawnego, oraz normy jako wytwory tych szczególnego rodzaju zachowań. W pierwszym przypadku interesować nas będzie aspekt instrumentalny prawa, w drugim, komunikacyjny.

Wreszcie, po trzecie, odnotować należy, iż wykorzystany w proponowanych tu rozważaniach sposób rozumienia instrumentalizacji ma charakter uniwersalny w tym sensie, że dotyczyć może w takim samym stopniu zarówno działań podejmowanych przez państwowego prawodawcę, jak i prywatnych podmiotów realizujących swoje kompetencje przez podejmowanie prawnych czynności konwencjonalnych. Uznając doniosłość wyodrębniania na potrzeby rozważań o instrumentalizacji prawa punktu widzenia prawodawcy i adresata norm[43], i związanego z tym odróżnienia odmiennych kontekstów działania każdego z tych dwóch typów podmiotów, należy jednak dostrzegać racje przemawiające za potrzebą przełamywania (relatywizacji) tego dualizmu, czego podstawą może być chociażby podnoszona w pkt 1 i 2 teza o przekładalności perspektyw konstruowania wypowiedzi formułujących obowiązki prawne oraz rekonstruowania z nich norm (przypomnijmy także lingwistyczny argument odwołujący się do zamienności ról mówcy — słuchacza). Takie podejście pozwala zdjąć z problematyki instrumentalizacji prawa pewne ciążące na niej — szczególnie widoczne w kontekście przemian ustrojowych lat dziewięćdziesiątych — odium ideologiczne, a mianowicie perswazyjne używanie pojęcia instrumentalizacji do krytyki „złego prawodawcy", wykorzystującego dostępne mu kompetencje do celów moralnie nagannych, i pochwał dla „dobrego rynku", na którym działają wolne od ingerencji państwa jednostki. Trudne dylematy moralne, nierozstrzygalne na poziomie koncepcji, modeli czy systemów, okazują się często wyborami dużo łatwiejszymi, gdy rozważamy je w skonkretyzowanej sytuacji, mając możliwość rozpoznania towarzyszącego jej kontekstu[44]. Jest to jednak możliwe dopiero wtedy, gdy dziedzinę

43 Zob. L. Morawski, *„Autopoesie" i prawo refleksyjne w ujęciu G. Teubnera*, [w:] *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie*, red. G. Skąpska, Kraków 1992.

44 I tak na przykład instrumentalne użycie prawa może być przecież w takim samym stopniu wyrazem wolności osoby *A*, wykonującej regułę przyznającą jej kompetencję, jak i zniewolenia osoby *B*, dla której realizacja takiego uprawnienia oznacza powstanie obowiązków. Filozoficzny dylemat: czy chronić prawo do wolności osoby *A*, czy też chronić *B* przed zniewoleniem przez *A*, jest dylematem, którego rozstrzygnięcie jest dużo łatwiejsze, jeżeli zidentyfikujemy osoby tego „dramatu", określając pozostałe elementy składowe sytuacji tego konfliktu i dzięki temu uczynimy możliwym wymierzenie rachunku korzyści i strat po obu stronach. Dziś nie ulega już bowiem wątpliwości, że nie tylko działania państwa, ale również osób prywatnych (na przykład prywatnych monopoli w gospodarce) mogą spotykać się ze sprzeciwem.

refleksji teoretycznej wyjmiemy spod argumentacji fundowanej przez przyjmowane przez badacza przekonania natury ideologicznej.

9. Ujęcie instrumentalizacji prawa, do którego się odwołuję, nazwać można podejściem pragmatycznym, w odróżnieniu od tych — jak się wydaje dominujących do tej pory w prawoznawstwie koncepcji — które opierają się na argumentacji natury aksjologicznej, i które — dodajmy — z pojęciem instrumentalizacji prawa łączą wartościowanie wyraźnie negatywne[45]. W przeciwieństwie do takiego wartościującego ujęcia, instrumentalizację prawa traktować można po prostu jako pewną funkcję złożonych zachowań prawnych (prawnych czynności konwencjonalnych) lub jako postawę towarzyszącą działającym podmiotom przy podejmowaniu tego rodzaju zachowań, a więc jako działanie symboliczne w swym charakterze, jednak zorientowane zawsze na pewien zewnętrzny rezultat: bezpośredni, symboliczno-językowy (norma o określonej treści powodująca powstanie lub aktualizację obowiązku) i/lub pośredni, pozajęzykowy (empiryczny skutek, powstający w konsekwencji wykonywania ustanowionego lub zaktualizowanego obowiązku). Nie wydaje się natomiast konieczne do rozumienia samego pojęcia instrumentalizacji prawa to, czy i ewentualnie jaka ocena aksjologiczna zostanie każdemu z tych możliwych rezultatów przypisana.

Z tak rozumianą instrumentalizacją prawa będziemy mieli do czynienia wszędzie tam, gdzie podmiotom dokonującym czynności konwencjonalne przypisać można przekonania wyrastające z chęci zaspokajania określonych potrzeb (społecznych, jak to zazwyczaj łączy się z państwowym prawodawcą, lub jednostkowych bądź grupowych w przypadku osób prywatnych). Zachowanie zinstrumentalizowane — w odróżnieniu od realizacyjnego — jest zawsze zachowaniem strategicznym, a więc takim, które nie „konsumuje" sobie wartości, lecz odkłada ich ewentualne spełnienie do momentu osiągnięcia zamierzonego rezultatu. Jest to zatem postawa, która nie jest wolna od aksjologicznych uwarunkowań. U jej podstaw znajdujemy bowiem potrzebę akceptacji określonego etosu[46]. Ostrożności wymaga natomiast

45 Jak pisze L. Morawski: „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 widzenia" (L. Morawski, *Instrumentalizacja prawa*, s. 21). W stwierdzeniu tym zakłada się zatem, że termin „instrumentalizacja" nie jest terminem opisowym, lecz z natury swej aksjologicznie uwikłanym i powinien być zarezerwowany tylko dla moralnie nagannego sterowania zachowaniami ludzkimi.

46 Mam tu na uwadze na przykład wartościowanie, które za M. Weberem określić można jako tak zwany etos gospodarczy (zob. M. Weber, *Osobliwości kultury zachodniej* oraz *Asceza*

posługiwanie się w takich przypadkach ocenami aksjologicznymi o charakterze zasadniczym.

Czynności konwencjonalne powinny być przede wszystkim kwalifikowane ze względu na formalne kryteria o charakterze symboliczno-językowym (jako akty ważne/nieważne ze względu na określoną regułę ich dokonywania) bądź też ze względu na kryteria pozajęzykowe (jako działanie prowadzące do określonych skutków empirycznych lub nie). Dokonywanie ocen zasadniczych w przypadku zachowań instrumentalnych powinno zostać niejako „przesunięte w czasie" do momentu osiągnięcia zamierzonego lub powstania jakiegokolwiek innego rezultatu. Wtedy to dopiero zarówno o treści obowiązującej normy, jak i o rezultatach powstałych w następstwie wykonania zawartego w niej obowiązku, można sensownie mówić, że są z moralnego punktu widzenia godne aprobaty lub naganne. Instrumentalizacja pojmowana pragmatycznie nie powinna zatem być przeciwstawiana instrumentalizacji wyodrębnianej na podstawie kryteriów aksjologicznych. Należy raczej odróżniać sytuacje, w których jest miejsce właściwe do dokonywania ocen zinstrumentalizowanych, odwołujących się do skuteczności podejmowanego działania (akty, czynności), od miejsc właściwych do przeprowadzania ocen zasadniczych (osiągnięte skutki, wytwory dokonanych aktów).

Z zestawionym tu pragmatycznym ujęciem instrumentalizacji prawa wiąże się inna jeszcze istotna konsekwencja. Podejście to pozwala mianowicie traktować instrumentalizację nie jako atrybut orzekany o samym prawie (o określonej normie lub regule, bądź o prawie jako systemie), lecz jako charakterystykę pewnego sposobu użycia prawa — takiego mianowicie, w którym reguły prawodawstwa oraz reguły stosowania i wykładni prawa wykonywane są poprzez zachowania (akty symboliczne, czynności konwencjonalne), i które poprzez obecność osoby swojego użytkownika wprzęgane są w określone strategie działania. To nie atrybutywna charakterystyka jakiegokolwiek obiektu (w tym także prawa jako zbioru norm określających obowiązki i reguł

i duch kapitalizmu, [w:] *Szkice z socjologii religii*, przeł. J. Prokopiuk, H. Wandowski, Warszawa 1984, *passim*). Na etos ten składa się taka postawa, w której obrębie ceniony jest tu nie tyle sam zysk, ile raczej nastawienie na zysk, nie tyle wynik pracy, co sama pracowitość, nie bogactwo jako cel działania, lecz wyrzeczenia i ascetyczna praca. Ale jednocześnie etos ten „przeciwstawia się z całą mocą dowolnemu korzystaniu z posiadania, krępując *konsumpcję*, szczególnie przedmiotów zbytku. Uwalania natomiast [...] od hamulców narzucanych przez tradycyjną etykę, rozrywa więzy krępujące dążenie do zysku" (*ibidem*, s. 100). Jest to zatem etos pracy, dyscypliny i ascezy, podporządkowany jednak gotowości uzyskania określonych rezultatów. Podobny sens mają rozważania B. Franklina o ideale człowieka „godnego kredytu" czy o wzorcu self-made mana, zob. także M. Ossowska, *Moralność mieszczańska*, Warszawa 1985, rozdział III.

wyposażających w kompetencję) przesądza o tym, że jest on lub nie jest zinstrumentalizowany, lecz jego użytkownik, który podejmuje decyzje o takim lub innym sposobie wykorzystania dostępnego mu obiektu. Określone obiekty — przedmioty stają się narzędziami dopiero w rękach swoich użytkowników. O przedmiotach powiedzieć jedynie można, że w mniejszym lub większym stopniu posiadają takie właściwości, które są predyspozycjami do ich zinstrumentalizowanego wykorzystania, a więc że posiadają potencjalną zdolność użycia. Ostatecznie jednak to zawsze użytkownik decyduje o wykorzystaniu tych właściwości.

Prawo wobec polityki i polityczności
Czy instrumentalizacja prawa ma szansę odzyskać dobre imię?*

1. Sanne Taekema, holenderska profesor jurysprudencji, tekst poświęcony instrumentalizacji prawa rozpoczyna od przywołania ważkiej, choć dla polskiego czytelnika raczej nie odkrywczej myśli, że „legal instrumentalism has a bad name"[1]. Autorka wyjaśnia przyczynę tej opinii. Jest nią redukowanie prawa do roli narzędzia realizacji zewnętrznych celów politycznych i gospodarczych. Próbuje też odpowiedzieć na pytanie, jak można ewentualnie odzyskać, jeśli już nie dobre imię, to przynajmniej neutralne aksjologicznie znaczenie „instrumentalizacji prawa". Jak twierdzi, „ideę instrumentalizacji prawa można interpretować na sposób nieredukcjonistyczny", co będzie prowadziło do sytuowania prawa w perspektywie poziomej jako płaszczyzny wzajemnych oczekiwań i oddziaływań ludzi, a także do społecznej pluralizacji instrumentalizacji prawa, dla której spoiwem stanie się orientacja na aprobowane wartości i cele prawa, limitowane przez zasadę *rule of law*. Pionowa instrumentalizacja prawa, dokonywana aktami władzy publicznej, nie zaniknie, choć zmieni swój charakter, stając się czynnikiem warunkującym instrumentalizację poziomą, sprzyjającą wykonywaniu czynności w jej ramach lub je korygującą. S Taekema jako właściwy kierunek metodologicznego postępowania ugruntowujący proponowany program badawczy (i społeczny) wskazuje na „perspektywę teoretyczną łączącą interakcjonizm prawny z ideami pragmatyzmu"[2]. Dzięki takiemu podejściu badawczemu prawo nie musi być postrzegane

---

* Tekst pierwotnie opublikowany w: „Historia i Polityka" 2022, nr 41, s. 53–67.

1 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, s. 116.

2 *Ibidem*.

jako celowe narzędzie w rękach wyłącznie władzy publicznej, ale może być ujmowane jako narzędzie, z którego, jak określał to John Dewey, „może korzystać każdy". Zmienia to również sposób pozycjonowania polityki, jako że i ona ulega demonopolizacji, przybierając horyzontalną i pluralistyczną postać. W tej rozszerzonej perspektywie prawo i akty jego instrumentalizacji, a także społeczna aktywność polityczna powinny wychodzić naprzeciw potrzebie obywatelskiej aktywności oraz wolnościowej, demokratyczno-liberalnej wizji społeczeństwa.

2. Gdybyśmy mieli zestawić zarysowaną wyżej pluralistyczną wersję instrumentalizacji prawa z odpowiednim dorobkiem polskich debat o instrumentalizacji, to dowodów na podobny kierunek badawczego zaangażowania bylibyśmy w stanie znaleźć niewiele. Przede wszystkim nie sprzyjał temu sam klimat społeczny okresu, w którym kształtował się główny nurt rodzimej literatury teoretycznej podejmującej problematykę instrumentalizacji prawa. Była ona zdominowana przez kontekst reform ustrojowych z lat dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku z silną wtedy pamięcią o PRL-u, z monopolizującymi życie społeczne upolitycznionymi, partyjnymi programami realizowanymi aktami centralnie stanowionego prawa. Pojęcie instrumentalizacji prawa zostało wpisane w tę ideologiczną perspektywę. Nie powinno zatem dziwić, że autorzy niemal wszystkich ówczesnych opracowań teoretycznych za główny cel stawiali sobie zakreślenie „granic instrumentalizacji prawa" wyznaczanych z myślą o aktywności państwowego prawodawcy. Najdosadniej uczynił to L. Morawski, nazywając instrumentalizację prawa sterowaniem „niemoralnym"[3]. Ostrożniej, jednak z podzielaną ciągle obawą co do nieaprobowanych następstw zewnętrznych lub destrukcyjnych dla samego prawa skutków instrumentalizacji prawa, wypowiadał się W. Lang, który barierę instrumentalizacji prawa znajdował w koncepcji państwa prawa[4]. Podobnie czynił to W. Gromski, który granice instrumentalizacji prawa lokalizował w autonomii prawa i kulturze prawnej, a więc w domenie obejmującej również koncepcję państwa prawa[5]. Mimo że każdy z tej trójki autorów dostrzegał możliwość występowania instrumentalizacji prawa również poza

3 Jak pisał, „instrumentalizacją prawa chcę właśnie nazywać te formy sterowania, które wydają się być niedopuszczalne z moralnego punktu widzenia". Prawo sterujące zachowania w sposób instrumentalny L. Morawski łączył z „ideologią kolektywizmu i solidaryzmu [...] w opozycji do prawa wychodzącego z założeń liberalizmu i indywidualizmu" — L. Morawski, *Instrumentalizacja prawa (Zarys problemu)*, „Państwo i Prawo" 1993, z. 3, s. 20–21.

4 W. Lang, *Instrumentalne pojmowanie prawa a państwo prawa*, „Państwo i Prawo" 1991, z. 12, s. 3–13.

5 W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, Wrocław 2000, s. 79, 159.

państwowym prawotwórstwem — na poziomie stosowania i wykładni prawa, a także z perspektywy adresatów norm[6] — to jednak potencjalne nadużycia władzy państwowej zagrażające wolności i interesom jednostki okazywały się być wiodącą racją uzasadniającą poszukiwanie „granic" instrumentalizacji. Polska literatura teoretyczna nie stawiała sobie za cel demistyfikacji „złego imienia" instrumentalizacji prawa, a raczej (z wyjątkiem L. Morawskiego) starała się dylemat instrumentalizacji prawa wyważać w duchu zasady proporcjonalności: poprzez konfrontację politycznej sprawczości organów stanowiących prawo z argumentami odwołującymi się do wewnętrznych, autonomicznych (i w tym sensie apolitycznych) wartości prawa. Wynikiem tej prowadzonej *in abstracto* konfrontacji miała być — jakkolwiek zechcemy ją rozumieć — „granica" instrumentalizacji prawa[7]. Nie negując teoretycznej potrzeby stawiania barier moralnie niegodziwym czy dla prawa destrukcyjnym aktom instrumentalizacji, w niniejszym tekście chcę jednak skupić uwagę na sytuacjach odmiennych, logicznie pierwotnych wobec pytania o granice, to jest na aktywnym wymiarze czynności instrumentalnych. Zanim bowiem będziemy stawiać bariery aktom uznawanym za niegodziwe czy destrukcyjne, warto wpierw przyjrzeć się, czym te akty w ogóle są lub mogą być, czyli co jest lub może być przedmiotem takiego oceniania. Tego rodzaju zabieg badawczy można uznać za próbę — parafrazując znane stwierdzenie M. Webera — „odczarowania" prawniczego, a także publicystycznego, „świata instrumentalizacji prawa". Dobry punkt wyjścia dla takiego pozytywnego kierunku teoretyzowania o instrumentalizacji, odpowiadającego programowi S. Taekemy, zaproponował w polskiej literaturze W. Lang ze swoją koncepcją nieredukcjonistycznego ujęcia instrumentalizacji prawa.

3. Jak pisał W. Lang: „normy i zasady prawne są dyrektywami wskazującymi podmiotom tworzącym i stosującym prawo oraz adresatem prawa, co mogą lub powinni uczynić, jeśli chcą zrealizować pewne stany rzeczy wyróżnione przez prawo lub czego czynić nie powinni, jeżeli chcą uniknąć pewnych niekorzystnych stanów rzeczy lub sytuacji. Tak rozumiane normy podlegają wyłącznie ocenom i uzasadnieniom instrumentalnym lub celowościowym"[8]. Liczy się tu wyłącznie finistyczna skuteczność

6 Najszerzej ujmował to W. Gromski, który nazywał „dojrzałą kulturą prawną" taką, która reguluje: 1) tworzenie prawa; 2) stosowanie i wykładnię prawa; 3) przestrzeganie prawa; 4) kontrolę przestrzegania prawa; 5) aktywność osób zawodowo podejmujących działania określone w pkt 1), 2) i 4) — *ibidem*, s. 75.

7 A. Gromski, *Akty instrumentalizacji prawa i ich granice*, „Przegląd Prawa i Administracji" 114, 2018, s. 97–98.

8 W. Lang, *Instrumentalne pojmowanie prawa a państwo prawa*, s. 3.

w realizacji ocenianych jako korzystne „stanów rzeczy wyróżnionych przez prawo", bądź też w powstrzymywaniu się przed wystąpieniem stanów uznawanych za niekorzystne. Prawo jednak, zdaniem Langa, może mieć również charakter instrumentalny w innym znaczeniu: normy i instytucje prawne są lub mogą być używane do realizacji różnych celów, nie tylko wskazanych wprost przez prawo i nie tylko będących w dyspozycji prawodawcy. Prawo może być „użyte" także w celu zabezpieczania interesów indywidualnych i grupowych. To drugie ujęcie nie zakłada zatem redukcji norm prawnych do dyrektyw instrumentalnych. „Normy prawne podlegają [tu — dop. A.B.] ocenom i uzasadnieniom instrumentalnym, celowościowym i aksjologicznym, a także uzasadnieniu tetycznemu (relatywizacja systemowa)"[9]. Wybór celu i jego uzasadnienia będzie należał do działającego podmiotu. Jak deklaruje W. Lang: „prawo jako jeden z systemów kontroli społecznej ma z istoty swej charakter instrumentalny — jest narzędziem realizowania przez prawodawcę określonej polityki społecznej". Jak od razu dodaje: „zamierzam jednak bronić instrumentalnego pojmowania prawa w wersji nieredukcjonistycznej"[10]. Szańce tej obrony mają już mocno polityczny charakter. To bowiem system prawny państwa autorytarnego ma wykazywać skłonność do ujęcia redukcyjnego, a w konsekwencji również do jednokierunkowego używania prawa (jako instrumentu sprawowania władzy publicznej w skali makrospołecznej). Prowadzi to, zdaniem Langa, do bezpośredniego podporządkowania prawa bieżącej polityce i państwu używającemu go do dowolnych, w tym politycznych celów[11]. Antidotum autor znajduje w pojmowanej formalnie koncepcji państwa prawa, która nie wyklucza instrumentalnego użycia prawa, lecz ogranicza jego nieakceptowane skutki. Ale antidotum — i ten kierunek myślenia chcę dalej rozwijać — może też być preferowanie nieredukcjonistycznej wersji ujmowania instrumentalizmu prawa, gdyż to u jej podstaw zakłada się dwukierunkowy i responsywny charakter oddziaływania poprzez prawo: państwo-jednostka, ale również jednostka-państwo, a działania normodawcze jednej strony (na przykład państwa) stwarzają zewnętrzne uwarunkowania decyzji zorientowanych na kształtowanie sytuacji drugiej strony (jednostki) i *vice versa*[12]. Oczywiście lista typów tych podmiotów jest znacznie bardziej złożona, a warianty możliwych relacji

9 *Ibidem*, s. 4.
10 *Ibidem*, s. 7.
11 *Ibidem*, s. 11.
12 *Ibidem*, s. 12–13. Autor tak oto podsumowuje swój artykuł: „W państwie prawa prawo jest nie tylko narzędziem sprawowania władzy i realizowania przez organy państwowe określonej polityki społecznej na podstawie prawa i w granicach przez niego wyznaczonych, ale jest także narzędziem ograniczania i kontrolowania władzy państwowej przez społeczeństwo,

skomplikowane. Uzyskujemy w ten sposób teoretyczną perspektywę otwierającą się na koncept instrumentalizacji spluralizowanej, gdzie nie istnieje, albo staje się on relatywny, podział na instrumentalizujących i instrumentalizowanych, gdzie kruszy się strukturalna wizja polityki z podziałem na sprawujących władzę i podległych władzy, aktywnych — przejętych swoją rolą publiczną i biernych — pozostających w nadziei, że tym pierwszym zasada praworządności i kultura prawna postawią granicę ich prawnemu woluntaryzmowi.

Powyższe rozwinięcie nieredukcjonistycznej wersji instrumentalizacji prawa jest kierunkowo zbieżne z koncepcją S. Taekemy. Autorka ta idzie jednak o krok dalej, gdy nie tylko identyfikuje swoją propozycję pluralistyczno-responsywnej instrumentalizacji prawa z pragmatyczną filozofią J. Deweya, ale również odwołuje się do twórcy „pragmatycznego instrumentalizmu", aby podkreślić kreatywny charakter instrumentalnego zachowania[13]. Spróbujmy i my pójść ścieżką wytyczoną przez tego amerykańskiego filozofa, pedagoga i teoretyka kultury. S. Taekema tej ścieżki nie eksploruje, jednak zwraca uwagę na jedną istotną dla prawoznawstwa konsekwencję odwołania do Deweya, a mianowicie na źródła leżące u podstaw odróżnienia tego, co instrumentalne, od tego, co nieinstrumentalne.

4. W anglosaskiej literaturze prawniczej instrumentalizm znajdował dla siebie opozycję w prawniczym formalizmie. Wywołało to jedną z najżywiej prowadzonych debat, szczególnie w jurysprudencji amerykańskiej[14]. Inaczej opozycja wobec instrumentalizmu budowana jest na gruncie pragmatycznego instrumentalizmu. Jak zauważa S. Taekema, u J. Deweya mamy do czynienia z dystynkcją na wymagające namysłu działania celowe (instrumentalne) oraz działania nawykowe (rutynowe), przy czym — i tu jest dalsza, jeszcze istotniejsza odmienność — nie są one sobie przeciwstawiane, ale wpisują się w funkcjonalne, diachroniczne kontinuum: działania celowe służą rozwiązywaniu problemów, pokonywaniu wyzwań pojawiających się w nowej, nierozpoznanej sytuacji

zorganizowane grupy społeczne i obywateli. W państwie praworządnym instytucje prawne służą również indywidualnym adresatom prawa do ochrony ich praw podmiotowych przed zagrożeniem ze strony państwa lub zorganizowanych grup społecznych" — *ibidem*, s. 13.

13 S. Taekema, *The Many Uses of Law*, s. 123.

14 Zob. D. Lyons, *Legal Formalism and Instrumentalism — a Pathological Study*, „Cornell Law Review" 66, 1981, nr 2, s. 949–972; S. Quevedo, *Formalist and Instrumentalist Legal Reasoning and Legal Theory*, „California Law Review" 73, 1985, nr 3, s. 119–157; 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, nr 1, s. 861–948; B. Tamanaha, *How an Instrumental View of Law Corrodes the Rule of Law*, „DePaul Law Review" 56, 2007, nr 12, s. 469–505.

decyzyjnej. Jednak zaangażowane, inteligentne rozwiązanie takiej sytuacji — „trudnego przypadku", jak nazwałby to prawnik — zazwyczaj otwiera drogę do późniejszego wytworzenia się określonej praktyki, do ukształtowania się działań rutynowych[15]. To, co łatwe, i to, co trudne, staje się zatem względne, kontekstowo (historycznie) uwarunkowane. Także inne, charakterystyczne dla strukturalizmu, dystynkcje pojęciowe i kategorialne zanikają, a nawet ukazują w Deweyowskim pragmatyzmie swój kooperatywny charakter.

Dla zrozumienia sensu instrumentalnego aktywizmu szczególne znaczenie ma wzajemne uwikłanie myślenia (dochodzenia do pomysłu, do idei rozwiązania określonej sytuacji problemowej) i poznawania (ustalania faktów i konfrontowania ich z powziętą ideą). To z tak zestawianych — konfrontowanych, ale i kooperujących ze sobą — przesłanek rodzi się decyzja i jej wykonanie, a wszystko to ma służyć osiąganiu celów życiowych powziętych przez jednostkę. Myślenie i poznawanie to rodzaje świadomego działania, ale i *vice versa*. Poznać otaczającą nas rzeczywistość znaczy mniej więcej tyle, co umieć manipulować nią, używać jej jako narzędzia do osiągania założonych celów. Ową „rzeczywistością" może być zarówno świat przyrody, jak i świat społeczny, kulturowy, w tym także językowo-pojęciowy — a więc i prawo jako istotny składnik naszego społecznego i językowego otoczenia. Przyjrzyjmy się nieco bliżej zinstrumentalizowanemu myśleniu-działaniu w ujęciu J. Deweya.

Proces badawczy rozpoczyna się od świadomego postawienia problemu. Jego rozwiązanie prowadzić ma do likwidacji zidentyfikowanej sytuacji problemowej. Jedynym warunkiem nałożonym na problem jest jego rozwiązywalność (przypomina to dworkinowskie *one right answer*). Już po wstępnym, oglądowym ustaleniu pewnego zestawu dostępnych faktów składających się na zewnętrzne uwarunkowanie sytuacji problemowej, podejmujemy próbę likwidacji zaistniałej sytuacji poprzez konfrontację faktów z potrzebami/celami działającego podmiotu. Prowadzi to do zbudowania pewnej idei, która ma wskazywać rozwiązanie prowadzące do równowagi między stwarzającym opór zewnętrznym otoczeniem i zamierzeniami jednostki. Fakty nie istnieją obiektywnie. Są ustalane w czasie badań przy pomocy idei i są wobec niej relatywne[16]. Owe idee to tyle, co pojęcia, koncepcje, myśli (ewentualnie ich znaczenia), ale też plany, strategie zawierające w sobie sposoby działania,

15 S. Taekema, *The Many Uses of Law*, s. 123.

16 J. Dewey, *Logic. Theory of Inquiry*, New York 1938; por. też T. Buksiński, *Johna Deweya teoria badań*, „Studia Metodologiczne" 21, 1981, s. 25–27.

które mają antycypować lub prowadzić do zamierzonych celów, jeżeli wyjściowe uwarunkowania nie sprzyjają oczekiwanym konsekwencjom (działania rutynowe są niewystarczające). Powzięte idee mają służyć za przesłanki interpretacji faktów wyjściowych, ale mogą też motywować do poszukiwania nowych faktów bądź nowej interpretacji faktów dotychczasowych. Nowe fakty mogą z kolei wpływać na modyfikację przyjętej idei, adaptację wyjściowej koncepcji w kierunku sprzyjającym lepszemu rozwiązaniu postawionego problemu[17]. Proces owego dopasowywania (konfrontacji — korelacji) idei i faktów może powtarzać się wielokrotnie w trakcie danego badania, a jego zasadniczym zadaniem jest uporządkowanie wyjściowej, niedyspozytywnej, stwarzającej opór działającej jednostce sytuacji problemowej.

5. Opisany wyżej pokrótce proces nasuwa mocne skojarzenia z ujmowanym pragmatycznie (czynnościowo) materialnym modelem decyzyjnego stosowania prawa[18], z zauważalną tylko różnicą wzajemnej zwrotności idei i faktów u Deweya. Z kolei proces korelacji między otoczeniem a powziętą ideą można uznać za pragmatyczną interpretację przechodzenia od zewnętrznego do wewnętrznego aspektu reguły[19]. Na tym jednak prawnicze koincydencje się nie kończą. Deweyowski ostateczny wynik badania wyraża się w sądzie finalnym (*judgment*), co jest nieprzypadkowym ukłonem w stronę języka sądowego rozstrzygania sporów, jakkolwiek nie będzie to oczywiście spór między procesowymi stronami, ale poniekąd spór jednostki „samej z sobą". Sąd końcowy stwierdza istnienie, zachodzenie czegoś w danej sytuacji normatywnej, pełni podobną funkcję w prowadzonych 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 zachwianej w punkcie wyjścia równowagi. Znaczeniem sądu finalnego jest suma jego weryfikowalnych konsekwencji[20]. Sąd finalny jest jednocześnie decyzją jednostki, że można, i należy, podjąć działanie, które w przekonaniu podmiotu nie tylko doprowadzi do oczekiwanych konsekwencji, ale też będą to konsekwencje weryfikowalne (prawdziwe),

17 J. Dewey, *Logic. Theory of Inquiry*, s. 131.

18 J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988, s. 42–48.

19 H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1961, s. 56. „Wewnętrzne podejście do prawa odsłania jego normatywność, która nie sprowadza się do wzorca zachowania zawartego w normie [...], lecz ukazuje się w poznaniu jako pewne znaczenie. Do istoty znaczenia należy to, że nie daje się ono uchwycić bezpośrednio jako przedmiot naturalny [...], [co] pozwala odróżnić normatywność od bodźców pochodzących od zwykłych nawykowych reguł społecznych" — M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Kraków 2000, s. 184—185.

20 T. Buksiński, *Johna Deweya teoria badań*, s. 28–30.

a więc nie tylko zgodne z przekonaniami działającego podmiotu, ale również domagające się zrozumienia i uznania ze strony innych (uzasadnione).

Pojmowany na sposób strukturalistyczny wzorzec naukowości jest tu poddany korzystnemu dla prawników odwróceniu: nasza lokalna aktywność poznawczo-decyzyjna, przynajmniej na gruncie nauk społecznych, może być jeśli nie wzorcem, to przynajmniej inspiracją do budowania uniwersalizującego modelu uprawiania nauki. Warto przypomnieć, że to prawo i praktyka prawników, obok oczywiście pierwszej dla Deweya pedagogiki, były inspiracjami do budowania teorii pragmatycznego instrumentalizmu. Inspiracje te, kształtowane przez kulturowy klimat naukowego realizmu, podobnie sytuowały zadania stawiane przed prawoznawstwem, pedagogiką czy estetyką: lokowały idee, pojęcia i teorie jako instrumenty reorganizacji zastanego środowiska, co miało służyć usunięciu zastanych, rzeczywistych trudności i zakłóceń, z jakimi mierzą się wspólnoty badaczy. Jeśli zatem naukowy dogmatyzm jest strategią dającą zrutynizowane poczucie „obiektywnej" pewności, to pragmatyczny instrumentalizm uczy nas, jak jednostka, w tym również adwokat czy sąd, mogą radzić sobie z rzeczywistymi problemami prawnymi, w tym również takimi, które zwykło się nazywać przypadkami „trudnymi". Te zapoznawane w tradycji pozytywizmu prawniczego sytuacje, usuwane przez rutynowe posługiwanie się w praktyce prawniczej odpowiednimi technikami i argumentacjami (sylogizm decyzyjny, sytuacje izomorfii, paremie typu *clara non sunt interpretanda*), zostają wydobyte na pierwszy plan. Tak jak zinstrumentalizowane działanie jednostki wymaga z jej strony odpowiedniej „reorganizacji" zastanego środowiska, tak też zrozumienie takiej postawy przez prawoznawcę lub sędziego będzie wymagało podobnie zaangażowanej postawy, choć zazwyczaj nieufundowanej na tych samych celach i wartościach. Argumentacja prawnicza z wiodącą rolą ogólnej reguły nie zanika, jakkolwiek ustępuje miejsca analizie kontekstualnej.

Odnotujmy jeszcze jedną konsekwencję wpływu pragmatycznego instrumentalizmu na problematyzowanie kwestii badawczych w teoriach instrumentalizacji prawa. Jest nią uchylenie dziedzinowych dystynkcji pojęciowych wraz z roszczeniem wyznaczania na ich podstawie przedmiotowych granic. Tak jak z punktu widzenia badań naukowych zawieszeniu powinny ulec podziały na gałęzie prawa oraz dyscypliny prawnicze — należy je zastąpić przez perspektywę problemową — tak też sens traci samo artykułowanie, a tym bardziej poszukiwanie dystynktywnych „granic" instrumentalizacji prawa. O instrumentalizacji można mówić wyłącznie jako „postawie",

nastawieniu umysłu działającego podmiotu[21], a tego nie jesteśmy w stanie zewnętrznie, obiektywizująco weryfikować, choć zawsze jesteśmy w stanie próbować zrozumieć takie nastawienie. Możemy natomiast dezaprobować zewnętrzne skutki instrumentalizacji prawa, ale będzie to już „nastawienie umysłu" innego podmiotu. Nie musi to jednak prowadzić do zarzutu relatywizmu, tak skądinąd niebezpiecznego dla prawniczej praktyki decyzyjnej, jakkolwiek należy przyjąć stanowisko, że teoria pragmatycznego instrumentalizmu powinna wpłynąć na zmianę zastanej prawniczej praktyki instytucjonalnej[22].

6. Teorię pragmatycznego instrumentalizmu J. Deweya oraz wcześniej przywołane koncepcje instrumentalizacji prawa S. Taekemy i W. Langa łączy również to, że deklarują polityczny liberalizm lub łatwo dają się z nim powiązać. Pluralizm celów działania przekłada się na pluralizm możliwych interpretacji faktów, zarówno takich, które są zasobami sprzyjającymi rozwiązywaniu zaistniałej sytuacji problemowej, jak i takich, które są na tej drodze przeszkodami[23]. Prowadzi to do pluralizmu możliwych uzasadnień, które jednak powinien łączyć wymóg ich intersubiektywnej zrozumiałości. Również prawo jest lub może być dla budowania „postawy instrumentalnej" oraz idącej za tym aktywności społecznej zasobem lub balastem[24]. Podobnie rzecz ma 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 prawno-politycznego. Odpowiednio też mniej lub więcej będziemy mieli przestrzeni dla społecznej praktyki demokratycznej. Przyjmowane warianty rozumienia instrumentalizacji prawa/zachowania będą zatem relewantne wobec odpowiednich modeli porządku prawnego. Model taki może mieć postać

---

21 J. Dewey, *Essays in Experimental Logic*, red. D.M. Hester, R.B. Talisse, Carbondale 2007, s. 81; por. też A. Gella, *Społeczny pragmatyzm jako tło rozwoju amerykańskiej socjologii*, „Kwartalnik Historii Nauki i Techniki" 1962, nr 4(7), s. 486.

22 Koncepcja J. Deweya oferuje trzy ważkie dla prawników składniki: (i) *instrumentalizm* ujmujący myślenie jako formę działania/poznania; (ii) *fallibilizm*, przekonanie o tymczasowości prawdy, wraz z gotowością do jej zmiany, jednak zawsze z wymogiem uzasadniania podejmowanych zmian; (iii) *kontekstualizm* określający charakterystykę przesłanek i uwarunkowań podejmowanej decyzji (por. M. Kassner, *Pragmatyzm i radykalny liberalizm. Studium z filozofii politycznej Johna Deweya*, Toruń 2019, s. 15–16, 115–122). Prawnicze interpretacje składników (i) i (ii) przedstawiam w pkt 4 i 5 niniejszego artykułu. Składnik (iii) ujmuję jako postulat wobec praktyki sędziowskiej w ostatnim akapicie artykułu.

23 J. Dewey, *Logic. Theory of Inquiry*, s. 493.

24 L. Morawski, *„Autopoesie" i prawo refleksyjne w ujęciu G. Teubnera*, [w:] *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie*, red. G. Skąpska, Kraków 1992, s. 179–181; L. Morawski, *Instrumentalizacja prawa*, s. 26–28; L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 1999, s. 88–91.

represywną, petryfikującą decyzyjny monopol państwa, bądź też może być modelem otwartym na demokratyczną aktywność. Obecność tych dwóch wersji instrumentalizacji prawa oraz korespondujących z nimi wizji porządków prawnych znajduje swoje odpowiednie rozwinięcie również w obszarze teorii (filozofii) polityki. Mam tu na uwadze Webera pojmowanie polityki oraz kontrapunkt, jaki stwarza koncept polityczności proponowany przez Mouffe.

Przypomnijmy tylko kilka z szerokiego spectrum twierdzeń formułowanych o polityce przez M. Webera. Polityką jest „kierowanie lub wywieranie wpływu na kierowanie związkiem politycznym", a więc w dobie współczesnej — państwem, gdyż to ono „monopolizuje na określonym terytorium prawo legalnego stosowania fizycznej przemocy". A skoro polityka nierozerwalnie wiąże się z walką o władzę i jej wykorzystywaniem, to politykiem jest ten, kto dąży do władzy rozumianej jako „środek w służbie różnych celów idealnych lub egoistycznych lub do władzy dla *niej samej*"[25]. Władza polityczna może mieć zatem zarówno wymiar instrumentalny, jak i autonomiczny, jednak pozostaje w ścisłym związku z państwem: bądź to jako *sui generis* władza państwowa sprawowana w formie bezpośrednich działań prawnych („kierowanie związkiem politycznym"), bądź też jako władczość autoteliczna, odwołująca się do wartości zasadniczych, skierowana jednak na bezpośrednie, prawne działania państwa („wpływ na kierowanie związkiem politycznym"). Oba te wymiary władzy politycznej wpisują się w polskie teorie instrumentalizacji prawa, w pozycjonowanie aktów instrumentalizacji prawa jako pozostającego w dyspozycji państwa środka „w służbie różnych celów idealnych lub egoistycznych" oraz ujmowanie autonomicznych wartości prawa — prawniczej władzy „dla niej samej", poprzez którą wywierany jest wpływ na państwo w związku z kontrolą poprawności wykorzystywania przez państwo aktów stanowienia prawa jako środka „w służbie" tychże celów. Polityczna władza dysponowania przez państwo środkami prawnymi staje się tu przedmiotem kontroli, której standardy wyznaczają zasady składające się na autonomiczne wartości prawa. Ale też prawnicza „władza" nad autonomicznymi wartościami prawa okazuje się również władzą polityczną przez to, że prowadzi lub może prowadzić do wpływu na „kierowanie związkiem politycznym".

Ujęcie polityki Webera może mieć dla teorii prawa opartej na założeniach liberalizmu pewien walor demistyfikujący, gdy chodzi o dość

25 M. Weber, *Polityka jako zawód i powołanie*, przeł. A. Kopacki, P. Dybel, Kraków-Warszawa 1998, s. 56.

powszechne przekonanie o apolityczności prawników, a w szczególności sędziów odwołujących się w uzasadnieniach swoich orzeczeń do autonomicznych wartości prawa czy kultury prawnej. To, czego brakuje teoretycznej wizji polityki i władzy M. Webera w konfrontacji z założeniami pragmatycznego instrumentalizmu czy pluralistyczno-responsywnej koncepcji instrumentalizacji prawa, to miejsce na społeczną aktywność i decyzyjny pluralizm, a więc praktykę demokratyczną wykraczającą swoim zasięgiem poza państwowe centrum. Weberowska walka o władzę jest walką o prawo ze wszelkimi tego dobrymi i złymi skutkami, z demokracją zazwyczaj kończącą się wraz ze zdobyciem władzy i gwarancją jej utrzymania.

Dużo bardziej pod tym względem obiecującej perspektywy badawczej dostarcza dorobek belgijskiej przedstawicielki filozofii politycznej Ch. Mouffe. Jej osadzona w punkcie wyjścia na wartościach liberalnych koncepcja „demokracji radykalnej”[26] już w swojej nazwie nasuwa skojarzenia z „liberalnym radykalizmem” przywoływanej wcześniej teorii działania J. Deweya[27]. Pomińmy jednak ten poboczny dla prowadzonych rozważań wątek. Zasadniczym elementem koncepcji polityki Ch. Mouffe jest propozycja dopełnienia pojęcia polityki kategorią polityczności. Według autorki, przez polityczność powinniśmy rozumieć „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”[28]. Rozróżnienie to Mouffe traktuje jako punkt oparcia dla budowania politycznej teorii demokracji, którą nazywa — tu z kolei można odszukać koincydencję z Taekemą — „agonistycznym pluralizmem”. Nawiązując do C. Schmitta, autorka dodaje, że polityczność nieuchronnie wpisana jest w konflikt dający się opisać opozycją „my” i „oni”, a zadaniem demokratycznej polityki nie jest przezwyciężanie konfliktów, ale taki sposób „wytyczenia podziału my — oni”, który będzie „zgodny z uznaniem roli pluralizmu, będącym istotą nowoczesnej demokracji”[29].

Mouffe nie kieruje wprost swojej uwagi na pojęcie prawa, choć jego obecność uwidacznia się już w jej głównej narracji, w przywołanym wyżej cytacie jako składnik „praktyk i instytucji, które w obliczu [...]

26 L. Koczanowicz, *Antagonizm, agonizm i radykalna demokracja. Koncepcja polityki Ch. Mouffe*, [w:] Ch. Mouffe, *Paradoks demokracji*, przeł. W. Jach, M. Kamińska, A. Orzechowski, red. A. Orzechowski, L. Rasiński, Wrocław 2005, s. 15.

27 M. Kassner, *Pragmatyzm i radykalny liberalizm*, s. 17–19.

28 Ch. Mouffe, *Polityczność*, przeł. J. Erbel, Warszawa 2008, s. 24.

29 *Ibidem*, s. 29.

konfliktu tworzą porządek umożliwiający ludzkie współistnienie". 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. Nieco bardziej metaforycznie ujętą obecność prawa można zidentyfikować, jak się wydaje, również 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 osoby, które „dzielą wspólną symboliczną przestrzeń, lecz którzy są również wrogami, gdyż chcą ją organizować inaczej"[30], w sposób sobie właściwy, pod kątem własnych emocji, potrzeb i oczekiwań.

Gdyby tę symboliczną przestrzeń przenieść na obszar prawoznawstwa, to widziałbym ją dwojako. 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 polityczności prawa, ale środowiskiem polityczności, w pewnych 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 węziej, bardziej dosłownie, jako miejsce służące „cywilizowaniu antagonizmów". Jej konkretyzacją będzie sala sądowa, w której prawnicze oprzyrządowanie argumentacyjne jest wykorzystywane z zachowaniem odpowiednich procedur, kompetencji i form. Elementem cywilizującym relację wróg–przyjaciel byłaby wtedy kultura prawna, zarówno ta wysoka, odwołująca się do wewnętrznych wartości prawa, jak i ta nieco niższa, oparta na prawnych regułach procesowych, czy wreszcie prawniczy „zestaw praktyk" codziennych: używanego języka, ubioru, sposobu zwracania się do siebie itp. Działania oparte na tego typu dyspozytywnych wartościach, procedurach i środowiskowo akceptowanych praktykach otwierają szansę na to, aby „w obliczu wprowadzonego przez polityczność konfliktu" móc zachować „porządek umożliwiający ludzkie współistnienie". Dwustronny charakter relacji, które podnosił Lang w swojej rekonstrukcjonistycznej wersji instrumentalizacji prawa, oraz pluralizm i interakcjonizm, których spełnienie widziała w swojej koncepcji instrumentalizacji Taekema, uzupełnione pojęciem polityczności Ch. Mouffe, wydają się

30 Ch. Mouffe, *Paradoks demokracji*, s. 33.

dawać w miarę spójny obraz „prawa w działaniu". Bez wątpienia spór prawny, oparty na kontradyktoryjnym modelu procesu, najlepiej spełnia takie oczekiwania. Przypomnijmy także pragmatyczny instrumentalizm Deweya, który miał być adresowany — podobnie jak prawo do sądu i uczciwego procesu — do „każdego". Uzupełnienie, które dostarcza koncept polityczności Mouffe wzbogaca nas prawników jeszcze o myśl, że spory prawne mogą być medium realizacji demokracji politycznej.

7. Komentując dorobek Ch. Mouffe z prawoznawczego punktu widzenia, trzeba jednak zauważyć również pewne ryzyko związane z jego prawniczą adaptacją. U autorki znajdujemy taką jeszcze myśl, ważną dla proponowanej przez nią teorii: „szczególna i nieoceniona cecha nowoczesnej demokracji liberalnej polega na tym, że [...] tworzy przestrzeń, w której konfrontacja i kwestionowanie stosunków władzy są stale możliwe a żadne zwycięstwo nie jest ostateczne [...]. Konflikt i podział stanowią nieodłączne składniki polityki"[31]. Z prawniczej perspektywy dodałbym do tej myśli dwa komentarze. Jeden byłby truizmem, a drugi miałby już poważniejsze konsekwencje, choć w mojej ocenie nie dyskredytujące samej idei wykorzystywania polityczności w prawoznawstwie. Konflikty i podziały są, i zawsze były, nieodłącznym składnikiem prawa, a sala sądowa sceną ich ujawniania i rozgrywania. Są to jednak zasadniczo (jeśli pominąć spory przed sądami konstytucyjnymi) konflikty jednostkowe, a nie społeczne, tym samym nie dotyczą wprost „stosunków władzy", o które autorce chodzi. Źródłem tej różnicy są odmienne perspektywy badawcze prawoznawstwa oraz filozofii politycznej i teorii demokracji. Zapewne socjolog mógłby łatwo dopowiedzieć prawnikowi, że konflikty jednostkowe mogą wyrastać z antagonizmów społecznych, a więc i politycznych, a spór prawny może być uznany za miejsce (jedno z wielu miejsc) ujawniania się takich antagonizmów. Ich „scena", ubrana w idiom autonomicznego prawa, niezależnych sądów i niezawisłych sędziów, może zasłaniać polityczny wymiar sporu. Niewątpliwą zasługą poststrukturalistycznej teorii polityki i polityczności — a z taką perspektywą badawczą identyfikuje się Ch. Mouffe[32] — może być otwieranie oczu prawnikom, a przede wszystkim sędziom, na ten aspekt organizowania „przestrzeni prawa". Z kolei korzyścią dla teorii polityki i demokracji płynącą ze strony prawoznawstwa powinno być uświadomienie wagi sporu prawnego jako najszerzej społecznie akceptowanego i historycznie najlepiej ukształtowanego sposobu cywilizowania

31 *Ibidem*, s. 35.
32 *Ibidem*, s. 31.

antagonizmów politycznych. Otwiera to szansę na obustronnie korzystną kooperację między prawoznawcami a politologami. Trzeba mieć jednak również świadomość trudnych do pogodzenia rozbieżności w postrzeganiu roli prawa przez oba naukowe środowiska.

Mouffe pisze, że „konfrontacja i kwestionowanie stosunków władzy są stale możliwe, a żadne zwycięstwo nie jest ostateczne". Rozwijając tę myśl, autorka dodaje, iż „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 — dop. A.B.] ujawniać"[33]. 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 (moderatora?) udostępniającego proces i salę sądową jako forum politycznej ekspresji, nawet jeśli miałoby to służyć społecznej emancypacji?

Jeśli odrzucimy taką wizję, to powinniśmy przynajmniej mieć świadomość, że „przestrzeń prawna" może być wykorzystywana również dla takich potrzeb, a kończący sprawę wyrok sądu nie będzie kończył „innej sprawy", jaką jest demokratyczna kontestacja. Czy te dwa idiomy ujmowania sporu mają szansę się spotkać? Chyba nie, jakkolwiek mogą się do siebie zbliżyć. Poststrukturalistyczna koncepcja demokracji zakłada, że krok ku takiemu zbliżeniu jest niemożliwy z jej strony. Co mogłaby uczynić w tej sprawie prawnicza teoria orzekania? Jak sensownie odczytać można wysuwane przez teorię demokracji roszczenie, aby rozstrzygnięcie nie zdejmowało z decydenta, a więc również sędziego, „odpowiedzialności, przywołując nakazy ogólnych zasad i reguł". Alternatywą byłoby orzekanie wykorzystujące w procesie dochodzenia do decyzji — kosztem ogólnych standardów prawnych — argumenty odwołujące się do kontekstu rozpatrywanej sytuacji problemowej, zgodnie z proponowaną przez Deweya (zob. pkt 4) procedurą instrumentalnego aktywizmu.

33 *Ibidem*, s. 122.

CZĘŚĆ SZÓSTA

POSTANALITYCZNA FILOZOFIA PRAWA

Postanalityczna teoria i filozofia prawa
Nowe szanse, nowe zagrożenia?*

W niniejszym tekście będę próbował wykazać, że posługiwanie się pojęciem postanalityczności jako kategorią ogólnej nauki o prawie ma sens i może służyć nazywaniu poznawczo doniosłych sytuacji problemowych. Jednak problemy związane z tym pojęciem zasadniczo nie są dla współczesnej teorii i filozofii prawa nowe. Poznawcza wartość postanalityczności sprowadza się, wedle mojej oceny, nie tyle do tego, że cokolwiek nowego przy jego użyciu można „odkryć", ile raczej służy ono porządkowaniu, uprofilowaniu poglądów i stanowisk, obecnych już w różnych, często nawet niekojarzonych ze sobą, podejściach badawczych. Wspólny front polemiki wobec tradycji filozofii analitycznej — dodatkowo uwiarygodnianej nierzadko „analitycznym" życiorysem sztandarowych „postanalityków" — w pewien sposób stygmatyzuje to, póki co dość luźne, środowisko. Niewątpliwie wspólna nazwa dla określonej grupy poglądów i postaw w pewien sposób utwierdza (legitymizuje) tego rodzaju praktyki badawcze, pozwala identyfikować je jako uznany (rozpoznawany) sposób refleksji naukowej. Jak każdy „post-", nawet gdyby był krytyczny wobec nurtu, z którego wyrasta, to jednak bez krytykowanego przez siebie odniesienia nie może funkcjonować. Rozszerza i uwrażliwia czytelnika na zjawiska niedostrzegane w ramach swojego tradycyjnego ujęcia, jednak zasadniczo nie podważa dorobku, w relacji do którego jest budowany (bywają oczywiście wyjątki). Raczej stara się dorobek ten relatywizować, ukazując jego nadmierne roszczenia i tendencję do monopolizowania zastanej świadomości naukowej.

---

* Tekst pierwotnie opublikowany w: „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji" 102, 2015, s. 21–44.

Budzące wątpliwości jest już samo rozumienie postanalityczności[1], a w szczególności, gdy pojęcie to zechcemy odnieść do teorii (filozofii) prawa. Jest ono bowiem względnie nowe, nieugruntowane jeszcze przynajmniej w polskiej literaturze z obszaru ogólnej refleksji o prawie. Treściową zawartość tego pojęcia potencjalnie można przedstawić na dwa sposoby: a) poprzez przywołanie racji podnoszonych przez tych, którzy — zazwyczaj w mniej lub bardziej radykalnej opozycji do tradycyjnego sposobu uprawiania analityki — sformułowali tę właśnie propozycję pojęciową, bądź też zaangażowali się w jej późniejszą popularyzację[2]; b) poprzez odwołanie się do poglądów filozofów zazwyczaj zaliczanych do nurtu postanalitycznego, a wskazywanych przez popularyzatorów tego nurtu badawczego[3]. Nie zawsze bowiem uprawianie określonego podejścia badawczego musi się łączyć z szyldem, pod którym inni chcą takie podejście umieszczać (przykładem może tu być R. Rorty, powszechnie zaliczany do „postanalityków", choć sam dystynkcją tą, o ile mi wiadomo, się nie posługiwał). Charakteryzując interesujące nas tu pojęcie, będę korzystał z obu tych sposobów, jako że ich połączenie daje znacznie szerszy obraz tego, co składa się na ten nurt badawczy.

I jeszcze pewne zastrzeżenie. Z rozległych i nie zawsze przecież jednomyślnie w środowisku filozoficznym artykułowanych atrybutów wyróżniających postawę postanalityczną będę chciał przywołać tylko te, które bywają najczęściej akcentowane, a ponadto te, które wydają się mieć wyraźny wpływ na prawniczą problematykę badawczą. Dodajmy, że będzie tu chodzić zasadniczo o wpływ na dorobek polskiej teorii i dogmatyki prawa, kształtowany w ostatnich kilkudziesięciu latach pod silnym wpływem pozytywizmu logicznego, filozoficznie inspirowany przez osiągnięcia badaczy kojarzonych z Kołem Wiedeńskim, a na polskim gruncie przez filozoficzną szkołę lwowsko-warszawską. Wpływ na

1 Termin ten po raz pierwszy pojawił się w książce pod red. J. Rajchmana i C. Westa, *Post-Analitic Philosophy,* New York 1985. Wpływ na jego konceptualizację miał jednak przede wszystkim Bernard Williams — por. A. Głąb, *Rozum w świetle praktyki. Poglądy filozoficzne Marthy C. Nussbaum*, Warszawa 2010, s. 10.

2 A. Głąb w artykule *Postanalityczność — nowa kategoria?*, „Znak" 2007, nr 624, największe zasługi dla popularyzacji tego pojęcia przypisuje B. Williamsowi, pisząc, iż „rozpowszechnił on kategorię postanalityczności dla podkreślenia swojej (i nie tylko swojej) odrębności od nurtu filozofii analitycznej [...]. Podstawą do jej wyodrębnienia jest niechęć do asymilacji filozofii przez naukę, której główną cechą jest redukcjonizm". Z kolei Marthę Nussbaum autorka uznała za „typowego (choć nieświadomego) filozofa postanalitycznego" — *ibidem*.

3 G. Duke *et al.*, *„Postanalitic" Philosophy: Overcomming the Divide?*, [w:] *Postanalitic and Metacontinantal: Overcomming Philosophical Divides*, red. J. Reynolds *et al.*, „Bloomsbary Studies in Philosophy", June 3, 2010, wskazują na następujących przedstawicieli tego nurtu: Wittgenstein, Davidson, Rorty, Mc Dowell, Puttnam, dodając zarazem, że nurt ten najczęściej jednak jest kojarzony z dorobkiem R. Rorty'ego — *ibidem*, s. 7.

krajowe, a także po części kontynentalne prawoznawstwo analitycznej „konkurencji", to jest badaczy identyfikowanych z „oksfordzką szkołą języka potocznego", okazał się z powodów głównie kulturowych niewielki. Zauważmy też, że podobnie pozycjonowany jest zasadniczy obiekt polemiki ze strony postanalityków. Jest nim przede wszystkim tradycja zbliżona do programu badawczego Koła Wiedeńskiego oraz jej późniejsze amerykańskie kontynuacje[4].

Proponuję osiem, w mojej ocenie istotnych dla prawoznawstwa, dystynkcji chrakteryzujących filozofię analityczną oraz stanowiących podstawę do krytyki tej filozofii czynionej z pozycji badaczy reprezentujących podejście postanalityczne.

1. Profesjonalizacja tradycyjnych badań analitycznych, oparta na naukowej specjalizacji, to pierwsza z cech, do której z dużym dystansem odnieśli się przedstawiciele nurtu postanalitycznego. Ich własna postawa była budowana na nieco ekumenicznej skłonności do syntezy. Syntezy bardziej jednak opartej na podobieństwie problemowym, intuicyjnie ukazywanym na przykład poprzez analogię i metaforę aniżeli na syntetyczności w sensie ścisłym.

Sposób uprawiania badań analitycznych miał być pierwotnie zbliżony do tego, jak realizują swoje zadania nauki szczegółowe, a więc w języku ścisłym, pozbawionym łatwych uogólnień, poprzez wykorzystanie głównie narzędzi o charakterze logicznym[5]. Specjalizacja nie była tu zatem cechą przedmiotu, dziedziny badawczej (bo takowej nauki analityczne nie mają — o czym jeszcze będzie mowa), ale raczej języka, którym się posługują, a który ma uściślać mniej lub bardziej intuicyjnie formułowane i uzasadniane poglądy życia codziennego i, przede wszystkim, naukowego. Profesjonalizm zatem to głównie ścisły (naukowy) język dostępny, z natury rzeczy, wąskiej grupie badaczy (głównie logikom wzorującym się na matematyce), a zdolny do eksplikowania poglądów o dużo już szerszym społecznym zasięgu.

Synteza polegająca na łączeniu w sobie różnych działów poznania i praktyki ludzkiej będzie odpowiadać postawie postanalitycznej. W tym przypadku bardziej chodzi o światopogląd jednostki ludzkiej, etyczną i polityczną wrażliwość — a te właściwości mogą być kształtowane na

4 „W latach 1945–1960 filozofia analityczna opanowała większość ważnych amerykańskich instytutów filozofii. Tacy emigranci i empiryści logiczni, jak Carnap i Hempel zastąpili Deweya i Whiteheada w roli bohaterów młodszej generacji. To zastąpienie doprowadziło do uderzających, całościowych zmian w toku studiów [...]" — R. Rorty, *Filozofia analityczna a filozofia transformacyjna*, „Analiza i Egzystencja" 2007, z. 5, s. 8.

5 Por. T. Szubka, *Filozofia analityczna. Koncepcje, metody, ograniczenia*, Wrocław 2009, s. 26.

różne sposoby, nie tylko poprzez te, które zaliczamy do nauki instytucjonalnej. Postanalityczna synteza polega na całościowym omawianiu problemów należących do etyki, filozofii społecznej czy też prawoznawstwa. Pomimo odmiennych rodowodów każdej z tych dyscyplin traktuje się je jako „jeden zestaw problemów, jedną dziedzinę refleksji naświetlaną z różnych stron, w wielorakich aspektach”[6]. Prowadzi to do pewnej powierzchowności i intuicyjności formułowanych twierdzeń. Mają one bowiem przemawiać bardziej do wyobraźni czytelnika — i to niekoniecznie czytelnika zawodowo przygotowanego — aniżeli składać się na jakieś obiektywnie weryfikowalne przekonania. Richard Rorty za szkodliwe i niezrozumiałe uważał, będące skutkiem takiego zróżnicowania, organizacyjne podziały instytutów filozofii na uniwersytetach amerykańskich na — jak to nazywał — „analitycznych techników” i „nieanalitycznych [odpowiednio: postanalitycznych — A.B.] mętniaków”[7]. Środowiska te były wobec siebie na tyle nietolerancyjne, a nawet wrogo nastawione, że taka separacja stawała się koniecznością. Co symptomatyczne, to przede wszystkim środowisko „stechnicyzowanych analityków” kierowało się postawą wykluczenia wobec tych, którzy w ich mniemaniu nie spełniali standardów naukowości.

Oczekiwanie profesjonalizacji nauki prawa i praktyki prawniczej jest roszczeniem mocno utrwalonym w kontynentalnej, w tym także w polskiej, refleksji o prawie. Dzieje się tak przede wszystkim za sprawą dogmatyki prawa, budowanej na przekonaniu, że to prawo pozytywne jest punktem odniesienia zarówno dla nauki, jak i — tym bardziej — dla praktyki prawniczej. Gałęziowa dyferencjacja systemu prawa, ciągłe poszukiwanie kryteriów separacji poszczególnych dziedzin regulacji prawnych (przedmiot, podmiot, metoda regulacji itp.), to podstawa do legitymizacji bytu naukowego poszczególnych dogmatyk prawa[8]. Specjalizacja dogmatyk prawniczych ugruntowała egoistyczne przekonania, że tylko na przykład cywilista jest w stanie kompetentnie się wypowiadać o ubezwłasnowolnieniu, a karnista eksplikować prawniczemu otoczeniu, na czym polega choćby przyczynowość zaniechania. Natomiast rolą teorii prawa było konstruowanie aksjologicznie neutralnych pojęć, których zasięg wykraczał poza granice prawniczych dogmatyk. Wizja ogólnej teorii prawa jako nauki usługowej wobec pozostałych dyscyplin prawoznawstwa, podejmującej zadanie pojęciowej systematyzacji,

6 A. Głąb, *Postanalityczność.*

7 R. Rorty, *Filozofia analityczna a filozofia transformacyjna*, s. 6.

8 Zob. Z. Ziembiński, *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, Warszawa-Poznań 1983. Autor zauważa, iż punktem wyjścia szczegółowych nauk prawnych jest zawsze jakaś forma wyselekcjonowania obiektów będących przedmiotem badań — *ibidem*, s. 14.

ewentualnie odpowiadającej na pytania, z którymi dyscypliny te sobie nie radzą, korespondowała z podobnym oczekiwaniem w relacji dogmatyka prawa-praktyka prawnicza. W konsekwencji prowadziło to do budowania względnie autonomicznych języków zarówno poszczególnych dogmatyk prawniczych, jak i teorii prawa. Języki nauk szczegółowych stawały się językami „stematyzowanymi", z kolei język teorii prawa językiem sformalizowanym. Struktura systemu prawa, struktura normy, budowa aktu normatywnego stają się w ramach tak podzielonych ról standardowymi problemami analitycznej teorii prawa.

Jako przykład kryzysu zastosowania podejścia analitycznego w dogmatyce prawa, polegającego na nadmiernym przywiązaniu tych nauk do ujmowania struktury wewnętrznej systemu prawa w kategoriach zbliżonych do logicznych, mogą posłużyć dylematy związane z wyodrębnianiem tak zwanych kompleksowych gałęzi prawa (kiedyś artykułowane w związku z prawem gospodarczym[9], dzisiaj dostrzegane także w wielu innych obszarach regulacji, takich na przykład jak prawo morskie, informatyczne, konsumenckie czy turystyczne). Okazuje się, że ujmowanie porządku prawnego jako dystrybutywnego zbioru elementów (gałęzi prawa, instytucji prawnych) współcześnie jest już właściwie niemożliwe do utrzymania. Równie poważnych argumentów przeciwko gałęziowym podziałom prawa oraz idącej w ślad za tym dziedzinowej specjalizacji nauk prawnych dostarcza ekonomiczna analiza prawa[10]. Przedmiotowo pojmowana specjalizacja w obrębie dogmatyk prawniczych okazuje się coraz częściej przeszkodą, ograniczeniem prawniczych kompetencji badawczych konserwowanym w imię prawniczego profesjonalizmu. Postanalityczną odpowiedzią adresowaną do ogólnych nauk o prawie będzie pomniejszanie konceptualizującej i systematyzującej roli teorii prawa wobec nauk szczegółowych i wprowadzanie w to miejsce filozofii prawa. Filozof prawa staje się dla prawnika przewodnikiem po innych, nieprawniczych praktykach, mediatorem pomiędzy prawoznawstwem i jego zewnętrznym otoczeniem. Ogólna erudycja ma tu przewagę nad specjalistyczną prawniczą wiedzą o języku.

2. Naukowość filozofii analitycznej. Filozofia analityczna powstała w duchu sprzeciwu wobec filozofii klasycznej, określanej przez analityków jako „filozofia spekulatywna". Sam termin „filozofia analityczna" był

9 Zob. A. Bator, *Użycie normy w regulacji stosunków gospodarczych*, Wrocław 2000, s. 22 i n.

10 Zob. A. Bator, *Instrumentalizacja jako założenie ekonomicznej analizy prawa*, [w:] *Analiza ekonomiczna w zastosowaniach prawniczych*, red. J. Stelmach, M. Soniewicka, Warszawa 2007, s. 29–31.

dość rzadko używany przez samo środowisko analityków, gdyż „filozofia" miała być tu zastąpiona pozytywną „nauką", opartą na jakimś zastanym (matematyka, fizyka) wzorcu. Wartość poznawczą miały mieć tylko twierdzenia analityczne i empiryczne. Pozostałe, skoro nie są ani zdaniami uzasadnionymi logicznie (syntaktycznie), ani też weryfikowanymi poprzez ich konfrontację z rzeczywistością są po prostu pozbawione sensu, a tym samym lokują się w obszarze metafizyki. To, co nie daje się zredukować do tautologii lub sprzeczności (twierdzenia analityczne), bądź też zweryfikować odpowiednimi faktami (twierdzenia empiryczne), stawało się pseudoproblemem, eliminowanym poza obszar nauki. Mieliśmy tu zatem do czynienia z bardzo restryktywnym pojmowaniem naukowości.

Postanalitycy uważają „naukowość" za rodzaj stygmatyzacji. Nie ma powodów, aby *a priori* samoograniczać się taką lub inną definicją nauki, tym bardziej że — jak pokazały na przykład późniejsze debaty wokół niektórych podstawowych założeń filozofii analitycznej, takich chociażby, jak koncepcje prawdy czy znaczenia — filozofia ta wykazywała skłonność do angażowania się w problematykę, którą poniekąd sama sobie zafundowała (R. Rorty określał to jako zdolność analityków do rozwiązywania zagadek zrozumiałych tylko dla nich samych). Nurt postanalityczny, w zgodzie z zasadą pragmatyki, pozbawia takie metateoretyzowanie wartości. W autentycznych debatach społecznych, w które zaangażowane jest środowisko naukowe, nie ma ono walorów argumentacyjnych. Filozofia analityczna powinna się zatem pozbyć aspiracji do bycia nauką porządkującą wedle narzuconych przez logikę reguł konstrukcji poszczególne cegiełki wiedzy składającej się na „gmach" nauki na rzecz filozofii będącej — jak określił to Rorty, cytując Hegla — „swoim czasem uchwyconym w myśli"[11]. Zdolność chwytania w myśli problemów „swojego czasu" ma zdaniem przedstawicieli tego nurtu w znacznie większym stopniu literatura, poezja czy film aniżeli metateoretyzująca nauka (Szekspir czy Kafka mogą mieć dużo więcej do powiedzenia na temat władzy bądź prawa aniżeli niejeden zaopatrzony w naukowy patent politolog czy prawnik). Artystyczny ogląd rzeczywistości ma być z natury rzeczy bardziej wrażliwy na otaczające nas problemy społeczne, ma również dużo większą siłę perswazji, tym samym nie powinien być obojętny również dla instytucjonalnej nauki. Wartością dla nauki staje się szeroka erudycja humanistyczna oraz towarzyszący jej relatywizm w spojrzeniu na świat.

Polskie prawoznawstwo w dużej mierze za sprawą analitycznych wzorców naukowości również przeszło czas pytań o własną tożsamość

11 R. Rorty, *Filozofia analityczna a filozofia transformacyjna*, s. 7.

naukową. Oprócz wpływu dorobku szkoły lwowsko-warszawskiej, dodatkowym motywem budowania światopoglądowo neutralnej (naukowej) teorii prawa była potrzeba dystansu wobec dominującej ówcześnie filozofii marksistowskiej (skądinąd również przez jej zwolenników uważanej za „naukową"). Monografia J. Wróblewskiego *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego* (1959) oraz napisany wspólnie z K. Opałkiem podręcznik *Zagadnienia teorii prawa* (1969), to narzucone na długie lata polskie standardy uprawiania na sposób analityczny ogólnej nauki o prawie. Jak zauważali autorzy tej ostatniej pracy, „zainteresowanie prawoznawstwa swym własnym statusem naukowym wyróżnia dyscypliny prawne spośród innych dziedzin refleksji"[12]. Na gruncie zorientowanej pragmatycznie ogólnej metodologii naukowej zwracano uwagę, iż pytania o naukowy status rozważań można uznać za wyraz niedojrzałości określonej dyscypliny badawczej[13]. Nauka, która młodzieńczy okres pytań o swój własny status ma już za sobą powinna się raczej zajmować problemami, której powstają na gruncie określonej praktyki. Tego jednak teoretyzowaniu na sposób analityczny dość często już brakowało[14].

W opinii nurtu postanalitycznego humanistyka takiej — wzorowanej na naukowym naturalizmie — dojrzałości nie mogła osiągnąć, a nawet nie powinna dążyć w takim kierunku przynajmniej bez szkody dla siebie. Pierwszym chyba sygnałem nawiązania korespondencji pomiędzy „czasem" i „myślą" w polskiej teorii prawa było wprowadzenie do narracji teoretycznej argumentacji z obszaru ekonomicznej analizy prawa (w Polsce nastąpiło to w latach osiemdziesiątych XX wieku)[15]. Język *law and economics* zaczął towarzyszyć — a nawet w pewien sposób wyprzedził — dyskusję wokół roli rynku, początkowo w socjalistycznej, a później już kapitalistycznej gospodarce. Ekspansje socjologicznego języka z obszaru teorii komunikacji społecznej do debaty o pojmowaniu prawa oraz hermeneutyki na obszar interpretacji prawniczej, z jej

12 K. Opałek, J. Wróblewski, *Prawo. Metodologia. Filozofia. Teoria prawa*, Warszawa 1991, s. 34. Wykaz literatury do podrozdziału zatytułowanego *Naukowość prawoznawstwa* zawarty w tejże pracy obejmuje kilkadziesiąt pozycji.

13 Wiązany głównie z Eugeniuszem Geblewiczem — zob. E. Geblewicz, *O naukach zaawansowanych i niezaawansowanych*, [w:] *Problemy epistemologii pragmatycznej. Materiały z posiedzeń konserwatorium naukoznawstwa PAN*, Wrocław 1972.

14 Tak przynajmniej oceniali to liczni reprezentanci nauk szczegółowych — zob. głosy w dyskusji nad podręcznikiem K. Opałka i J. Wróblewskiego, *Zagadnienia teorii prawa*, A. Stelmachowskiego, *Niebezpieczeństwo formalnego ujmowania systemu państwa i prawa*, „Państwo i Prawo" 1970, z. 5; K. Grzybowskiego, *Nauka prawa cywilnego a teoria prawa*, „Państwo i Prawo" 1971, z. 1; oraz A. Ohanowicza, *Uwagi o współpracy między dyscyplinami szczegółowymi a teorią prawa*, „Państwo i Prawo" 1971, z. 1.

15 W sposób szczególny na tym polu zasłużył się W. Karsz, z serią artykułów w łódzkich „Studiach Prawno-Ekonomicznych".

nawiązaniami do filologii i teologii, nastąpiły niewiele później. Lata dziewięćdziesiąte ubiegłego stulecia i późniejsze to już problemowa i instytucjonalna restytucja etyki i filozofii prawa. Ostatnie lata to już mnożenie się debat i tekstów o „obrazach" prawa w literaturze i innych formach kulturowej komunikacji, a także o symetrycznym odbijaniu się tego rodzaju form w prawie.

3. Opisowo-wyjaśniająca funkcja twierdzeń nauk analitycznych. Towarzyszyła temu klasyczna koncepcja prawdy, przyjmowana przez logiczny empiryzm (wraz z debatami wokół zdań bazowych lub protokolarnych), a rozwijana następnie przez koncepcje naukowego wyjaśniania, z których najbardziej reprezentatywnymi były model nomologiczno-dedukcyjny i probabilistyczny. Przyjęcie korespondencyjnej koncepcji prawdy pozwala wpisać podejście analityczne w nurt określany jako reprezentacjonizm. Z kolei uznanie, że formułowanie praw naukowych (w obu modelach) oparte na założeniu, że jedyną funkcją nauki jest funkcja poznawcza, prowadzi do eliminowania krytycznego zaangażowania badacza we własną dziedzinę badawczą.

W kulturze filozofii analitycznej, jak powiada Rorty, mocno „zakorzeniony jest ideał poszukiwania prawd, które nie są ograniczone czasowo i nie podlegają rewizji"[16]. Obiektywna wiedza nauki uprawianej na sposób analityczny jest tu przeciwstawiana nieweryfikowalnym „opiniom" (historia, społecznie zaangażowana literatura i sztuka), które mamy spotykać po stronie nurtu postanalitycznego. Obiektywna wiedza (prawda) jest tu zastępowana wyobraźnią, która bardziej ma za zadanie „kreować nowe przykłady niż spełniać funkcję ekspresji poglądów". Dlatego mówiąc o postanalitycznej filozofii, mamy na myśli „głównie taką filozofię, która jest poszerzeniem wielu naszych niepokojów"[17]. Zamiast zatem szlifować środki językowego wyrazu podporządkowane myślom, które dla egzystencji przeciętnej jednostki są zwykle trywialne lub nieważne (ciągłe kontemplowanie tych samych problemów-zagadek, rozmiłowanie analityków w rozwiązywaniu różnych paradoksów), lepiej jest uwrażliwić odbiorców tekstów na zjawiska, które ich bezpośrednio dotyczą, a które nierzadko bezrefleksyjnie przyjmują jako oczywiste i wskutek tego bezkrytycznie się im poddają[18]. To nowe podejście można

16 R. Rorty, *Filozofia analityczna a filozofia transformacyjna*, s. 19.

17 A. Głąb, *Postanalityczność.*

18 R. Rorty, idąc za Kierkegaardem, przekonuje do tego, aby odróżniać „to, co egzystencjalne i ważne od tego, co obiektywne i stosunkowo błahe", a co jego zdaniem daje słuszny powód, aby „zignorować pytanie o konsensus i pewność" — R. Rorty, *Filozofia analityczna a filozofia transformacyjna*, s. 16.

nazwać „imaginatywnym" sensem filozofii — filozofii humanistycznej, budującej narracje, z którymi jednostki lub grupy mogą się w ich własnych kontekstach społecznych identyfikować przy dokonywaniu swoich życiowo istotnych wyborów. Zauważmy, że nie tylko wobec tradycyjnej humanistyki tego rodzaju roszczenia bywają podnoszone. Podobne oczekiwania kieruje się także w stronę nauk empirycznych, na przykład fizyki, a więc dyscyplin uznawanych do niedawna za takie, na których „naukowa" humanistyka miałaby się wzorować[19].

Próby zastosowania zbliżonego do empiryczno-nomologicznego modelu nauki możemy znaleźć w polskiej teorii prawa sprzed kilkudziesięciu lat. Najbardziej, jak się wydaje, wpływową dla tego nurtu była koncepcja interpretacji humanistycznej J. Kmity, a w prawoznawstwie jej oryginalna aplikacja zaproponowana przez L. Nowaka. Odpowiednikiem „ogólnego prawa" jako składnika eksplanansu miało tu być założenie o racjonalności (doskonałości wewnętrznej) prawodawcy. Jednak już sam autor uznał w wyprowadzonych przez siebie wnioskach, że prawoznawstwa (dogmatyki prawa) nie da się pomieścić w takim modelu nauki, ponieważ zarówno „ogólne prawo" (racjonalność prawodawcy) nie podlega tu empirycznej weryfikacji, jak i cel działania prawoznawcy nie jest celem poznawczym, a więc takim, ze względu na który model ten był wymyślony. Tezy wypowiadane przez naukę prawa nie są zatem opisami prawa, lecz projektami jego usprawnienia[20]. Mimowolnie konkluzja ta wpisuje się w myślenie postanalityczne, niewątpliwie wbrew pierwotnym intencjom, które leżały u podstaw przywołanej tu koncepcji.

Filozofia postanalityczna jest już filozofią jawnie krytyczną, zakładającą zaangażowanie po stronie badacza, odrzucającą dystans towarzyszący wszelakim nomologiczno-empirycznym modelom wyjaśniania. Prawoznawcze założenia obecne w procesie egzegezy tekstów prawnych, w tym między innymi założenie o racjonalności prawodawcy (o jego „wiedzy" i „preferencjach"), stają się dla postanalityków wdzięcznym obszarem demistyfikacji „władzy prawniczej" (władzy-wiedzy) w imię przejrzystości i elementarnej uczciwości relacji powstających pomiędzy prawem i prawnikami a życiem jednostki i społeczeństwem. W wersji zradykalizowanej niepokoje tego typu będziemy odnajdować w coraz liczniejszej literaturze z kręgu krytycznych studiów nad prawem.

---

19 „Zamiast zawierzać współczesnej wiedzy członkowie [społeczności imaginatywnej — A.B.] swoje oczekiwania i nadzieje na przyszłość inwestują w przyszłe generacje, przekazując im zasady etyczne i narzędzia myślowe, indywidualne i kolektywne, które umożliwiają im radzenie sobie z okolicznościami wykraczającymi daleko poza nasze współczesne wyobrażenia" — L. Smolin, *Kłopoty z fizyką*, Warszawa 2008, s. 305.

20 L. Nowak, *Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawoznawstwa*, Warszawa 1973, s. 173–175.

4. Prymat metodologii naukowej nad badaniami przedmiotowymi. Filozofia analityczna czy problemowo zawężona teoria analityczna nie ma przypisanego sobie przedmiotu (dziedziny badawczej pojmowanej pozajęzykowo). Jest bowiem aktywnością polegającą na opisie i analizie samego języka, a więc tego, co ma dopiero w dalszej kolejności, to jest jako wyrażony w języku odpowiedniej teorii rezultat badań, służyć wyrażaniu przekonań o charakterze przedmiotowym. Podstawy do rozważań teoretycznych narzucają przyjęta metodologia naukowa, charakter podjętego problemu, wreszcie wewnętrzna struktura rozważań[21], nie zaś dziedzina, ze względu na którą rozważania analityczne są prowadzone. Porządek przedmiotowy pełni tu funkcję wtórną, jako ewentualny dowód na adekwatność (spełnialność) przyjętych założeń badawczych (na przykład przyjętych definicji, na gruncie których prowadzone są rozważania). Ma to uprawomocniać twierdzenie, że „to teoria [analityczna — A.B.] kreuje swój przedmiot, a nie odwrotnie"[22]. W tym też sensie filozofia analityczna nie dostarcza nowych prawd, nie poszerza naszej wiedzy o jakimkolwiek przedmiocie, lecz sprzyja rozjaśnianiu i precyzji w wyrażaniu takiej wiedzy, którą mniej lub bardziej intuicyjnie wyrażoną w języku potocznym (lub w zastanym języku nauki) już znamy. Filozof analityczny jedynie zatem „na nowo ujmuje stare prawdy"[23]. W tym sensie problemem teorii (filozofii) analitycznej nie jest to, co badamy (analitycznie filozofować można właściwie o wszystkim), ale jak to robimy (na jak precyzyjnych założeniach się opieramy, na przykład jak konsekwentnie stosujemy reguły wywodliwości twierdzeń z przyjętych założeń). Problemy badawcze zasadniczo są tu wykreowane przez samą naukę. Prowadzi to w konsekwencji do autonomizacji badań analitycznych — i to zarówno wobec otoczenia społecznego, jak i wobec innych dyscyplin, podejmujących kwestie o charakterze przedmiotowym.

Postawę postanalityczną będziemy natomiast łączyć z odrzuceniem prymatu metodologii naukowej nad badaniami przedmiotowymi. To nie teoria ma wykreowywać swój przedmiot badań, zmuszając środowisko naukowe do zajmowania się sprawami wyrastającymi ze schematów przyjętej metodologii naukowej, a odwrotnie: teoria ma się zajmować gotowymi, wziętymi z życia zagadnieniami. Nauka ma tu zatem rozwiązywać zastane, zewnętrzne problemy, a nie stwarzać swoje

21 J. Woleński, *Dyscyplina a teoria naukowa*, „Zeszyty Naukoznawstwa" 1981, z. 1–2, s. 7.

22 J. Woleński, *Spór o status metodologiczny nauki o polityce*, [w:] *Metodologiczne i teoretyczne problemy nauk politycznych*, Warszawa 1975, s. 40.

23 J. Wisdom, *Problems of Mind and Matter*, Cambridge 1934 — cyt. za: T. Szubka, *Filozofia analityczna*, s. 13.

własne. Brak precyzji w wyrażaniu swoich myśli, jako naturalny koszt takiej postawy, nie jest już traktowany jako słabość nauki, ale raczej jako wyraz adekwatności jej języka wobec rzeczywistości, a może nawet jego tożsamości z humanistyczną „rzeczywistością". Jest to zatem zachęta do uprawiania bardziej swobodnej, „bezprzymiotnikowej" filozofii (jakiś rodzaj powrotu do tradycji przednowoczesnej), odrzucającej niewolnicze oglądanie się na rygory zastanych kierunków filozoficznych[24]. Rygory, o których tu mowa, to przede wszystkim kategorialne dystynkcje ufundowane na zrębach filozofii Kartezjusza i Kanta, a polegające na przeciwstawianiu podmiotu i przedmiotu poznania, formy i treści, obiektywności i subiektywności, analityczności i empiryczności itp. Krytyka lub nawet odrzucenie tego rodzaju opozycji jest charakterystyczna właśnie dla filozofii postanalitycznej[25].

Gros prac polskiej teorii prawa, szczególnie tych z lat siedemdziesiątych ubiegłego wieku, już w swoich tytułach miało na różne sposoby odmieniane słowo „metodologia"[26]. Także zatem wśród teoretyków prawa zdawało się dominować przekonanie, że bez świadomie przyjmowanej metody nie ma nauki, a metateorie to centrum nauki. Nawet tradycyjny wykład z etyki prawniczej bywał zastępowany debatami między zwolennikami kognitywizmu i antykognitywizmu, omawianiem konstrukcji normy moralnej czy wskazywaniem różnic między etyką absolutną i sytuacyjną. Wiedzieliśmy zatem lepiej, jak pojmować etykę czy konstrukcję normy moralnej, niekoniecznie jednak rozumiejąc, na czym polega zachowanie etyczne.

„Metodologie" i „metateorie" zaczynają dość wyraźnie zanikać w języku prac teoretycznoprawnych publikowanych w latach dziewięćdziesiątych XX wieku. Zamiast na przykład poszukiwać konstrukcyjnych różnic między derywacyjną i klaryfikacyjną wykładnią prawa, ciekawsze stawało się pytanie, która z tych koncepcji dostarcza lepszych narzędzi do wyjaśniania problemów powstających w praktyce prawniczej, czy też która z nich skuteczniej odpowiada na wyzwania powodowane specyfiką

24 Por. H. Putnam, *A Half Century Philosophy. Viewed From Within,* „Daedalus" 1997, nr 1 (126), s. 202 i n.

25 G. Duke *et al.*, *„Postanalitic" Philosophy: Overcomming the Divide?*, s. 11 i n.

26 Na przykład: *Metody badania prawa. Materiały z sympozjum. Warszawa 28–29 IV 1971 r.*, red. A. Łopatka, Wrocław 1973; *Zagadnienia metodologiczne prawoznawstwa. Materiały z sesji naukowej, Łódź 27–28 marca 1980 r.*, red. J. Wróblewski, Wrocław 1982; Z. Ziembiński, *Metodologiczne podstawy prawoznawstwa*, Warszawa 1974; czy Z. Ziembiński, *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, Warszawa-Poznań 1983; VIII Zjazd Katedr, który odbył się 1985 r., był jeszcze „Zjazdem Teoretyków Państwa i Prawa", ale już w tytule konferencji znajdujemy „Problemy metodologii i filozofii prawa". K. Opałek i J. Wróblewski, *Prawo.* Współcześnie termin „metodologia" w związkach frazeologicznych z nauką prawa przeżywa dość wyraźny kryzys.

tekstów prawa UE. Dociekania nad różnicami między konstrukcją normy prawnej i moralnej ustępują miejsca pytaniom z zakresu prawniczych etyk zawodowych czy współczesnym dylematom etyki prawa. Problem naukowo doniosły to już nie ten, który spełnia warunki narzucone przez poprawną metodologię badań, jest spójny z zastanym porządkiem wiedzy czy daje się konceptualizować w języku danej teorii, ale ten, który jest społecznie doniosły. To, co R. Rorty nazywał sprawnością analityków w „rozwiązywaniu zagadek", zastępowane jest dylematami, które obchodzą szersze gremia niż tylko elitarne środowisko samych analityków. Parafrazując J. Woleńskiego, można powiedzieć, że teoria „odzyskała swój przedmiot".

5. Systemowość wiedzy lub systematyczność procesu jej zdobywania (weryfikowania) jest jednym z tych przekonań żywionych przez filozofię analityczną, które najmocniej chyba prowokowały jej krytyków. Z jednej bowiem strony przekonanie to angażowało humanistykę w ryzykowną identyfikację z nurtem naturalistycznym, w którym, na wzór nauk przyrodniczych, uzyskiwanie wiedzy miało mieć cechy „odkryć" kumulatywnie i definitywnie poszerzającej nasz obraz rzeczywistości (znane empirykom metafory „cegiełki", „luki" w wiedzy). Z drugiej zaś chodziło o nie mniej ryzykowny skutek naturalizmu, będący następstwem przyjęcia zasady jedności nauki, a uwarunkowanej przyjęciem jednolitego, wspólnego wszystkim naukom „intersubiektywnie weryfikowalnego" języka, wraz z preferowaną przez znaczącą część filozofów analitycznych, na przykład R. Carnapa, koherencyjną koncepcją prawdy (prawdziwość zdania można weryfikować tylko poprzez jego porównanie z przyjętym uprzednio systemem zdań). Prowadziło to w obrębie badań nad językiem do prymatu twierdzeń z zakresu syntaktyki języka, a tym samym do mocnego związania twierdzeń o języku z dorobkiem logiki formalnej. Taki charakter można przypisać przede wszystkim kontynentalnemu odłamowi pozytywistów logicznych[27]. Filozofia analityczna uprawiana na sposób „naukowy" z czasem przestaje ograniczać się do wymiaru syntaktycznego i zaczyna wkraczać również na obszar semantyki, przez co obejmuje sobą także logiczną analizą pojęć (na przykład procedura eksplikacji R. Carnapa). Ekspansja ta dotyczy

27 T. Szubka (*Filozofia analityczna*, s. 17, 20–21) zauważa, że formalizm charakteryzuje szczególnie jeden nurt filozofii analitycznej, kształtowany wokół Koła Wiedeńskiego Filozofowie z Cambridge tacy jak na przykład G.E. Moore i L. Wittgenstein „czynią to w sposób bardziej *kazuistyczny*, tj. zadowalają się jej [metody analitycznej — A.B.] zastosowaniem do konkretnych przypadków, gdy tymczasem kontynentalni pozytywiści logiczni mają skłonność do wiązania uzyskanych wyników w systematyczną całość". Daje to podstawy do podziału filozofów analitycznych na „kazuistów" i „systematyków" — *ibidem*, s. 17.

nie tylko pojęć podstawowych dla danej nauki, służących klaryfikacji jej analitycznych instrumentów badawczych, ale także zaczęła obejmować pojęcia uwikłane w społeczne funkcjonowanie ludzi, na przykład z zakresu etyki czy estetyki. Z ideą formalizacji języka nauki na poziomie semantycznym wiąże się preferowanie rekonstrukcjonizmu jako podejścia badawczego wobec zastanego języka (język naturalny *versus* język w rozumieniu semantycznym)[28]. Zasada uniwersalizmu języka nauki zostaje dopełniona dzięki temu przez zasadę jego prostoty.

Postanalityczny opór bierze się z niechęci wobec przede wszystkim tej drugiej wizji nauki, to jest jako jednolitego porządku poczynań badawczych integrowanych rządami uniwersalnej struktury językowej wypełnionej poprawnie zdefiniowanym zasobem pojęć. O ile bowiem pierwsze rozumienie systemowości (spójny wewnętrznie zbiór twierdzeń nauki) nie niesie humanistyce specjalnego zagrożenia — wydaje się po prostu wizją dla tego obszaru nauki nieadekwatną, gdyż aspiracje humanistyki do mówienia „prawdy" raczej mało kto brał poważnie — o tyle drugie rozumienie systemowości (systematyczność jako spójność myślenia i wyrażania się za pomocą języka) już takie niebezpieczeństwo, zdaniem wielu postanalityków, stwarza. Rzeczywistość bowiem ma wiele możliwych wymiarów, które można ujmować na wiele sposobów. Dlatego pełne ich opisanie za pomocą jednego tylko schematu jest z poznawczego punktu widzenia wielce skomplikowane, a ponadto zazwyczaj oceniane będzie jako charakterystyka mocno deformująca opisywany obiekt. Powinniśmy zatem mieć świadomość — dopowiadają postanalitycy — że również porządek językowy ukształtowany przez logikę formalną jest tylko jednym z wielu. Pomysł „jednego ustalonego słownictwa pojęciowego, w którym raz na zawsze można opisać strukturę rzeczywistości [...] jest nie do utrzymania"[29]. Nawet te same słowa mogą brać udział w „różnych grach", mogą być organizowane przez różne „gramatyki" w sensie Wittgensteina (chodzi tu nie tyle o reguły składni języka, ile o reguły uniemożliwiające odrzucanie pewnych zdań). Nie wszystkie też „gry" są grami, których celem jest poznanie rzeczywistości (prawda).

Z perspektywy postanalitycznej dużo bardziej doniosłe poznawczo są zatem studia nad przypadkami, ich gromadzenie, opisywanie i wyjaśnianie poprzez kontekst użycia języka lub pewien typ takiego kontekstu aniżeli systemowość pojmowana jako jedna, dominująca

28 J. Kotarbińska, *Spór o granice stosowalności metod logicznych*, „Studia Filozoficzne" 1964, z. 4, s. 25 i n.

29 H. Putnam, *The Uniqueness of Pragmatism*, „Think. Philosophy for Everyone" 2004, nr 8, s. 101.

forma organizacji myślenia poprzez język. Pierwsza postawa pozwala adekwatnie opisać i zrozumieć rzeczywistość taką, jaka ona jest, druga narzuca i upraszcza, a przez to zawsze w pewien sposób zniekształca zastany obraz praktyki ludzkiej — ma zatem cechy, które postmoderniści nazwą ukrytą „opresywnością" systemów (języka, kultury). Postanalityczny opór wobec zamysłu ujmowania nauki jako jednolitej całości systematyzowanej przez język, budowany jest w imię obrony multicentrycznej, wielokulturowej humanistyki (na przykład etnocentryzm Rorty'ego). Przedstawicielom tego nurtu chodziło zatem nie tyle o wyeliminowanie logiki formalnej z naukowego dyskursu, ile o pozbawienie jej uprzywilejowanej pozycji w obrębie nauki, a tym samym o przywrócenie językowi logiki klasycznej jego pierwotnego zastosowania (to jest głównie w przyrodoznawstwie, w którym korespondencyjna koncepcja prawdy zasadniczo nie budziła oporów).

Cecha systematyczności badań wydaje się przypadłością szczególnie widoczną w tych analizach prawniczych, które kooperują z kulturą prawa stanowionego. Porządek systemu prawa odpowiada tu wewnętrznemu porządkowi badań, z przedmiotowymi podziałami na poszczególne dyscypliny, skrzętnie pilnujące swoich domen badawczych — o czym pisałem już wcześniej, charakteryzując profesjonalizację jako cechę analitycznej teorii prawa. Niżej odwołam się tylko do drugiej interpretacji systemowości nauki, to jest do nauki jako przedsięwzięcia, którego celem jest dążenie do budowania jednolitego obrazu badanej rzeczywistości. Kwestia ta to jedno z podstawowych zagadnień dyskutowanych na gruncie analitycznej teorii prawa ostatnich kilkudziesięciu lat. Dzieliła ona środowisko na zwolenników ujednolicania siatki pojęciowej, a na pierwszy ogień szło tu zazwyczaj pojęcie normy (na przykład J. Austin z koncepcją redukującą prawo do „rozkazu" czy imperatywizm H. Kelsena sprowadzający porządek prawny do norm kompetencyjnych i kwestii sankcjonowania). Po drugiej stronie można znaleźć poglądy mniej lub bardziej akcentujące potrzebę pojęciowego zróżnicowania standardów wyrażających normatywność prawa, wśród których za szczególnie wpływową uchodzi koncepcja systemu prawa jako związku reguł pierwotnych i wtórnych H.L.A. Harta. Ta ostatnia — podobnie jak metodologia Harta, polegająca na budowaniu pojęcia prawa poprzez analizę językowych kontekstów użycia — będzie zdecydowanie bliższa postulatom postanalityków.

Również polskiego prawoznawstwa nie ominęło podobne zróżnicowanie postaw. Niech jako przykład skłonności do uniwersalizacji posłuży koncepcja normy Z. Ziembińskiego i M. Zielińskiego, to jest normy pojmowanej jako dyrektywa, która „w sposób jednoznaczny wysławia

bezpośrednio nakaz (zakaz), skierowany do określonego podmiotu"[30]. Prowadzi to do pojęciowej eliminacji (redukcji do jakiegoś wariantu norm nakazu/zakazu) tych standardów, które „zezwalają" na określone działania prawne czy wyposażają w odpowiednie kompetencje[31]. Jednak również w polskim prawoznawstwie nie brakuje przykładów na stanowiska życzliwe wobec pojęciowej różnorodności, służącej artykulacji nieco bardziej złożonych sytuacji prawnych[32]. Te ostatnie stanowiska zwykle były dyktowane potrzebą brania pod rozwagę kontekstu lub typu kontekstu (językowego, społecznego), w obrębie którego analizowane pojęcie funkcjonuje. Nieprzypadkowo też to zazwyczaj przedstawiciele nauk szczegółowych opowiadają się za pojęciowym zróżnicowaniem[33]. Dla nich bowiem pojęciowa uniwersalizacja może oznaczać ryzyko delegitymizacji ich dyscyplinarnej autonomii.

Warto też zauważyć, że tendencje do dyscyplinarnej kontekstualizacji języka mogą również rzutować na dydaktykę prawniczą. Jako przykład niech posłuży programowa ewolucja nauczania logiki na polskich wydziałach prawa i administracji. Obecnie nauczanie to jest coraz wyraźniej profilowane pod kątem zawodowych potrzeb prawników, a tym samym coraz częściej odchodzi się od, dominującego kiedyś, jednolitego dla wszystkich kierunków nauczania wzorca, ukształtowanego pod wyraźnym wpływem logiki formalnej[34]. Dydaktyczna popularność prawniczych odmian retoryki czy prawnicze adaptacje teorii dyskursów to już tylko dalej idące następstwa tej tendencji. Oczywiście, różne ośrodki akademickie mają tu zapewne nieco odmienne doświadczenia.

6. Integracja zewnętrzna nauk, właściwa filozofowaniu opartemu na tradycyjnym paradygmacie analitycznym, wydaje się już tylko konsekwencją zaprezentowanej wcześniej argumentacji. Specyfiką wariantu integracji zewnętrznej, który tu znajdujemy, jest poszukiwanie idei przewodniej, wzorcowej nauki, która miałaby służyć jako podstawa

---

30 Por. M. Zieliński, *Interpretacja jako proces dekodowania tekstu prawnego*, Poznań 1972, s. 16.

31 K. Świrydowicz *et al.*, *O nieporozumieniach dotyczących tzw. „norm zezwalających"*, „Państwo i Prawo" 1975, z. 8; M. Zieliński, *Dwa nurty pojmowania „kompetencji"*, [w:] *Gospodarka, administracja, samorząd*, red. H. Olszewski, B. Popowska, Poznań 1996, s. 585.

32 W kontekście sporu o tak zwane normy kompetencyjne alternatywy dla predyktywnych ujęć normy przedstawia M. Matczak, *Kompetencja organu administracji publicznej*, Kraków 2004, s. 100 i n.

33 Zob. na przykład M. Zieliński, *Dwa nurty pojmowania „kompetencji"*, s. 598.

34 Mój — zatrudniony oczywiście w Instytucie Filozofii — wykładowca przedmiotu logika przekonywał nas, studentów prawa, wiele lat temu, że nie ma czegoś takiego, jak „logika prawnicza", podobnie jak nie istnieje „logika gospodyń domowych" czy im podobne. Logika miała być jedna dla wszystkich, bo reguły poprawnego myślenia są wszędzie takie same.

odpowiedniego programu dostosowawczego dla dyscyplin aspirujących do miana „naukowych". To zwykle fizyka i logika formalna (wraz z fundującą ją matematyką) bywały podsuwane jako właściwe wzorce: pierwsza, bo przez lata uchodziła za przykładną naukę empiryczną, a więc należała do takiego typu dziedzin badawczych, z myślą o których filozofia analityczna budowała swój dorobek, druga, bo dostarczała neutralnych i precyzyjnych narzędzi badawczych. Dla rozumowań przeprowadzanych z użyciem praw logiki zasadniczo obojętne było, czy czynności te odnoszone będą do faktów ujętych w języku fizyki, biologii czy chemii (filozofia analityczna, jak już wiemy, nie dysponowała własnym przedmiotem). Dlatego też to lingwistyka konceptualizowana głównie w języku logiki formalnej stawała się centrum integracji nauk metodologicznie słabiej wykształconych, w tym również prawoznawstwa. Skutkiem takiego wariantu zewnętrznej integracji nauki było osłabienie integracji wewnętrznej nauk poddawanych takiemu ujednolicaniu.

Czy integracja zewnętrzna nauk może się zatem w ogóle odbywać bez kosztów dla wewnętrznego obszaru nauki? Wydaje się, że środowisko postanalityków na tak postawione pytanie mogłoby odpowiedzieć zarówno przecząco, jak i twierdząco. Jeśliby pytanie to odnieść do całościowej wizji nauki, także obejmującej humanistykę jako składnik takiej całości, to otrzymalibyśmy odpowiedź zdecydowanie przeczącą. Mocno podkreśla się tu bowiem odrębność badań nad porządkami natury (prawda ujmowana korespondencyjnie, dążenie do obiektywności sądów) i kultury (wspólnotowość, relatywizm przekonań). Skłonność do dominowania pierwszego z tych wymiarów nauki nad drugim jest nieustająco krytykowana przez wielu przedstawicieli omawianego nurtu. Jeśli jednak pytanie o zewnętrzną integrację ograniczyć do samej humanistyki — pojmowanej jako refleksja prowadzona w obrębie określonej wspólnoty kulturowej — to odpowiedź byłaby już pozytywna. Richard Rorty dystynkcję na te dwa porządki określa jako odmiennie za każdym razem pojmowany sens życia jednostki: pierwszy realizowany jest poprzez człowieka jako „istotę usytuowaną w bezpośredniej relacji z rzeczywistością", drugi polega na rozwijaniu opowieści o człowieku i jego „wkładzie w życie wspólnoty"[35]. Pierwszy aspiruje do tego, aby „dotknąć istoty rzeczy" bez pośrednictwa poglądów swojej wspólnoty, drugi zakłada, że wspólnota jest nie tylko niezbędna jako płaszczyzna komunikacji, ale że zasadniczym celem nauki jest zachowanie (kreacja,

35 R. Rorty, *Solidarność czy obiektywność*, [w:] *Obiektywność, relatywizm i prawda. Pisma filozoficzne*, t. 1, Warszawa 1999, s. 35.

doskonalenie) samej wspólnoty[36]. Perspektywa wspólnotowa jest inspirowana poglądami pragmatystów negujących klasyczną opozycję podmiotowo-przedmiotową oraz interpretujących poznanie jako „formę działania" (jak choćby J. Dewey, do którego poglądów często odwołuje się Rorty). Nauki humanistyczne powinny zatem „wyglądać zupełnie inaczej niż przyrodnicze", a celem prowadzonego w ich obrębie procesu badawczego jest „doprowadzenie do odpowiednio wyważonego połączenia niewymuszonego porozumienia z respektującą zasady tolerancji niezgodą"[37]. Obiektywność prawdy jest tu zastępowana solidarnością środowiska, którego skład jest limitowany przez wspólny *ethnos* obejmujący tych, którzy „podzielają czyjeś przekonania przynajmniej na tyle, by możliwa była owocna rozmowa"[38].

Z takiej perspektywy rzecz ujmując, żądanie opowiedzenia się przez postanalityków — w wersji przywoływanego tu solidaryzmu Rorty'ego — po stronie integracji zewnętrznej i/lub wewnętrznej (czy też dopuszczenie jakiejś postaci kooperacji tych punktów widzenia) wydaje się dylematem źle postawionym, bo opartym na kategoryzacji (tak bliskiej naukowemu pozytywizmowi i filozofii analitycznej), której postanalitycy najpewniej w ogóle nie chcieliby przyjąć. Wydawać by się zatem mogło, że nie może tu być mowy o innej integracji niż „integracja wewnętrzna". Jednak postanalityczne otwieranie się instytucjonalnej nauki na inne obszary (dyskursy) zdolne podzielać wspólny *ethnos* (film, literatura, teatr itp.) pozwala też dość daleko wyjść poza tradycyjne specjalizacje i dyscyplinarne podziały. Obejmowanie przez postanalityków refleksją obszarów uznawanych do tej pory za pozostające na zewnątrz „nauki" staje się istotnym argumentem na rzecz poglądu, że nurt postanalityczny, *de facto* nawet w większym stopniu, niż deklarowała to tradycyjna filozofia analityczna, przyczynił się do zewnętrznej integracji nauk. Na pewno jednak każdy z tych nurtów zakładał sobie zupełnie inne cele oraz kierunki integracji. Wzorce naturalistyczne zostały zastąpione otwarciem się na szeroko pojętą, wielowymiarową humanistykę[39].

Idea zewnętrznej integracji prawoznawstwa oparta na jakiejś „wzorcowej nauce" to temat przez długie lata zajmujący wybitnych polskich teoretyków i metodologów prawa. To zapewne zasługą logicznego empiryzmu, a w polskich warunkach po części także marksizmu, było

---

36 R. Rorty, *Nauka jako solidarność*, s. 69.

37 *Ibidem*, s. 62, 64.

38 R. Rorty, *Solidarność czy obiektywność*, s. 49.

39 „Filozofia analityczna stała się [...] tego samego rodzaju dyscypliną, z jakimi mamy do czynienia w innych instytutach »humanistycznych«" — R. Rorty, *Filozofia w Ameryce dziś*, [w:] *Konsekwencje pragmatyzmu. Eseje z lat 1972–1980*, Warszawa 1998, s. 267.

to, że naturalizm uchodził za dobry wzorzec naukowości, natomiast antynaturalizm odczytywany był jako swoista rezygnacja w walce o naukowość. Próby zastosowania w prawoznawstwie interpretacji humanistycznej, odwoływanie się do tak zwanej powierzchniowej i głębokiej struktury nauki czy prawnicze adaptacje idealizacyjnego modelu nauk empirycznych, wraz z towarzyszącym takim programom (założeniom) formalno-logicznym oprzyrządowaniem (L. Nowak, W. Patryas), miało z jednej strony wprowadzić prawoznawstwo na salony pozytywistycznie zdefiniowanej nauki, a z drugiej uchronić tę dyscyplinę od aksjologicznego kontekstu stwarzanego przez czasy, w których tego rodzaju projekty powstawały. Dzisiaj badacze sympatyzujący z nurtem naturalistycznym raczej nie stawiają sobie aż tak daleko idących celów[40].

Wydaje się, że na gruncie powszechnej filozofii prawa przykładem odpowiadającym proponowanemu przez R. Rorty'ego etnocentryzmowi kulturowemu może być integralna koncepcja prawa R. Dworkina (a w jakiejś mierze wszystkie te koncepcje, które zaliczane bywają do nurtu hermeneutycznego). Ujmowanie zadań sędziów i prawoznawców jako poszukiwanie optymalnego rozumienia prawa w kontekście norm i wartości kultury[41], oparte na politycznej wspólnocie integrującej w sobie sferę polityki i moralności poprzez mechanizmy sądowych interpretacji, powoduje, że w tego rodzaju perspektywie załamaniu ulega wiele silnie ugruntowanych w filozofii analitycznej dychotomicznych schematów[42]. Dotyczy to również dystynkcji na wewnętrzną i zewnętrzną integrację nauki. Podobnie zresztą jest z całą nauką, która nie daje się tu już wyselekcjonować ze swojego społecznego otoczenia.

Zbliżone idee i założenia (na przykład porzucenie dystynkcji podmiot-przedmiot, norma-opis, poznawanie-działanie) legły u podstaw naszego lokalnego pomysłu filozoficzno-prawnego, to jest koncepcji juryscentryzmu A. Kozaka — z tą tylko dość istotną różnicą, że pojęcie wspólnoty ma tutaj dużo bardziej ekskluzywny charakter (zawodowa grupa prawników). Tym jednak, co będzie najmocniej odróżniać tę propozycję od różnych koncepcji usytuowanych w nurcie kulturowym, jest pragmatyczna, budowana przez społeczny kontekst, interpretacja dorobku przede wszystkim analitycznej teorii prawa. Dorobek ten

40 Zob. W. Patryas, *Rozważania o normach prawnych*, Poznań 2001. Formułując cel pracy, autor pisze, że „dla wykazania przydatności rzeczonej koncepcji [teorii gramatyk transformacyjno-generatywnych N. Chomsky'ego — A.B.] w badaniu struktur norm prawnych wystarcza [...], że jest ona atrakcyjnym programem badawczym" — *ibidem* s. 15. Pogląd ten autor potwierdza, powołując się na podobne stanowisko T. Gizbert-Studnickiego w: *Język prawny z perspektywy socjolingwistycznej*, Kraków 1986, s. 24, 25.

41 R. Dworkin, *Imperium prawa*, Warszawa 2006, s. 411 i n.

42 Por. M. Zirk-Sadowski, we wstępie do: R. Dworkin, *Imperium prawa*, s. XXIII.

ma bowiem prawnikowi dawać mocne oparcie w jego zawodowej aktywności, dostarczając nienegocjowalnych ze społecznym otoczeniem warunków, w ramach których prowadzone są spory prawne. To właśnie wiedza analityczno-prawna ma uodparniać prawnika na zakusy ze strony innych praktyk, w tym przede wszystkim ze strony polityki. Silna integracja wewnętrzna odbywa się tu zatem dość wyraźnie kosztem integracji zewnętrznej[43]. Propozycja ta z jednej strony, na poziomie przyjmowanych założeń badawczych (filozoficznych), wykazuje zauważalne podobieństwa do ujęć postanalitycznych, z drugiej jednak mocno dowartościowuje tradycyjny dorobek analitycznej teorii prawa. Sytuuje go jednak w zupełnie nowej perspektywie oraz stawia przed nim odmienne zadania.

7. Ahistoryzm, a w następstwie tego również akulturowość, to kolejna właściwość postawy badawczej charakteryzującej filozofię analityczną. Wiedza o przeszłości albo w ogóle jest tu nieobecna, gdyż oceniana jest jako zbędna z punktu widzenia warsztatowego oprzyrządowania przyszłego analityka[44], albo — jeżeli już się pojawia — to po to tylko, aby posłużyć do pokazania chybionych idei (spekulacji) filozoficznych, błędów w poszczególnych rozumowaniach, czy też wadliwie skonstruowanych pojęć oraz nieporozumień (tak zwanych pozornych problemów) będących tego następstwem. Jak określił to E. Nagel (sam zaliczany do filozofów analitycznych, jednak niepodzielający poglądu co do nieprzydatności wiedzy historycznej) historia filozofii postrzegana tu jest wyłącznie od strony „negatywnej"[45]. Historia ma nas raczej wielu rzeczy z naszej przeszłości oduczyć, aniżeli nauczyć czegoś wartego do spożytkowania. Taka postawa jest następstwem dość powszechnej na gruncie filozofii analitycznej interpretacji roli historii: „problemy, z którymi od wieków borykają się filozofowie są w przybliżeniu takie same, podobnie jak i podstawowy zestaw ich możliwych rozwiązań"[46]. Różnica jest tylko taka, że obecnie, to jest za sprawą dorobku współczesnej filozofii analitycznej, potrafimy to robić znacznie lepiej. Po cóż

43 A. Kozak, *Myślenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej*, Wrocław 2010. Szerzej piszę o tym we wstępie do tej pracy.

44 Na przykład W. Quine miał, według relacji R. Rorty'ego, „z pogardą odnosić się do studiowania historii filozofii". Sam nie czytał prac z historii filozofii, miał zabiegać o to, aby tak samo czynili jego studenci. W postawie tej miał naśladować między innymi R. Carnapa — zob. R. Rorty, *Filozofia analityczna a filozofia transformacyjna*, s. 10.

45 E. Nagel, *Impressions and Appraisals of Analytic Philosophy in Europe*, „The Journal of Philosophy" 33, 1936, nr 1, s. 7.

46 T. Szubka, *Czy zmierzch filozofii analitycznej*, „Diametros", Internetowy Serwis Filozoficzny przy Instytucie Filozofii Uniwersytetu Jagiellońskiego, http://www.diametros.iphils.uj.edu.pl, s. 5 (dostęp: 23.02.2014).

więc sięgać do nieukształtowanych jeszcze narzędzi badawczych, skoro współcześnie dysponujemy dużo lepszymi ich odpowiednikami. Filozofowanie na sposób „naukowy" jest tu bliskie technologicznie pojmowanej wizji postępu: nowa technologia wypiera swoją poprzedniczkę, a ta ostatnia ewentualnie trafia do muzeum (historii doktryn). Historia zasadniczo nie ma tu udziału w kształtowaniu wspólnoty naukowej. Choć wśród samych analityków wytwarza się pewien rodzaj wspólnotowego przekonania o odrębności, a nawet środowiskowej elitarności, ale nie historia to przekonanie funduje, a podzielana wizja nauki oraz języka jako narzędzia jej realizacji.

Postanalityczna konkurencja przywraca, tak charakterystyczne dla tradycyjnej filozofii, przekonanie o niemożności odwrócenia się od swojej historii. Dla jednych przedstawicieli tego nurtu (B. Williams, M. Nussbaum) będzie to wprost nawiązanie do kultury europejskiej uosabianej w greckiej filozofii i literaturze, traktowanej jako humanistyczny kanon, bez którego nie jest możliwe rozumienie i partycypowanie w kulturze współczesnej. Samoświadomość kulturowa, rozeznanie co do miejsca i kontekstu występowania badanego problemu jest punktem wyjścia dla jakichkolwiek teorii dotyczących społeczeństwa, gospodarki czy prawa. W innej wersji, bliższej Rorty'emu, należałoby raczej mówić o historyczności — w duchu przywołanej wcześniej paremii Hegla o filozofii jako „czasie uchwyconym w myśli" — jednak bez uniwersalizujących i obiektywizujących pułapek zawartych w języku filozofii klasycznej czy chrześcijaństwie. Jeżeli filozofia ma być narzędziem rozwiązywania problemów, to problemy współczesności domagają się nowych artykulacji, swojej własnej historii, a tym samym „odrzucenia drabiny", po której „wspinali się nasi przodkowie"[47]. W pierwszej wersji historia i kultura to bardziej tradycja oparta na wspólnych podstawach, pozwalająca także współczesnym lepiej rozumieć swoje rozterki, w drugiej — to sama współczesność, której nie da się zrozumieć i partycypować w niej bez zrozumienia kulturowej autonomii praktyki ludzkiej (podzielanego przez środowisko *ethnosu*).

Odwołania do historii trudno znaleźć również w prawniczych teoriach analitycznych. Standardowe prace z tego nurtu rozpoczynają się od sformułowania założeń badawczych, mających postać definicji, ewentualnie skontrastowanych z założeniami przyjmowanymi wcześniej przez innych autorów. Praktyka taka zastępuje zwyczajowy opis historii kształtowania się danej instytucji prawnej czy towarzyszącej jej refleksji doktrynalnej. Historia w badaniach analitycznych to głównie krytyka

47 Por. A. Głąb, *Postanalityczność*.

dokonań poprzedników, jednak zazwyczaj niewykraczająca poza okres budowania paradygmatów krytykowanej teorii (to, co nastąpiło wcześniej, to już „prehistoria" kwalifikująca się na wykład z historii prawa czy historii doktryn). Na przykład polska teoria wykładni dla wielu zaczyna się od pracy J. Wróblewskiego z 1959 roku i jej ajdukiewiczowskich inspiracji. Niektórzy jeszcze być może sięgną do prac Waśkowskiego i Frydmana, ale zazwyczaj bez istotnych konsekwencji dla własnych poglądów. Miejsce historii zastępuje dążenie do uniwersalizmu, to jest pokazania, że na przykład jest jedna tylko naukowo wartościowa (poznawczo sprawna) teoria wykładni czy jedna poprawna koncepcja kształtu językowego normy i nie ma powodów, aby tolerować jakiekolwiek gałęziowe odrębności. Historia prawa i prawoznawstwa — jak każda historia wedle nauczania W. Windelbanda — ma przede wszystkim walor idiograficzny, a w konsekwencji będzie sprzyjać ugruntowywaniu wszelakich czasoprzestrzennych (gałęziowych, kulturowych) partykularyzmów. A z tym ogólnej prawniczej teorii analitycznej jest już nie po drodze.

Po drugiej stronie mieć będziemy na przykład szeroko pojmowaną hermeneutykę prawniczą z jej odzwierciedlającymi rolę historii (tradycji) metaforami, takimi jak „spirala", „praca w łańcuchach" czy „historyczny horyzont", a które łączy to, co nazywane jest perspektywą diachroniczną. Zobiektywizowane, kulturowo zintegrowane poznanie prawa osiągane jest tu poprzez zgodność decyzji z całą tradycją prawną, a podejmowana decyzja ma się opierać „na najbardziej akceptowanym politycznym uprawomocnieniu danej tradycji, która ucieleśnia się w dostępnym materiale prawnym z przeszłości"[48]. Argumentacja z orzecznictwa to także we współczesnej polskiej literaturze teoretycznoprawnej dość powszechny już sposób argumentowania i niekoniecznie od razu kojarzony z jakąś odmianą hermeneutyki (nawet pisanie glos przez teoretyków i filozofów prawa trudno obecnie uznać za wydarzenie). Dzisiaj nikogo już nie dziwi, że teoretyk prawa rozpoczyna swoją pracę od analizy orzecznictwa. Historia orzeczeń to zatem nie tylko sposób na ugruntowywanie decyzji, ale także dowód na odmienną metodologię badań, świadectwo tego, co wcześniej nazwałem „odzyskaniem przedmiotu" przez analityczną (postanalityczną) teorię prawa.

8. Separowanie zdań od norm i ocen uchodzi za jeden z kanonów filozofii analitycznej, a zarazem za wyraz pozytywistycznego dziedzictwa tej filozofii. Dystynkcja ta miała zarazem służyć za podstawę do wyznaczania granic między tym, co naukowe (poznawcze, teoretyczne)

48 M. Zirk-Sadowski we wstępie do: R. Dworkin, *Imperium prawa*, s. XXII.

i nienaukowe (metafizyczne, praktyczne, ideologiczne). Wysiłki przedstawicieli pozytywizmu logicznego idące w kierunku konstruowania zdań protokolarnych czy bazowych były próbami określenia natury powiązań między teorią a jej empiryczną podstawą; powiązań, u źródeł których leżało przekonanie o potrzebie zachowania neutralności twierdzeń teoretycznych wobec przedmiotu badań. Mniejsza o to, jak ocenimy ten wysiłek (sami autorzy tego przedsięwzięcia mieli w tej kwestii zasadnicze wątpliwości). Istotniejsze wydaje się co innego, a mianowicie pewien, przynajmniej *prima facie*, paradoks pomiędzy z jednej strony zalecanym przez logicznych empiryków niezaangażowaniem twierdzeń teorii wobec badanych faktów, a z drugiej strony normatywnym programem filozofii analitycznej (oczywiście, zastrzegając się raz jeszcze, że logiczny empiryzm to tylko jeden z nurtów filozofii analitycznej). Jak zauważa T. Szubka, „termin *filozofia analityczna* miał od samego początku wymiar normatywny: oznaczał filozofię uprawianą we właściwy sposób, tzn. przestrzegającą rygorów metodologicznych, dającą poznawczo najlepsze rezultaty”[49]. A więc nie ma tu programowego konfliktu, gdyż po to właśnie stawiano przed językiem nauki tak ostre wymagania, aby przygotowane w ten sposób narzędzia dawały rezultaty w postaci zobiektywizowanych twierdzeń o badanej dziedzinie (opisywanych faktach). To metodologia badań naukowych (postulowany język nauki jako jej wytwór) miała mieć dla filozofów analitycznych wymiar normatywny. Podstawą dla takiego porządku były takie założenia Kartezjańskiej i Kantowskiej filozofii, jak: separacja kategorii poznawczych wobec badanych treści, opozycja podmiot-przedmiot badań, zewnętrzny (naukowy) i wewnętrzny (praktyczny) punkt widzenia, z reprezentacjonizmem jako zasadą budującą tego rodzaju dychotomiczne podziały.

Postanalityczna reakcja wobec własnej tradycji — w wersji łagodnej, usiłującej mimo wszystko pozostać „wewnątrz” szeroko pojmowanej filozofii analitycznej — prowadzi do podważania lub co najmniej zrelatywizowania podniesionych wcześniej przeciwstawień[50]. Coraz trudniej przychodzi filozofom języka twierdzić, że uprawianie nauki daje się sprowadzić do odkrywania prawdy, a filozofowanie na sposób analityczny ma za zadanie wyłącznie ostrzenie językowych narzędzi mających służyć prawdzie. Problemy filozoficzne okazały się w dużej mierze problemami wytworzonymi przez praktykę językową samych

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

50 D. Davidson, *O schemacie pojęciowym*, przeł. J. Gryz, „Literatura na Świecie” 1991, nr 5; G. Duke *et al.*, *„Postanalitic” Philosophy: Overcomming the Divide?*, s. 8. W wersji radykalnej filozofia postanalityczna odrzuca wyjściową tradycję jako projekt chybiony i zastąpienia jej nową filozofią — zob. na przykład H. Putnam, *Realism with a Human Face*, Cambridge 1990, s. 19.

filozofów, a każda kolejna próba ich rozwiązywania w istocie rzeczy prowadziła do propozycji nowego sposobu mówienia o nich. Zadaniem filozofii staje się krytycyzm społeczny i kulturowy, w tym także etyczny i polityczny, jako że język staje się bardziej narzędziem intencjonalnego działania niż lustrem wobec zastanej rzeczywistości. Możliwa rola filozofa to na przykład już rola terapeuty — demistyfikatora mitu o prawdzie i obiektywności leżących u źródeł poznania teoretycznego (Wittgenstein), innym razem — mediatora pomiędzy różnymi wariantami nieprzekładalnych dyskursów (Rorty). Reprezentacjonizm zostaje zastąpiony instrumentalizmem (Davidson).

Oddzielania opisu i normy szczególnie trudno jest dochować w przypadku prawoznawstwa, dla którego to właśnie normy stanowią przedmiot badań (próbą takiej opisowej nauki o normach była między innymi koncepcja H. Kelsena). Ojcowie założyciele filozofii analitycznej (etap „logiczny", rozwijany mniej więcej do lat trzydziestych XX wieku) nie mieli z tym większego kłopotu, ponieważ odniesieniem teoretyzowania na sposób analityczny miały być fakty, a normatywna miała być tylko metodologia ich badania (język nauki przygotowywany na potrzeby badania operacji głównie syntaktycznych). Jednak już na późniejszym („lingwistycznym") etapie, powiązanym z próbami aplikowania dorobku filozofii analitycznej w obszarze humanistyki, okazało się, że te same pojęcia mogą występować w podwójnej roli: jako narzędzia poznawania języka oraz przedmiot badania. A z taką sytuacją dość powszechnie mamy do czynienia właśnie w prawoznawstwie. W następstwie tego ustalenie, co jest wytworem prawodawcy, a co prawoznawcy staje się w wielu sytuacjach po prostu niemożliwe[51]. Dlatego też nawet wpływowi teoretycy prawa zaliczani do nurtu analitycznego (szczególnie sympatyzujący z nurtem rekonstrukcjonistycznym, jak na przykład Z. Ziembiński) często podkreślali, że nauka prawa (doktryna prawnicza) ma znaczący wpływ na kreowanie swojego przedmiotu (prawa)[52]. Charakterystyczna pod tym względem była ewolucja poglądów J. Wróblewskiego w kwestii teoriopoznawczego statusu twierdzeń dotyczących wykładni prawa: od początkowego dążenia do obiektywizacji znaczenia i walki z tezami o twórczym charakterze wykładni (tezy tego rodzaju określane były przezeń jako „nihilistyczne")[53], po pragmatyzm

51 Por. F. Longchamps, *Uwagi o używaniu pojęć w naukach prawnych*, Wrocław 1960, s. 14–15 („Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Wrocławskiego", Seria A, nr 27, Prawo VII); F. Longchamps, *Z problemów poznania prawa*, Wrocław 1968, s. 14.

52 Zob. na przykład Z. Ziembiński, *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, s. 14.

53 J. Wróblewski, *Opisowa i normatywna teoria wykładni prawa*, „Państwo i Prawo" 1958, z. 7.

widoczny w dorobku okresu późniejszego, sytuujący wykładnię prawa w obszarze zbliżonym do dyskursu praktycznego[54].

Osłabienie, relatywizację opozycji pomiędzy opisowością i normatywnością twierdzeń nauki prawa można współcześnie znaleźć u licznych zwolenników wyróżniania zewnętrznego (opisowego, obserwacyjnego, wspólnotowego) i wewnętrznego punktu widzenia (krytyczno-refleksyjnego, indywidualnego) w postrzeganiu reguł. Jeśli dodamy do tego na przykład tezę o poznawczym prymacie wewnętrznego punktu widzenia nad zewnętrznym[55], to jeszcze bardziej oddalimy się od naturalistycznych fundamentów filozofii analitycznej. Z tej perspektywy rzecz ujmując, tak zwany wyrafinowany pozytywizm prawniczy (choćby Hart), to zauważalny krok w kierunku postawy określanej tu jako postanalityczna. Zwykle jednak, gdy mowa o krytycznym zaangażowaniu filozofii postanalitycznej chodzi o dużo więcej, to jest o jej oddziaływanie na życie społeczne, polityczne i etyczne, a więc o wszystko to, co jest doniosłe dla grupy bądź jednostki. Dystynkcja na zdania i normy nie ma tu już istotnego znaczenia, a wręcz bywa świadomie przełamywana. Wiedza ma służyć działaniu. Mówiąc językiem Kierkegaarda, chodzi o to, aby to, co „obiektywne i błahe" (w tradycyjnym rozumieniu „naukowe") ustąpiło miejsca temu, co „egzystencjalne i ważne" dla grupy lub jednostki. Filozofia prawa (bo o teorii mówi się tu już coraz rzadziej) staje się — trochę na wzór grecki — politycznie i etycznie wrażliwą refleksją nad człowiekiem. Rozliczne koncepty z kręgu krytycznych studiów nad prawem, będą już tylko mniej lub bardziej radykalnymi konsekwencjami przyjęcia takiej postawy.

* * *

Na koniec kilka wniosków. Postanalityczność w zestawieniu z dominującym przez kilka dekad w polskiej teorii prawa podejściem analitycznym orientuje się na odmienne pola problemowe i podejścia badawcze. Czy są one jednak dla współczesnej teorii i filozofii prawa całkowicie nowe? Część z nich można już dostrzec w ramach wyrafinowanego pozytywizmu prawniczego, część idzie dalej niż myślenie osadzone w ramach szeroko pojętej pozytywistycznej kultury prawnej (na przykład

54 Tak A. Kozak, *Pojmowanie prawa w teorii wykładni*, Wrocław 1997, s. 44–48. Z kolei M. Zieliński określił ukształtowaną już koncepcję wykładni J. Wróblewskiego jako „koncepcję normatywną", jednak „bazującą na wielorako rozbudowanych założeniach składających się na koncepcję opisową", M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2002, s. 76.

55 J. Woleński we wstępie do: H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998, s. XX.

hermeneutyka, nurt kulturowy). Postanalityczność prawnicza kumuluje problemy z różnych nurtów współczesnej teorii i filozofii prawa, pokazując, że autentyczne problemy nauki przebiegają ponad podziałami na dyscypliny i przyjmowane podejścia badawcze. Tym, co wydaje się integrować przedstawicieli tego nurtu, jest (neo)pragmatyzm powiązany z postawą krytyczną wobec praktyki naukowej zakładającej dominowanie nauki (humanistyki) przez jakiekolwiek jednolite, zewnętrzne wzorce. Prowadzi to w prawoznawstwie z jednej strony do przywracania tradycyjnej problematyki filozoficzno-prawnej, zapoznawanej w okresie dominacji nurtu analitycznego (na przykład restytucja etyki prawa i zawodów prawniczych, etyki badań naukowych), z drugiej jednak do pojawienia się tematów względnie nowych (na przykład nurt prawo a literatura). Dlatego zdecydowanie na wyrost byłoby twierdzić, iż postanalityczna filozofia prawa stwarza nowe szanse, czy też nowe zagrożenia. Ma ona bardziej uwrażliwiać nas na współczesne wyzwania, aniżeli podpowiadać jakiś nowy program.

Warto też zauważyć, że postanalityczne diagnozy rzeczywistości zmieniają dość zasadniczo oczekiwania stawiane edukacji prawniczej. Inaczej bowiem postrzega się tu rolę i odpowiedzialność prawnika. Jawne zaangażowanie nauki w praktykę społeczną otwiera drogę do pytania o odpowiedzialność nauki prawa za skutki swoich działań, w tym także za realizowany model edukacji prawniczej. Na gruncie teorii analitycznych aktywność nauki ulegała depersonifikacji — za sprawą przekonania o bezosobowym obiektywizmie i prawdzie jako zasadniczych wartościach nauki. W postanalitycznej krytyce pojawia się miejsce na etykę. Dzieje się tak, ponieważ nauka i zawodowa aktywność prawnika ulegają tu swoistemu upodmiotowieniu. Badanie prawa i nauczanie przyszłych prawników presuponuje już nie tylko określoną wiedzę przedmiotową, ale stawia sobie za cel budowanie i upowszechnianie określonej, wrażliwej na otoczenie postawy. Edukacja prawnicza powinna być wskutek tego bardziej wszechstronna i otwarta, „oddogmatyzowana" — zarówno w ścisłym, prawniczym sensie tego terminu, jak i ogólniejszym, związanym z otwarciem się prawoznawstwa na swoje zewnętrzne otoczenie. Odżywa tu gdzieś klasyczna idea uniwersytetu jako wspólnoty opartej na wiedzy i wartościach, współcześnie zdominowana przez szkoły prawnicze dostarczające „zasobów ludzkich", wyedukowanych zgodnie z oczekiwaniami rynku pracy.

Pojawieniu się *spectrum* postaw identyfikowanych z postanalitycznością mogą również towarzyszyć pewne obawy. Przywołam tylko dwie. Pierwsza to niebezpieczeństwo upolitycznienia nauki, co w przypadku prawoznawstwa ma szczególny ciężar gatunkowy. Polityczność

w kulturze prawa stanowionego zawsze silnie legitymizowała prawotwórstwo, jednak stosowanie prawa, z lepszym bądź gorszym skutkiem, usiłowano od polityki uniezależnić. Dorobek analitycznej teorii prawa dobrze służył separacji naukowej i zawodowej praktyki prawniczej wobec bieżącej polityki. W rozważaniach przedstawicieli nurtu postanalitycznego aktywności zawodowej prawnika, także prawnika akademickiego, od polityki już odseparować się nie da. Więcej, polityczność zdaje się tu świadomie powracać do nauki jako społecznie ważny wymiar egzystencji grup i jednostek.

Druga obawa to zanik instytucjonalnego autorytetu nauki. Postanalityczna nauka ma, jak wiemy, skłonność do rozpływania się w innych obszarach praktyki kulturowej („grach"), traci zatem pozycję społecznie uprzywilejowaną. W przypadkach natomiast, gdy gra — jak w przypadku prawa i prawoznawstwa — jest grą docelowo służącą bezpieczeństwu i sprawiedliwości, może się pojawić ryzyko, że również te, zasadnicze dla filozofii prawa, wartości rozpłyną się gdzieś w sporach między prawodawcą, sędzią i filozofem prawa z jednej strony a politykiem, ekonomistą oraz znawcą literatury czy filmu z drugiej. Wyprowadzenie debat o prawie i sprawiedliwości z salonów filozofii prawa i sal sądowych — dających choćby minimalną spójność języka toczonego tam dyskursu — niejako „na ulicę" pozwoli być może na lepszą społeczną identyfikację z prawem, jednak, jak można sądzić, ze znacznie mniejszą szansą na lepszą społeczną zgodę co do rezultatów takich debat. Autentyczny spór oparty na skonfliktowanych interesach, jeżeli chcemy mieć nadzieję na jego rozstrzygnięcie, domaga się jakiejś metareguły lub co najmniej wspólnego idiomu. W przeciwnym razie nawet dość prosty od strony prawnej spór może się zamienić w niemożliwy do rozstrzygnięcia konflikt polityczny, ekonomiczny czy kulturowy ufundowany na niewspółmiernych dyskursach[56]. Powstanie wtedy dość oczywiste pytanie, a mianowicie: po co właściwie mamy prawo, prawoznawstwo i prawników? Chyba że zgodzimy się na to, że dostępne prawodawcom i prawnikom reguły dyskursów są jedynie formami ich zawodowego, zbiorowego „świata życia" i nie kryje się za tym żadna rola społeczna.

56 J.-F. Lyotard nazywa to „zatargiem" (*différend*), J.-F. Lyotard, *Le Différend*, Paris 1983; zob. także A. Burzyńska, *Postmoderna: pomiędzy wieżą Babel a Biblioteką Babel*, [w:] *Postmodernizm. Teksty polskich autorów*, red. M.A. Potocka, Kraków 2003, s. 65.

Czy koniec teorii prawa?*

Za pytaniem tym kryje się presupozycja, iż było coś takiego, co możemy nazwać lub nazywaliśmy „(polską) teorią prawa", co miało się przynajmniej względnie dobrze, ale przyszedł nowy czas lub jakiś inny zespół okoliczności uległ zmianie i dobre egzystowanie teorii prawa skończyło się bądź przynajmniej jest dziś poważnie zagrożone. Możliwa jest jednak i inna diagnoza: być może teoria prawa była dotknięta syndromem kryzysu od samego początku, budując programy — niektóre z nich mogą skłaniać do takiego wniosku — na które nie było społecznego zapotrzebowania. Mówiąc o zapotrzebowaniu, mamy na myśli przede wszystkim dogmatykę prawa i zawodową praktykę prawniczą.

Pierwszy element tej presupozycji (przekonanie co do obecności w prawniczej praktyce akademickiej „teorii prawa") sam w sobie mógłby stać się przedmiotem debaty i, jak wiadomo, istotnie tak było. Jerzy Stelmach, charakteryzując mit założycielski dziewiętnastowiecznej filozofii pozytywistycznej, pisał w odniesieniu do prawoznawstwa o poszukiwaniu „metody pozwalającej na budowę prawdziwie naukowej teorii prawa, wolnej od metafizyki, formułującej dające się zweryfikować twierdzenia"[1]. Ucieczka od wcześniejszej, spekulatywnej filozofii i prawa stała się inspiracją budowy „naukowego" programu badawczego, dla którego legitymacją miała być właśnie „teoria prawa". Mit fundujący filozofię pozytywizmu dobrze wpisał się w aspiracje środowiska prawniczego, mającego na celu uczynienie z ówczesnej jurysprudencji nauki realizującej ideę konstruowania „metody prawniczej" jako oręża walki

---

* Tekst pierwotnie opublikowany w: „Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo" 312, 2011, s. 13–39 (we współautorstwie ze Z. Pulką i A. Sulikowskim).

W niniejszym wydaniu wprowadzono skróty redakcyjne, oznaczone każdorazowo symbolem wielokropka w nawiasie kwadratowym: [...] (przyp. red.).

1 J. Stelmach, *Spór o metodę we współczesnej nauce ogólnej o prawie*, [w:] *Prawo i polityka*, Warszawa 1988, s. 283.

z tezą o przypadkowości i intuicyjności refleksji prawniczej (Kirchmann, Hutcheson)[2]. Obecnie zapytać możemy, czy już od początku mieliśmy (mamy) do czynienia tylko z nieracjonalnym mitem, czy też może był to wyraz rozsądnych oczekiwań, które po prostu dzisiaj — być może przejściowo — mają mniej zwolenników.

W filozofii pozytywistycznej znaleźć można jeszcze drugą, również doniosłą dla teorii prawa, ideę, a mianowicie ideę naukowego uniwersalizmu. Zasada uniwersalizmu domaga się identyfikacji jakiegoś jednego, prymarnego wzorca dla rozlicznych, zastanych praktyk naukowych. Nauki przyrodnicze badające fakty, zaopatrzone w odpowiednie analityczne narzędzia (zasoby pojęć ugruntowane w matematyce czy lingwistyce), stały się także dla prawoznawstwa wzorcem aspirującym do spełniania tego drugiego oczekiwania, to jest idei budowania jednej „teorii prawa". Wątpliwości dotyczyły zarówno tego, czy w ogóle podejmowana w prawoznawstwie problematyka badawcza ma cechy teorii w znaczeniu metodologicznym[3], jak i tego — jeśli przejść obok tej wątpliwości — czy zasada dopuszczająca łączenie w ramach jakiegoś „jednego programu" badań empirycznych i analitycznych ma sens[4]. Tego rodzaju dystynkcja jest konieczna, jednak wydaje się, że wzorowany na naukach przyrodniczych model relacji pomiędzy przedmiotem (badanie faktów) i konstruowaniem naukowych narzędzi ich opisu i wyjaśniania (język teorii) nie był możliwy do powielenia na gruncie prawoznawstwa. Rola przypisywana zazwyczaj filozofii analitycznej wobec nauk przyrodniczych była jawnie subsydiarna. Nie służyła budowaniu jakiegoś alternatywnego czy choćby uzupełniającego obrazu świata, wobec tego który ukazywały nauki empiryczne (w tym sensie filozofia analityczna nigdy nie dysponowała własnym przedmiotem badań). Analityka miała bowiem przede wszystkim krytyczny charakter, to jest była narzędziem porządkowania języka opisu faktów i dyskursu toczonego w ramach nauk przyrodniczych[5]. Pod tym względem prawoznawstwo ukształtowane w kulturze prawa stanowionego bliższe było językoznawstwu, dla którego język dopiero

2 Zob. J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze*, Kraków 2004, s. 11–12.

3 J. Woleński twierdził, że aktywność zawodowa uprawiana w ramach dyscypliny określane jako „teoria prawa" niewiele ma wspólnego z „teorią naukową w sensie metodologicznym" — J. Woleński, *Możliwe światy teorii prawa*, [w:] *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, red. S. Wronkowska, M. Zieliński, Poznań 1990, s. 28–29.

4 J. Woleński, *Empiricism, theory, and speculation in the general study of the law*, „Archivum Iuridicum Cracoviense" 3, 1970, s. 38.

5 „Jedność filozofii analitycznej nadaje nie specyficzny dla niej przedmiot, gdyż takiego nie ma, lecz metoda analizy, która nie prowadzi do odkrycia nowych prawd o świecie, lecz rozjaśnia to, co już o świecie skądinąd wiemy", T. Szubka, *Filozofia analityczna. Koncepcje, metody, ograniczenia*, Wrocław 2009, s. 21.

wtórnie jest narzędziem komunikacji, a przede wszystkim jest szczególnego rodzaju, względnie autonomicznym przedmiotem badań, ewokującym własne problemy syntaktyczne i semantyczne. Analityczna teoria prawa dysponowała zatem własnym przedmiotem badawczym (język prawny) i dopiero na tym gruncie mogła mieć do czynienia z problemami typowymi dla filozofii analitycznej, a dyktowanymi potrzebą porządkowania „własnego" języka. Trudno zatem mówić o jednym „programie" czy nawet wspólnych dla teorii prawa „programach badawczych" — a jeżeli już, to należałoby odrębnie ujmować przedsięwzięcia realizowane w ramach empirycznej i analitycznej teorii prawa[6].

Takie też podejście prezentuje niniejszy tekst. [...]

1. Czy kryzys analitycznej teorii prawa?

Badania analityczne zdominowały polską teorię prawa, co tłumaczyć można uwarunkowaniami kulturowymi (rola prawa stanowionego, rzutująca na pojmowanie normy prawnej jako wypowiedzi językowej), polską tradycją uprawiania nauki, w tym także ukształtowanymi w niej, uznanymi wzorcami nauki neutralnej światopoglądowo (wpływ szkoły lwowsko-warszawskiej, stwarzającej przez długie lata alternatywę dla ideologii marksistowskiej)[7], czy wreszcie względami logiki bądź procedury badawczej (prymat prawniczych badań językowych jako narzędzia niezbędnego do identyfikacji zjawisk prawnych w ich wymiarze

6 K. Opałek początkowo separuje „empiryczną teorię prawa" i „analityczną filozofię prawa" — obok „jurysprudencji ogólnej" — zauważając, że w późniejszym okresie „teoria prawa uznała potrzebę studiów analitycznych", a dzisiaj wszystkie te trzy terminy są nieostre w swoim znaczeniu i „panuje zamieszanie" z ich użyciem; K. Opałek, *Zagadnienia teorii prawa i teorii polityki*, Warszawa 1983, s. 64 i n. Ostatecznie jednak Opałek w cytowanej pracy wprowadza rozróżnienie referowanej przez siebie materii odwołujące się wprost do podziału na „analityczne i empiryczne teorie prawa", *ibidem*, s. 79 i n. W sposób jeszcze bardziej oczywisty podział ten wystąpił u Zygmunta Ziembińskiego, który część pracy *Budowa teorii zjawisk prawnych* podzielił na część „zjawiska prawne w ich aspekcie językowym" oraz „zjawiska prawne w ich aspekcie realnym". Zob. Z. Ziembiński, *Metodologiczne zagadnienia prawoznawstwa*, Warszawa 1974, s. 197 i n. Najmocniej myśl tę formułuje J. Woleński, stwierdzając, iż prawnicze badania empiryczne „w sensie niemetaforycznym" mogą pojawiać się tylko w ramach socjologii prawa, J. Woleński, *Empiricism, theory, and speculation in the general study of the law*, s. 38, 41.

7 „W Polsce pozytywizm prawniczy [dodajmy, przede wszystkim w wersji tak zwanej wyrafinowanej — przyp. autorów] odegrał [...] rolę doktryny, która chroniła po wojnie kształcenie prawników przed nadmierną ideologizacją. Pozytywizm jako metoda oferuje bowiem przekonanie o autonomii prawa, jego niezależności wobec zjawisk politycznych i ekonomicznych [...]. Pozytywizm, przynajmniej w sensie metodologicznym, wykształcił zatem wzór prawnika, który bez trudu dał się zastosować również w koncepcji państwa prawnego", M. Zirk-Sadowski, *Uczestniczenie prawników w kulturze*, „Państwo i Prawo" 2002, z. 9, s. 6–7.

realnym)[8]. Następstwem dominacji w polskiej ogólnej nauce o prawie opracowań z zakresu analitycznej teorii prawa było wyraźne „odsunięcie się" empirycznych badań nad prawem od teorii prawa w stronę socjologii prawa (pojmowanych jako dyscypliny badawcze). Tendencje emancypacyjne każdej z tych perspektyw badania prawa (w przypadku analitycznej teorii prawa znaczący był także impuls ze strony dogmatyki prawa) doprowadziły w polskich warunkach do swoistego zawłaszczenia terminu „teoria prawa" przez nurt badań analitycznych[9]. W tej sytuacji pytanie o „koniec" czy „kryzys teorii prawa" w następstwie zasygnalizowanych tu procesów kojarzone jest (takie są przynajmniej przekonania piszących te słowa) przede wszystkim z analityczną teorią prawa. To w tym właśnie obszarze twierdzić można, że bezspornie „było coś takiego" jak polska teoria prawa. Jej znakomite tradycje filozoficzne, znaczące sukcesy badawcze, przez wiele lat kształtujące dobre wzory uprawiania ogólnej nauki o prawie — identyfikowane z nazwiskami wielu wybitnych przedstawicieli tego nurtu (Z. Ziembiński, J. Wróblewski, K. Opałek, W. Lang, J. Woleński, W. Patryas) — uzasadniają, aby przede wszystkim do dorobku naukowego tej części nauki prawa odnieść postawione w tytule pytanie. Czyniąc tego rodzaju zastrzeżenie, ograniczające dziedzinę naszej diagnozy do nurtu analitycznego polskiej teorii prawa, w jakiejś mierze, *nolens volens*, opowiadamy się przeciwko wspomnianej idei pozytywistycznego uniwersalizmu w naszym prawniczym wymiarze, to jest przeciwko idei „jednej teorii prawa"[10].

---

8 Jak pisze Z. Ziembiński, „niemożliwe jest określenie czegokolwiek jako zjawiska prawnego [...] bez odniesienia tego, o czym się w danym przypadku mówi, do norm prawnych jakiegoś systemu, tak czy inaczej słownie sformułowanych [...]", i dalej: „badania nad aspektem realnym zakładają w sposób jawny czy ukryty odniesienie do rozstrzygnięć, jakie wypowiedzi są normami prawnymi rozważanego systemu prawnego", Z. Ziembiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 78–79.

9 Pomijam znane kontrowersje związane ze statusem socjologii prawa, jej związkami z empiryczną „teorią prawa" czy „socjologią ogólną" (zob. na przykład A. Kozak, *Socjologia prawa*, [w:] *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, red. A. Bator, Warszawa 2010, s. 80 i n.). Z. Ziembiński pisze, że „w takim systemie nauk prawnych, w którym nie wyodrębnia się wyraźnie teoria prawa obejmująca swymi badaniami zjawiska prawne w ich aspekcie społecznym, znaleźć się musi miejsce dla socjologii prawa jako odrębnej nauki samoistnej" (*Problemy podstawowe prawoznawstwa*, s. 68). Jest symptomatyczne, że na przykład K. Opałek jeszcze w pracy *Zagadnienia teorii prawa i teorii polityki* (1983) poświęca dość znaczące partie zagadnieniom empirycznym i wprost posługuje się pojęciem empirycznej teorii prawa. W pracy *Prawo. Metodologia, filozofia, teoria prawa* (1991) pojęcie to już zanika, a problematyka empiryczna została zmonopolizowana przez standardowe kwestie analityczno-prawne. Z kolei na przykład J. Stelmach i B. Brożek (*Metody prawnicze*) pośród tak zwanych metod prawniczych jako jedyną, zbliżoną do empirycznej teorii prawa, wymieniają „ekonomiczną analizę prawa", sytuując ją zresztą w rozdziale *Analiza* obok „analizy lingwistycznej" (*ibidem*, s. 135 i n.).

10 Mit ten ma także swój drugi wymiar, związany z ideą integrowania szczegółowych nauk prawnych przy udziale analitycznej teorii prawa. Dyskusje wokół uniwersalnego *vs* partykularnego charakteru wykładni prawa (zob. na przykład *Lokalny a uniwersalny charakter interpretacji*

Pytanie o ocenę dorobku polskiej analitycznej teorii prawa — przy całej złożoności tego, co w ogóle można (powinno się) nazywać analitycznością czy metodą analityczną[11], a co z konieczności musimy tu pominąć — upraszczając, daje się, jak można sądzić, sprowadzić do dwóch perspektyw: po pierwsze, do pytania o programy budowania „teorii zjawisk prawnych" w ich aspekcie językowym (przedmiotowym) oraz, po drugie, pytania o metodę lub metodologię badań prawniczych czy, w węższym rozumieniu, prawnicze pojęcia-narzędzia służące do porządkowania zastanego „prawniczego świata" (doktrynalne porządkowanie języka prawnego i prawniczego, dyktowane wymogami metodologii naukowej, ekstrapolacja „lokalnych" twierdzeń o języku prawniczym na grunt lingwistyki). Pierwsza perspektywa — choć nigdy jasno nie zostało to wyeksponowane zdawała się wpisywać w oświeceniową ideę rozwiązywania problemów języka naturalnego poprzez budowę uniwersalnego języka nauki wzorowanego zazwyczaj na matematyce (Leibniz, Kartezjusz) lub fizyce (Carnap). Pod tym względem polska teoria prawa lokowała się bliżej kontynentalnego nurtu filozofii analitycznej, tylko okazjonalnie (częściej w okresie późniejszym, pod wpływem dorobku Herberta Harta) korzystając z inspiracji szkoły języka potocznego, której z założenia programy tego rodzaju były obce. Pierwsza z tych perspektyw nigdy nie przekroczyła granic enigmatycznie odnotowywanego postulatu „budowania teorii zjawisk prawnych" — w tym również w ich „aspekcie językowym"[12] — i to nie tylko za sprawą braku inspirujących

prawniczej, red. P. Kaczmarek, Wrocław 2009; M. Safjan, *Uniwersalizacja wykładni prawa*, [w:] *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, Szczecin 2010) czy kwestia jednolitego, gałęziowego pojmowania poszczególnych pojęć prawniczych — choćby pojęcia kompetencji (zob. na przykład Z. Ziembiński, *O zawiłościach związanych z pojmowaniem kompetencji*, „Państwo i Prawo" 1991, z. 4; A. Bator, *Integracja prawoznawstwa a rozumienie kompetencji w szczegółowych naukach prawnych*, [w:] *Kompetencja ze stanowiska teorii prawa*, red. W. Jedlecka, Wrocław 2004) są tylko szczególnymi przykładami tego sporu. Zasadnicza dyskusja wokół miejsca teorii prawa w prawoznawstwie zainicjowana została w Polsce wydaniem pierwszego podręcznika teorii prawa K. Opałka i J. Wróblewskiego, *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969. Obszerna lista uczestników tego sporu przedstawiona jest w pracy *Użycie normy prawnej w regulacji stosunków gospodarczych*, Wrocław 2000, rozdział 1, przypis 10.

11 Możliwe stanowiska obszernie referują J. Stelmach i B. Brożek, *Metody prawnicze*, s. 103 i n.

12 Por. na przykład Z. Ziembiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, s. 53. Zadaniem budowanej przez Ziembińskiego teorii prawa, pojmowanej jako dyscyplina naukowa, było „stworzyć teorię zjawisk prawnych — systemu twierdzeń, które rejestrowałyby i wyjaśniały wszelkie zjawiska związane z istnieniem i przemianami prawa. Przez zjawisko prawne rozumiał przy tym Zygmunt Ziembiński wytwarzanie się w określonym układzie społecznym pewnego tworu kulturowego — norm postępowania — dającego się zarejestrować jako zespół wypowiedzi dyrektywalnych" (S. Wronkowska, *Przedmowa,* [w:] Z *teorii i filozofii prawa Zygmunta Ziembińskiego*, red. S. Wronkowska, Warszawa 2007, s. XI). Ziembiński zbudował podstawy metodologiczne umożliwiające „stworzenie teorii zjawisk prawnych". Zaproponował i uzasadnił na podstawie dorobku współczesnej nauki o języku zespół analitycznych narzędzi badawczych,

sukcesów w realizacji takiego programu po stronie ogólnej teorii języka, ale najprawdopodobniej dlatego, że nie było po stronie nauki i praktyki prawniczej zapotrzebowania na takie programy[13].

Jedynym, jak można sądzić, aczkolwiek bardzo znaczącym wyjątkiem są mnożące się współcześnie propozycje nowych logik normatywnych. Wielość tych projektów[14] może z jednej strony, mając na względzie aktywność „życia naukowego" w tym obszarze, służyć za dowód rozwoju badań nad formalizacją języka prawnego, z drugiej zaś, niekonkluzywność tych propozycji, brak ich wzajemnej koherencji, a także kreowanie coraz bardziej skomplikowanych procedur stosowania norm prawnych powodują, że idea prostoty leżąca u podstaw wszelakich formalizacji wyraźnie się tu gubi. Każda następna propozycja nowej logiki, rozwiązując jakiś zastany problem, zwykle mnoży inne, które z kolei otwierają drogę następnym projektom. Choć samo środowisko naukowe na stan taki zapewne nie będzie narzekać (nazwanie go „kryzysem" byłoby niestosowne), to już ci, którzy oczekiwaliby wyników adekwatnych do potrzeb praktyki prawniczej, zapewne zadowolenia ze współczesnych poszukiwań w tej dziedzinie raczej nie będą podzielać.

Niewątpliwie zawsze dostrzegana była potrzeba analizy poszczególnych pojęć języka praktyki i nauki prawa, inspirowana trudnościami i wątpliwościami powstającymi po stronie dogmatyki prawa (choć, dodajmy, proponowane przez teorię prawa rozwiązania nie zawsze były przyjmowane z entuzjazmem przez środowiska nauk szczegółowych[15]). Rola teorii prawa zwykle sprowadzała się do porządkowania

---

wśród których zasadniczą rolę odgrywało wyróżnienie norm prawnych i przepisów prawnych, norm kompetencyjnych i merytorycznych oraz szczególnych relacji pomiędzy nimi w ramach systemu prawa (zob. S. Wronkowska, *Przedmowa*, s. XII). W naszej ocenie nie była to jednak pojmowana apragmatycznie „teoria zjawisk prawnych" (zespół twierdzeń „rejestrujących i wyjaśniających wszelkie zjawiska związane z istnieniem i przemianami prawa"), lecz pewien zestaw prawniczych założeń badawczych, znakomicie nadających się do budowania takiej teorii. Z tych powodów dorobek Ziembińskiego oraz całej poznańskiej szkoły teorii prawa, naszym zdaniem, powinien być identyfikowany z drugą spośród dwóch wyróżnionych wyżej perspektyw.

13 P. Kamela, *Teoria prawa a filozofia prawa*, „Kwartalnik Prawa Publicznego" 6, 2006, nr 4, s. 213. Wydaje się, że można wskazać jedynie na pewne próby budowania takiego języka w obrębie określonych grup problemowych, „tematów" prawniczych, jak na przykład system prawa („modele systemu prawa" J. Wróblewskiego), interpretacja prawnicza (idealizacyjny model wykładni L. Nowaka) czy normy prawnej (W. Patryasa analiza struktury norm na podstawie lingwistycznej koncepcji gramatyk transformacyjno-generatywnych). Drugi i trzeci przykład mają charakter wyraźnej implantacji na potrzeby analiz prawniczych elementów języka wypracowanych na zewnątrz prawoznawstwa.

14 Ich wykaz oraz krótkie streszczenie daje praca J. Stelmacha i B. Brożka, *Metody prawnicze*, rozdział 2.

15 Przykładem może być niechęć części środowiska szczegółowych nauk prawnych do akceptacji proponowanej przez teorię prawa konstrukcji kompetencji i normy kompetencyjnej; por. na przykład A. Szpunar, *Udzielenie pełnomocnictwa*, „Przegląd Sądowy" 1993, z. 9; T. Rabska, *W poszukiwaniu pojęcia „kompetencji prawodawczej" organów administracji państwowej*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo" 143, 1985, s. 268.

(systematyzującego uogólnienia, konceptualizacji, w tym przede wszystkim weryfikacji intuicyjnie przyjmowanego rozumienia) pojęć używanych przez szczegółowe dyscypliny prawoznawstwa. Uwidaczniający się związek ogólnej nauki o prawie z własną dogmatyką można uznać za dowód na naukowy charakter analitycznej teorii prawa, a nawet za warunek jej społecznego bytu[16]. W ramach tej perspektywy postrzegania teorii prawa nie może już być mowy o żadnym „programie badawczym", a jedynie o działalności, która — głównie za sprawą narzędzi logicznych i językoznawczych — ma rozjaśniać i uściślać koncepcje i inne pomysły pojęciowe formułowane (zastane) w nauce i życiu potocznym.

Filozofia analityczna jest działalnością „typowo akademicką, która nie rości sobie pretensji do bezpośredniego oddziaływania na życie społeczne i polityczne [...] i ma być z założenia światopoglądowo i praktycznie neutralna"[17]. Aktywność ta nie miała służyć celom opisowym, realizowali ją przede wszystkim ci, którzy „filozofię aktywnie uprawiali i starali się ją zreformować. Z tego powodu termin »filozofia analityczna« miał od samego początku wymiar normatywny: oznaczał filozofię uprawianą we właściwy sposób, tzn. przestrzegającą rygorów metodologicznych, dającą poznawczo najlepsze rezultaty"[18].

W duchu Fregego można by do tego dodać, że jedyna droga do poprawnego myślenia miała prowadzić przez analizę języka[19]. Tego rodzaju ogólna charakterystyka, w odniesieniu do prawoznawstwa, wymagałaby tylko zastrzeżenia uwzględniającego dość złożoną relację (wzajemne oddziaływanie) pomiędzy prawniczymi językami nauki i praktyki, co powodować powinno daleko ostrożniejszy pogląd w kwestii praktycznej neutralności analitycznej teorii prawa. W odniesieniu do tak ujętej roli (prawniczej) „filozofii analitycznej" program analizy rekonstrukcjonistycznej okazywał się szczególnie pomocny, a rezultaty jego zastosowania można, jak się wydaje, uznać za najbardziej reprezentatywny składnik dorobku polskiej analitycznej teorii prawa[20].

---

16 „Termin »analityczna« [...] oznacza filozofię, której sposób uprawiania ma być jak najbardziej zbliżony do sposobu uprawiania nauk szczegółowych, czyli filozofię naukową", T. Szubka, *Filozofia analityczna*, s. 26. Brak własnego przedmiotu filozofii analitycznej (zob. przypis 5) prowadzi do wniosku, iż także analityczna teoria prawa jest w istocie metodologią badań prawniczych, a swoistego „przedmiotu" (problemów) dostarczają jej nauki szczegółowe. W tym sensie teoria prawa nie jest w stanie egzystować bez szczegółowych nauk prawnych.

17 *Ibidem*, s. 27.

18 *Ibidem*.

19 Ta teza metodologiczna Gottloba Fregego uchodzi, zdaniem Michaela Dummetta, za „fundamentalny aksjomat filozofii analitycznej", M. Dummett, *Origins of Analitical Philosophy*, London 1993, s. 128.

20 Identyfikację z taką właśnie rolą teorii prawa dobrze oddają już same tytuły prac Ziembińskiego: *O nieporozumieniach* (dotyczących tak zwanych „norm zezwalających"), *O czym mówią prawnicy* (gdy mówią o ocenach), *O zawiłościach związanych* (z pojmowaniem kompetencji),

Mówienie o „końcu" czy „kryzysie" ogólnej nauki o prawie wymaga odróżniania zarysowanych wyżej dwóch ujęć analitycznej teorii prawa. Wydaje się, że pierwszego z nich — zorientowanego na budowanie „programów" uniwersalnej prawniczej metody badawczej wzorowanej na logice lub lingwistyce — nie można oceniać jako wyrazu kryzysu analitycznej teorii prawa. Po pierwsze, dlatego że nie osiągnięto tu sukcesów, które następnie można by oceniać w kategoriach końca czy kryzysu. Idea ojców założycieli metodologicznego naturalizmu zbudowania uniwersalnego języka nauki, wolnego od intuicji i przypadkowości narzędzia badania faktów, nie powiodła się, a w przypadku prawniczej mikroskali w zasadzie nie została nawet podjęta. Po drugie, wspomniane bogactwo logik normatywnych nie jest adekwatnym odniesieniem do postawionego pytania, gdyż nie są to badania nad prawem przy użyciu metod logicznych, ale dopiero poszukiwania narzędzi odpowiednich do takiej analizy. Tam, gdzie problemy prawne dają się w ogóle wiązać z badaniami logicznymi, związek ten zazwyczaj polega na tym, że to prawo i prawoznawstwo dostarczają inspiracji, są źródłem kłopotliwych pytań, bywa, iż niemożliwych do rozstrzygnięcia na gruncie logiki klasycznej i zmuszających do poszukiwania logik alternatywnych[21]. W tym sensie przywoływanie rozlicznych koncepcji logik nieklasycznych nie może uchodzić za wyraz realizacji jakiegoś programu badawczego z dziedziny analitycznej teorii prawa. Nie wydaje się, aby w logikach tych było coś więcej aniżeli konceptualizacja prawniczych (teoretycznoprawnych) intuicji o zaistniałych bądź możliwych sytuacjach prawnych i konstytuujących je elementach (normach, czynach). Jest to sytuacja bardzo podobna do tej, którą scharakteryzowaliśmy wcześniej, określając relację pomiędzy teorią prawa i naukami szczegółowymi. Współczesne dylematy logiczne, nawet jeśli są inspirowane kwestiami prawniczymi, należałoby raczej wpisać w ewentualną dyskusję o „kryzysie logiki", a nie teorii prawa.

Wydaje się natomiast, że zasadnie postawione jest pytanie o kryzys prawniczych badań analitycznych w drugim z wyodrębnionych nurtów, to jest zamierzeniu polegającym na klaryfikacji na poziomie ogólnej

Rodzaje sporów (w prawoznawstwie), *W sprawie elementarnego wykładu* (o wykładni), *Próba uporządkowania* (podstawowego słownictwa prawniczego), *Ogólne pojęcie znaku* (a problem prawoznawstwa), *O pojmowaniu* (celu, zadania, roli i funkcji prawa), *Kilka uwag metodologicznych* (o koncepcjach źródeł prawa), *O metodzie analizowania* (stosunku prawnego), *Podstawy sporów* (o „luki w prawie"). Stanowisko samego autora można znaleźć w pracy: Z. Ziembiński, *Deskrypcjonistyczna i rekonstrukcjonistyczna analiza języka w prawoznawstwie*, „Studia Prawnicze" 1985, nr 3–4. W polskiej teorii prawa za programem rekonstrukcjonistycznym opowiadali się przede wszystkim J. Woleński i W. Patryas.

21 Zob. J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze*, s. 83.

teorii prawa poszczególnych, zastanych pojęć języka nauki i praktyki prawniczej. Poszukiwania uniwersalnej (użytecznej dla wszystkich gałęzi prawa i dyscyplin prawniczych) koncepcji wykładni prawa, modelu systemu prawa, językowej konstrukcji normy prawnej czy kompetencji prawnej mogą uchodzić za typowe, z sukcesem zrealizowane, naukowe przedsięwzięcia, wobec których można dzisiaj stawiać pytanie o ich kryzys (mniejszą obecnie atrakcyjność tego typu problematyki).

Diagnozowanie kryzysu ilością odwołań do określonej literatury, w tym przypadku słabnącym wykorzystywaniem dorobku „polskich klasyków" w pracach młodszego pokolenia teoretyków prawa, nie jest jeszcze argumentem dowodzącym kryzysu, a tym bardziej końca teorii prawa. Poza naukową modą (która jest czynnikiem niedocenianym, choć z natury rzeczy przejściowym) tym, co powoduje zauważalne „cofnięcie się" tradycyjnych badań analitycznych, jest wyraźny napór ze strony teorii argumentacyjno-komunikacyjnych (teorie dyskursu budowane na pragmatycznym wymiarze języka), zauważalny powrót tradycyjnych problemów filozoficznych (ontologia i aksjologia koncepcji jusnaturalistycznych) czy dziś już coraz mniej lekceważony wpływ myślenia ponowoczesnego. Innymi słowy, w nauce prawa mamy do czynienia z przypływem tego, co analityczny odłam filozofów nazywał filozofią spekulatywną, w reakcji na którą, jak wiadomo, nastąpił w XX wieku bujny rozwój analitycznych metod badawczych, w tym także w prawoznawstwie.

[...]

2. Druga odpowiedź na kryzys: „nowy styl" analitycznej teorii prawa

Przedstawione wyżej tendencje można uznać tyleż za wyraz kryzysu teorii prawa (jak na razie mniejsze zapotrzebowanie na pewien typ prac), co za dowód na potencjalną nieodzowność korzystania z metod analitycznych, a tym samym również za dobrą prognozę na przyszłość (odrzucenie tradycyjnych rygorów języka nauki, argumentacyjne łamanie granic pomiędzy nauką, filozofią, polityką i literaturą otwiera perspektywy przed przyszłą krytyczną teorią języka). Niewykluczone zatem, że gdy opadnie kurz po niektórych dzisiaj chętnie dyskutowanych prawniczych „koncepcjach" i „filozofiach", analityczna teoria prawa może mieć sporo do posprzątania. Scjentyzm analitycznej metody badawczej był i jest uzasadniany potrzebą terapii. Pytanie jest tylko, czy, i ewentualnie kiedy, pewien stan nauki zdiagnozujemy jako zasługujący

na analityczną terapię. Na razie nie to wydaje się najważniejsze. Antycypowanie prostej restauracji analitycznej teorii prawa byłoby obecnie tylko spekulacją. Bierne oczekiwanie na tak zwane lepsze czasy mogłoby bowiem oznaczać, że źródła kryzysu sytuujemy w niesprzyjającym społecznym kontekście uprawiania nauki („czasy ponowoczesne", przemijające mody i maniery naukowe), a nie w samej nauce. Tymczasem większą wartość miałby postulat, aby — znana ze swej funkcji krytycznej — analityczna teoria prawa wykonała jakiś gest na rzecz ewentualnej autokrytyki. Istotniejsze zatem wydaje się pytanie, czy teoria prawa ma zdolność reagowania na obecną sytuację kryzysową. Naszym zdaniem możliwości takie są, a można wręcz twierdzić, że podejmowane są udane próby. Jak podpowiada metodologia naukowa, reakcje na kryzys w obrębie nauki (jakiegoś jej zastanego paradygmatu) bywają dwojakie: cierpliwość i mocne przekonanie, że problemy nauki i sposoby ich rozwiązywania są uniwersalne (ahistoryczne); społeczne zapotrzebowanie na pewne pytania może się co prawda zmieniać, ale odpowiedzi są już gotowe, gdyż wynikają z przyjętych wcześniej aksjomatów (definicji, dobranego systemu pojęć)[22]. To właśnie w ramach takiego podejścia filozofii analitycznej przypisuje się charakter normatywny (ignoruje się tu heurystyczny walor faktów i uzusów, a zadaniem nauki jest ich korygowanie w następstwie stosowania pewnego ciągu procedur na podstawie przyjętych aksjomatów). Rzeczywistość nie jest w stanie zmienić lub odrzucić jakiejkolwiek teorii i jest zawsze udanym potwierdzeniem jej eksplikatywnych walorów (są oczywiście jeszcze takie fakty, które nie wchodzą w dziedzinę danej teorii, ale tymi teoria się po prostu nie interesuje[23]). Takiej teorii nie da się obalić, może jedynie z czasem się okazać, że faktów, które taka teoria wyjaśnia, jest coraz mniej i staje się ona bardziej figurą stylistyczną niż użytecznym dla kogokolwiek zbiorem twierdzeń. Zwykle po jakimś czasie teoria taka zderza się z nowym zespołem aksjomatów — bardziej adekwatnych wobec określonej dziedziny czy też z innych powodów bardziej przekonujących (atrakcyjnych) dla środowiska naukowego — i powoduje przejście do historii teorii dotychczasowej (a to, że teorie analityczne „nie znają" historii, oznacza *de facto* koniec jej naukowego bytowania). Można to nazwać zmianą paradygmatu lub, jeśli mamy skłonność do emfazy, nawet rewolucją

22 Podejście takie określane bywa jako fundacjonizm (zob. na przykład K. Wojtowicz, *O filozofii matematyki Imre Lakatosa*, „Roczniki Filozoficzne" 55, 2007, nr 1). Sam Lakatos określa je jako „formalizm" bądź styl „deduktywistyczny" — zob. I. Lakatos, *Dowody i refutacje. Logika odkrycia naukowego*, Warszawa 2005, s. 19, 216 i n.

23 To „teoria kreuje swój przedmiot, a nie odwrotnie", J. Woleński, *Spór o status metodologiczny nauki o polityce*, s. 40.

naukową. W ramach takiego zdogmatyzowanego stylu uprawiania nauki autorzy i zwolennicy teorii dotychczasowych zazwyczaj ignorują i lekceważą założenia nowego podejścia badawczego, a następnie wykazują skłonność do desperackich aktów obrony — bywa, że jedynego znanego im sposobu uprawiania nauki. Alternatywną reakcją na kryzys może być postawa, którą Imre Lakatos w odniesieniu do matematyki (uznawanej, jak wiadomo, za wzorzec uprawiania badań analitycznych) określił jako styl nieformalny lub heurystyczny[24]. Jak twierdził, w tym, co zazwyczaj uważa się za „teorie", daje się wyodrębnić dwa składniki: wspólne dla danej teorii podstawowe idee, stanowiące jej twardy rdzeń (*hard core*), oraz pełniące rolę swoistego pasa ochronnego danej teorii „hipotezy pomocnicze". Cechą formalizmu było skupienie się na obronie rdzenia danej teorii, a co za tym idzie, unikanie aplikacji i adaptacji twierdzeń teorii, gdyż mogłoby to prowadzić do modyfikacji, a nawet odrzucenia (falsyfikacji) teorii. Dogmatyzm tego rodzaju wiązał się zatem ze skłonnością do ignorowania argumentów empirycznych i praktycznych, a w sytuacji kryzysu (jawnej nieadekwatności teorii wobec tych argumentów), dążył do wyłonienia kolejnej formy „zapewniającej prawdziwą ścisłość i ostateczne podstawy, przywracając tym samym obraz autorytatywnej, niezawodnej i niepodważalnej matematyki"[25] Tymczasem hipotezy pomocnicze mogą znakomicie bronić teorie przed falsyfikacją, jednak pod warunkiem, że wykaże się ich zdolność odkrywania i porządkowania nowych faktów, ich otwartość na nieznane wcześniej argumenty i sytuacje. Nie jest zatem tak, jak to sobie wyobrażał Karl Popper, że teoretyk proponuje dowolną teorię, a rzeczywistość po prostu zgłasza swoje weto. Jest raczej tak, że przedłożonej teorii rzeczywistość (praktyka społeczna) odpowiada: to jest nieadekwatne, niespójne, a może tylko niejasne, a zatem — albo wykaż, poprzez zbudowanie hipotez pomocniczych, że dana teoria ma jednak odpowiedzi na oczekiwania praktyki, a wymaga to jedynie pewnych zabiegów adaptacyjnych (budujemy wtedy swoisty „pas ochronny" dla teorii), albo jeżeli nie potrafisz tego wykazać, to ją zmodyfikuj, dostosowując aksjomaty składające się na rdzeń teorii do nowych wyzwań[26]. Wydaje się, że w polskiej teorii prawa ostatnich lat można znaleźć przykłady, wobec których da się zastosować zaproponowany wyżej język analizy metodologicznej, a tym samym pokazać, że w warunkach pytań i roszczeń zgłaszanych ze strony praktyki prawniczej i szczegółowych

24 I. Lakatos, *Dowody i refutacje.*

25 *Ibidem*, s. 22.

26 Postępowania te kształtowane są przez trzy reguły składające się na proponowaną przez Lakatosa metodę d o w o d u i r e f u t a c j i, *ibidem*, s. 87–88.

nauk prawnych możliwa jest adaptacja (ewentualnie modyfikacja) twierdzeń pierwotnie konstruowanych w stylu zbliżonym do formalizmu. Mamy tu na uwadze derywacyjną koncepcję wykładni prawa oraz koncepcję kompetencji i normy kompetencyjnej — wiodące składniki dorobku poznańskiego ośrodka teorii i filozofii prawa, w tym przede wszystkim Zygmunta Ziembińskiego i Macieja Zielińskiego. Każda z tych wielce wpływowych w naszej teorii prawa koncepcji wymagałaby oczywiście bardziej wnikliwego omówienia z zaproponowanego punktu widzenia, aniżeli pozwalają na to ramy niniejszego tekstu. Jeśli wziąć za podstawę charakterystyki wykładni derywacyjnej tezy zaproponowane w 1984 roku przez Krzysztofa Płeszkę i Tomasza Gizberta-Studnickiego[27], to nasuwa się wniosek, że w koncepcji tej przyjęto wiele nieintuicyjnych dla praktyki prawniczej założeń (koncepcja semantyki niereferencjalnej, rozumienie normy jako wypowiedzi jednoznacznie charakteryzowanej, wykładnia jako przekład z języka tekstu prawnego na język norm) o jawnie kontrfaktycznym, a więc formalizującym charakterze. Nie mógł w tej sytuacji zaskoczyć wniosek, do którego doszli autorzy przywołanego artykułu, a mianowicie, że „ujęcie derywacyjne może stać się dogodnym narzędziem opisu wykładni dogmatycznoprawnej", i to również przy pewnym wyidealizowanym rozumieniu samej dogmatyki prawa[28]. Odseparowano zatem derywacyjną koncepcję wykładni prawa w jej ówczesnym kształcie od interpretacyjnej praktyki prawniczej (wykładni operatywnej), uznając ją za nieadekwatną do tego obszaru[29]. Charakterystyka ta, o ile nam wiadomo, nigdy wprost nie została zakwestionowana przez samych autorów koncepcji derywacyjnej, natomiast, jak można przypuszczać, stała się czynnikiem (zapewne obok wielu innych) powodującym, że w następnych latach dołożono sporo starań, aby wykazać poznawczą użyteczność tej koncepcji (obronić jej „twardy rdzeń") w konfrontacji z oczekiwaniami praktyki prawniczej. Wydaną w roku 2002 pracę Macieja Zielińskiego zatytułowaną *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki* zinterpretować można jako ważną próbę obudowania derywacyjnej koncepcji prawa pasem ochronnym „hipotez pomocniczych". Sam autor ujawnia swoją intencję w taki oto sposób: „chodzi z jednej strony o zachowanie zasadniczych elementów charakterystycznych dla tej koncepcji, z drugiej zaś o wyeksponowanie tych jej aspektów, które mogą być doniosłe dla praktyki

27 Chodzi oczywiście o tekst *Dwa ujęcia wykładni prawa. Próba konfrontacji*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Nauk Politycznych" 1984, z. 20.

28 *Ibidem*, s. 24.

29 *Ibidem*, s. 25; zob. także B. Brożek, *Derywacyjna koncepcja wykładni z perspektywy logicznej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 68, 2006, z. 1, s. 86.

interpretacyjnej”[30]. Dalecy jesteśmy od stwierdzenia, że derywacyjna koncepcja odpowiedziała w ten sposób na swój własny kryzys. Nie mogło być tu mowy o kryzysie, gdyż pierwotna grupa docelowa tego projektu teoretycznego (dogmatyka prawa) bardzo wysoko ceniła sobie walory poznawcze tej koncepcji[31]. Wprowadzona adaptacja (modyfikacja) była raczej odpowiedzią na ograniczenia wynikające z formalizmu ujęcia pierwotnego, była więc działaniem antycypującym potencjalny kryzys. Ewolucja derywacyjnej koncepcji wykładni prawa jest dobrym przykładem na to, co należy czynić, aby zachować „zdolność odkrywania i porządkowania nowych faktów” oraz „otwartość na nieznane wcześniej argumenty i sytuacje”[32].

Przykład dyskusji wokół kompetencji i normy kompetencyjnej wydaje się pod tym względem równie pouczający. W polskiej teorii prawa wpływowy, a nawet dominujący był pogląd — głównie artykułowany w pracach Zygmunta Ziembińskiego — że jedynymi składnikami systemu prawa są normy mające postać predyktywną (nakaz albo zakaz określonego zachowania się). Zredukowanie zróżnicowanych sposobów wyrażania normatywności, zauważalne w tekstach prawnych, praktyce prawniczej oraz dogmatyce prawa, do jednego, uniwersalnego wzorca wypowiedzi językowej uznać chyba można za dowód na formalizm tego rodzaju „koncepcji normy prawnej”. Dość szczególny standard kształtowania zachowań, jakim jest reguła kompetencyjna (wariant reguły dokonywania czynności konwencjonalnej), musiał zostać — w konsekwencji przyjętych założeń co do pojmowania normy — sprowadzony do roli składnika struktury normy nakazu/zakazu. Podejście takie, choć imponujące prostotą i pojęciową klarownością (wartościami tak przecież cenionymi w filozofii analitycznej, uprawianej na sposób rekonstrukcjonistyczny), nie spotkało się już z takim uznaniem w szczegółowych naukach prawnych. Pomimo, jak to zazwyczaj bywa, zróżnicowania stanowisk dominowały jednak w tych naukach postawy obojętności i, mniej lub dalej idącej, krytyki tej propozycji teoretycznej[33]. Krytykując,

30 M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2002, s. 213.

31 Wskażmy tylko przykłady autorów niezwiązanych z ośrodkiem poznańskim: R. Mastalski, *Interpretacja prawa podatkowego. Źródła prawa podatkowego i jego wykładnia*, Wrocław 1989, s. 95–98; W. Jakimowicz, *Wykładnia w prawie administracyjnym*, Kraków 2006, s. 19, 377.

32 Pozostać musi na razie pytaniem otwartym to, w jakim stopniu zmiany (uzupełnienia, aplikacje) wprowadzone do koncepcji derywacyjnej są „obudowaniem pasem ochronnym” twardego rdzenia tej koncepcji, w jakim stopniu zaś wyłonieniem nowej formy (falsyfikacją, przebudową pierwotnej).

33 Najdalej chyba idącą, pełnej negacji, zgłosił A. Szpunar (*Udzielenie pełnomocnictwa*, „Przegląd Sądowy” 1993, z. 9). Przegląd stanowisk administratywistów znaleźć można w pracy: M. Zieliński, *Dwa nurty pojmowania „kompetencji”*, [w:] *Gospodarka. Administracja. Samorząd*, red. H. Olszewski, B. Popowska, Poznań 1996, s. 584 i n.

zazwyczaj podnoszono argument nieuwzględniania specyfiki przedmiotu badań nauk szczegółowych (na przykład statusu podmiotu kompetencji), zaniedbywanego przez dominacje w twierdzeniach teorii prawa analiz skupiających się na wymiarze strukturalnym normy (kompetencyjnej)[34]. Można zatem uwagi te sprowadzić do zarzutu formalizmu, nieuwzględniania argumentów praktyki prawniczej, z którą zazwyczaj identyfikują się nauki szczegółowe, gdy podejmują krytyczną konfrontację z dorobkiem teorii prawa.

Pod wpływem tych argumentów sformułowana została jej pragmalingwistyczna modyfikacja pierwotnej wersji kompetencji i normy kompetencyjnej[35]. O ile „strategią obrony" pierwotnej wersji omawianej koncepcji było — używając terminologii Lakatosa — właściwe formalizmowi „skupienie się na obronie rdzenia danej teorii"[36], to przywołana modyfikacja poszła w kierunku uczynienia jej właśnie bardziej adekwatną do oczekiwań praktyki[37]. Czy propozycja ta jest tylko obudowaniem, „pasem ochronnym" koncepcji normy kompetencyjnej Ziembińskiego w sytuacji kryzysu jej zdolności eksplikacyjnych wobec pewnego typu pytań, czy też może zmianą jej wyjściowych założeń (aksjomatów) — na to nie sposób w tym miejscu odpowiedzieć (wydaje się jednak, że to drugie). Istotne jest co innego, a mianowicie, że — podobnie, jak to miało miejsce z koncepcją wykładni derywacyjnej — wątpliwości i perturbacje z zastosowaniem teorii pierwotnie skonstruowanej jako zamknięty, wewnętrznie spójny porządek twierdzeń zmuszają do porzucenia wygodnej dla analitycznej teorii „geometrii pojęciowej" przez „bezustanne ulepszanie domysłów na drodze spekulacji i krytyki,

---

34 Zob. M. Zieliński, *Dwa nurty pojmowania „kompetencji"*, s. 598 i n.; Z. Ziembiński, *O zawiłościach związanych z pojmowaniem kompetencji*, s. 16.

35 Zob. M. Matczak, *Kompetencja organu administracji publicznej*, Kraków 2004. Potrzebę modyfikacji tej koncepcji zauważał także na przykład S. Czepita, *Reguły konstytutywne a zagadnienia prawoznawstwa*, Szczecin 1996, rozdział 6. Nie wykluczał jej też M. Zieliński, *Dwa nurty pojmowania „kompetencji"*, s. 607.

36 Typowym argumentem tego rodzaju obrony jest argument „niezrozumienia teorii". „Zarzut, że teoretycy prawa więcej uwagi kierują na analizę struktury normy kompetencyjnej niż na analizę pojęcia kompetencji jest zarzutem polegającym na nieporozumieniu" (Z. Ziembiński, *O zawiłościach związanych z pojmowaniem kompetencji*, s. 16).

37 M. Matczak pisze, że „szansą na przezwyciężenie słabości predyktywnych koncepcji kompetencji jest zastosowanie pragmalinwistycznego podejścia do badań nad językiem prawnym i prawniczym. Podejście to umożliwia w szczególności modyfikacje poglądów Z. Ziembińskiego oraz nowe, bardziej adekwatne — m.in. z punktu widzenia potrzeb badawczych prawa publicznego — ujęcie zagadnień związanych z kompetencją" (*Kompetencja organu administracji publicznej*, s. 202). Potrzebę taką dostrzegał M. Zieliński. W ostatnim zdaniu cytowanego artykułu (*Dwa nurty pojmowania „kompetencji"*, s. 607) stwierdza, że „należałoby się też zastanowić, czy i w jakim stopniu konieczne byłoby dokonanie jakichś korekt w samej koncepcji ogólnoteoretycznej" kompetencji, wskazując w przypisie na prace S. Czepity i K. Świrydowicza.

za pomocą logiki dowodów i refutacji (prób obalenia)"[38]. Ażeby jednak tak się stało, teoria prawa musi zachować ścisły związek z dogmatyką prawa[39]. Z jednej strony, uprawiana przez nas dyscyplina musi pozostać krytyczną teorią praktyki naukowej realizowanej w dogmatyce prawa[40], z drugiej zaś, dogmatyka prawa powinna zachować możliwość weta wobec pomysłów teoretycznych. Jak długo dogmatyka prawa dostarczać będzie przedmiotu (problemów) takiej krytycznej analizie, a teoria prawa skłonna będzie rozsądnie odpowiadać na te argumenty, w tym także godzić się na ewentualne uchylenie swoich wyjściowych założeń, nie powinno być mowy o kryzysie, a tym bardziej o końcu teorii prawa.

38 I. Lakatos, *Dowody i refutacje*, s. 19.

39 „Teoria prawa potrzebowała dogmatyki jako przedmiotu krytyki. Równocześnie dogmatyka prawa potrzebowała teorii jako inspiracji", A. Peczenik, *Stan obecny teorii i filozofii prawa w krajach zachodnich*, [w:] *Studia z filozofii prawa*, red. J. Stelmach, Kraków 2003, s. 9. W innym miejscu stwierdził, że „pozbawiona kontaktu z wielką tradycją dogmatyki prawa, skandynawska teoria prawa uległa [...] marginalizacji" — *ibidem*, s. 11.

40 „Scjentyzm filozofii analitycznej był i jest motywowany postulatem terapii". „Jeśli w debacie publicznej nadal będzie się dokonywało nadużyć semantycznych, nadal bełkot znaczeniowy będzie produkowany i sprzedawany jako prawda [...] czy absolutna wartość, to popyt na filozofów analitycznych będzie się ciągle utrzymywał", W. Krzysztofiak, *Czy istnieje filozofia analityczna?*, „Dametros", Internetowy Serwis Filozoficzny przy Instytucie Filozofii Uniwersytetu Jagiellońskiego, www.diametros.iphils.uj.edu.pl.

Dogmatyka prawa wobec politycznej opresji Czy historia myśli prawnej może nas czegoś nauczyć?*

1. W kontynentalnej kulturze prawa stanowionego dogmatyka prawa zajmuje miejsce szczególne. Nie tylko swoim dorobkiem naukowym, organizacyjnym gruntowaniem oraz zasobami kadr badaczy dominuje nad pozostałymi dyscyplinami prawoznawstwa, ale również posiada najdalej idący wpływ na zawodową praktykę prawniczą, przede wszystkim sędziowską. Z kolei poprzez swoje powiązania z analityczną teorią prawa (zbieżność zainteresowań obejmujących zagadnienia języka prawnego) znajduje badawcze wsparcie w osiągnięciach tejże teorii — dodajmy, teorii równie mocno powiązanej z kulturą prawa stanowionego i intensywnie rozwijanej, co przez dziesięciolecia widoczne było także w polskiej ogólnej nauce prawa. Wszystko to razem kształtuje przekonanie, że współczesna refleksja dogmatycznoprawna wykształciła względnie autonomiczny status oparty na własnym paradygmacie badawczym (zestawie utrwalonych, quasiaksjomatycznych założeń, twierdzeń oraz reguł i procedur) pozwalającym na rozwiązywanie standardowych problemów badawczych — a w konsekwencji, również problemów praktycznych. Profesorowie prawa cywilnego, prawa karnego czy prawa pracy oraz sędziowie orzekający w tych wyspecjalizowanych obszarach reprezentują dzięki temu w miarę jednorodną, sprofesjonalizowaną oraz zautonomizowaną wobec otoczenia społecznego grupę „prawników". Łączy ich wiele: przedmiot analiz (język tekstów prawnych), podobny typ stawianych pytań (kwestie walidacyjne, interpretacyjne), sposób argumentacji w spornych kwestiach (środowiskowo podzielany zestaw pojęć, rozliczne „prawnicze" rozumowania, maksymy topiki itp.). Łączy

* Tekst pierwotnie opublikowany w: „Acta Universitatis Wratislaviensis. Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem" 43, 2021, nr 2, s. 157–171.

ich również uniwersytet z wydziałami prawa realizującymi podobne programy nauczania — uniwersytet, który kiedyś ukończyli lub przy którym całe swoje życie zawodowe trwają.

W kulturze prawa stanowionego środowisko prawnicze wiąże jednak coś jeszcze, a mianowicie wartości, które w prawie znajdują lub których spełniania od prawa (prawodawcy, organów stosowania prawa) oczekuje. Mogą to być uniwersalne wartości (wewnętrzne wartości prawa) artykułowane w ramach zasady praworządności, akceptowanej zarówno przez kontynentalną (doktryna *Rechtsstaat*), jak i anglosaską (koncepcja *Rule of Law*) kulturę prawną. Mogą to być także wartości o zasięgu bardziej lokalnym, na przykład — gdy chodzi o polską kulturę prawną — normatywne przekonania (lokowane w głębokiej strukturze prawa) składające się na założenie o racjonalności prawodawcy[2]. Oba te przykłady łączy to, że jakkolwiek są bardzo istotne w decyzyjnej praktyce prawniczej, to wypracowane zostały przez doktrynę, głównie przez naukę prawa. Tego rodzaju zautonomizowane standardy/wartości sprzyjają separowaniu aktywności prawników wobec bieżącej polityki. Poprzez ich „wewnętrzny" lub „głęboki" status w strukturze prawa i naukową proweniencję przybierają cechy apolityczności. Środowisku akademickiemu legitymizacji do autonomii dostarcza pozytywizm prawniczy z jego scjentystycznymi inklinacjami badawczymi, opartymi na metodologicznych założeniach pozytywizmu naukowego (prawda, obiektywizm, badawcza specjalizacja). Autonomię środowiska sędziów ugruntowuje z kolei zasada trójpodziału władz (bezstronność, niezawisłość, zawodowa specjalizacja). Jednych i drugich łączy apolityczność. Jednak z racji na kierunek oddziaływania!! wypracowanych przez doktrynę prawniczą zasad i wartości — prowadzący do ograniczania rzeczywistej władzy prawodawcy — te standardy i sędziowskie decyzje na nich oparte uzyskują walor działań politycznych. Prawniczy paradoks polityczności? Moim zdaniem nie, a jeżeli już, to pozorny.

W niniejszym tekście będę próbował argumentować, że nie tylko mamy tu do czynienia z dylematem pozornym, ale również, że napięcie między światopoglądową neutralnością i polityczną kumuluje w sobie siłę stymulującą rozwój teorii prawa, dogmatyki oraz zawodowej praktyki prawniczej. Sięgając do pewnych historycznych źródeł nowoczesnego

2 O szczególnej pozycji w polskiej kulturze prawnej konceptu racjonalności prawodawcy piszą między innymi: M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2002, s. 277; L. Nowak, *Spór o definicje legalne a sposób „pojmowania prawodawcy"*, „Państwo i Prawo" 1969, z. 3, s. 514; Z. Ziembiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 25; M. Zirk-Sadowski, *Prawo a uczestniczenie w kulturze*, Łódź 1998, s. 92; P. Kantor-Kozdrowicki, *Racjonalność prawodawcy jako paradygmat nauk prawnych*, „Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis" 8, 2018, nr 1 (1), s. 95 i n.

prawoznawstwa, zamierzam pokazać, że nauka prawa zbudowana na tradycji *civil law* oraz ukształtowana na jej zrębach aktywność prawników wyrosły z konfliktów politycznych, a następnie zmuszone były z polityką stale, choć okazjonalnie (nie wszystko przecież w życiu społecznym jest „polityczne") kooperować. Ta współpraca budowała zdolność do rozwiązywania przyszłych konfliktów politycznych. Aby jednak znawcy prawa mogli skutecznie tę rolę wypełniać, powinni kierować się utrwalonymi w kulturze prawnej zasadami i wartościami budującymi ich zawodową (naukową, decyzyjną) autonomię.

2. Historia prawa dostarcza nam dwóch „opowieści" o tym, jak powstało i jakie czynniki zrodziły europejskie — a ściślej, kontynentalne — prawoznawstwo z dogmatyką prawa w jego centrum[3]. Zacznijmy od starszej z nich, sięgającej wczesnego średniowiecza (XI wiek). Otóż, zdaniem pewnej grupy wpływowych historyków, to nie rewolucja francuska i ekspansja filozoficznej myśli oświecenia okazały się punktem zwrotnym w prawnej historii Europy, lecz znacznie starszy od tych zdarzeń polityczny konflikt o inwestyturę. Niemiecki historyk prawa G. Tellenbach ujął to w taki oto sposób: to „ruch, mający na celu wyzwolenie Kościoła spod królewskiej [...] kontroli — którego początek datuje się na 1058 r. — był wielką rewolucją w dziejach świata, a papież Grzegorz VII wyznaczył jedyny być może z duchowej perspektywy punkt zwrotny w historii katolicyzmu [...]". Jak dodaje Tellenbach, papież był „do głębi rewolucjonistą"[4]. Pogląd ten rozwija również R.W. Southern, stwierdzając, że w konsekwencji tego konfliktu „świeccy władcy pozbawieni zostali swojego swego quasi-sakralnego splendoru, a papież uzyskał nowe możliwości interweniowania i kierowania zarówno życiem duchowym, jak i świeckim [...]". To właśnie wtedy „ekspansja Europy zaczęła się na dobre"[5].

Dla prawoznawstwa konsekwencje tych znanych z historii powszechnej wydarzeń wyprowadza Harold J. Berman w znanej także polskiemu

---

3 W tradycji anglosaskiej termin „dogmatyka prawa" występuje dość sporadycznie i raczej jest tam refleksem myśli kontynentalnej. Doświadczyłem tego niedawno przy okazji recenzowania mojego tekstu (z tym właśnie pojęciem w „roli głównej") przez recenzenta jednego z brytyjskich uniwersytetów. Ów recenzent domagał się usilnie określenia, co autor rozumie przez „dogmatykę prawa". Na polskich uniwersytetach takie oczekiwania kierowane są zazwyczaj do studentów pierwszego roku przy okazji egzaminu ze wstępu do prawoznawstwa. Stan ten potwierdza również A. Peczenik stwierdzając, że „dogmatyka prawa w sensie europejskim nigdy tam [w krajach anglosaskich] nie istniała" — A. Peczenik, *Stan obecny teorii i filozofii prawa w krajach zachodnich*, [w:] *Studia z filozofii prawa*, red. J. Stelmach, Kraków 2003, s. 11.

4 G. Tellenbach, *Church, State, and Christian Society on the time Investiture Contest*, London 1959, s. 164.

5 R.W. Southern, *Western Society and the Church un the Middle Ages*, Harmondsworth 1970, s. 34.

czytelnikowi monografii *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition* (Harvard 1983)[6]. Berman jest autorem, który w sposób wyjątkowo wnikliwy, na ponad 600 stronach, udokumentował wpływ przywołanego wyżej konfliktu politycznego (konfliktu o władzę) na znany nam do dzisiaj kształt europejskiej kultury prawnej. Jak pisze: „wraz z rewolucją papieską powstaje klasa profesjonalnych prawników i sędziów, hierarchiczna struktura sądów, szkoły prawa [...] oraz samo pojęcie prawa jako niezależnego, zintegrowanego i rozwijającego się zespołu zasad i procedur". W następstwie tych wydarzeń „wyłonił się nowy system prawa kanonicznego oraz nowe systemy prawa świeckiego [...]. Systematyzacja i racjonalizacja prawa niezbędne były dla utrzymania równowagi między licznymi współzawodniczącymi systemami. Słuszny porządek rzeczy wprowadzony przez rewolucję papieską [...] pozwolił na pogodzenie skonfliktowanych władz na gruncie syntetyzujących zasad: wszędzie, gdzie było to możliwe, sprzeczności miały być rozstrzygnięte bez niszczenia elementów, które się na nie składały [...]"[7].

Wcześniejsza refleksja prawnicza oparta była głównie na analizie kazusów, na badaniu konfliktowych okoliczności rozpatrywanych z uwzględnieniem historii rozstrzygnięć prawnych[8]. Przełomowy charakter zmian, które dokonały się w następstwie przywołanych wydarzeń politycznych, polegał na przeniesieniu punktu ciężkości w poszukiwaniu podstawy rozstrzygnięć prawnych z argumentu opartego na „pamięci" o faktach (zwyczaj, precedens) na argument z „wiedzy" o zasadach i regułach prawnych. Jednostkowe zdarzenia z przeszłości zastąpione zostały ogólnymi standardami orzekania. Historia wydarzeń społecznych, w tym politycznych oraz podjętych w takich lub innych okolicznościach rozstrzygnięć prawnych „zasłonięta" zostaje bezkontekstową, ahistoryczną regułą zdolną spełniać funkcję *ratio decidendi* w nieokreślonej liczbie przypadków orzeczniczych podejmowanych w sprawach danego rodzaju. Przemiana ta stworzyła warunki dla autonomii prawa i myśli prawniczej wobec otoczenia społecznego, w tym także wobec

6 Polskie wydanie: *Prawo i rewolucja. Kształtowanie się zachodniej tradycji prawnej*, przeł. S. Amsterdamski, Warszawa 1995. Monografia ta wywoła debatę w środowisku polskich historyków i filozofów prawa — zob. „Państwo i Prawo" 1996, z. 12; J. Leszczyński, *O pewnej (rewolucyjnej) hipotezie Harolda J. Bermana — prawo i nauka w średniowieczu*, „Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica" 75, 2015. Odnotujmy, że Berman jest również autorem opracowania *Law and Revolution II: The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, Cambridge, MA 2003.

7 H.J. Berman, *Prawo i rewolucja*, s. 142–143.

8 *Ibidem*, s. 16, 182 i 183; zob. także H. Kupiszewski, *Prawo rzymskie a współczesność*, Warszawa 1988, s. 52.

polityki. Tak oto z walki o władzę polityczną zrodziła się apolityczna myśl prawnicza. Reorientacja ta uruchomiła zapotrzebowanie na wiedzę prawniczą, którą zaspokoić mogła już tylko wyspecjalizowana grupa zawodowa. Tak powstał zawód prawnika w dzisiejszym jego rozumieniu. Rewolucja papieska stała się przez to „siłą napędową [...] europejskich uniwersytetów oraz kształtowania się jako samodzielnych dyscyplin teologii, prawoznawstwa i filozofii”[9].

W opinii Harolda Bermana, to wyszkoleni w prawie kanonicznym prawnicy nie pozwolili, by papież i cesarz zdobyli wobec siebie przewagę. Ich rolą stało się godzenie konfliktów pomiędzy stronami, a tym samym utrzymywanie systemu politycznego w równowadze. Dało to początek scholastyce, która stała się jednym ze znaków rozpoznawczych średniowiecznej filozofii. „Tak i nie” Piotra Abelarda, sztandarowe dzieło tego okresu, przedstawiać miało metodę godzenia zróżnicowanych kanonów. To średniowieczna uniwersytecka scholastyka przyczyniła się do zbudowania zrębów współczesnej dogmatyki prawa[10]. Tak zwany spór o uniwersalia (nominalizm–realizm) ukształtował tak ważną dla prawników zależność między tym, co ogólne (reguła) oraz indywidualne i konkretne (osoba, stan faktyczny). „Nominaliści uważali, że uniwersalne zasady są wytworem racjonalnego umysłu i woli — a zatem mogą być przez nie modyfikowane, że [zasady] odnoszą się do właściwości poszczególnych przedmiotów i że te mogą je potwierdzać lub obalać [...]”. To ogólne zasady „rządzą” zatem faktami, a nie odwrotnie, jak wcześniej zakładano. Otworzyło to drogę dla argumentacji opartej na rozumowaniach logicznych. Nominalizm w wersji proponowanej przez Abelarda przyjmował jeszcze inne, przełomowe dla prawników twierdzenie: „całość zawarta jest w częściach”, „części rozpatrywane poza całością nie są takie same jak wówczas, gdy wiążą je wzajemne stosunki w ramach całości [...]”. Nominalizm okazał się zatem „szczególnie przydatny dla systematyzacji i syntetyzowania prawa”[11]. Ogólność reguły i ujmowanie zbiorów reguł w system to przecież kanon współczesnej analizy dogmatycznoprawnej.

Istotny dla ówczesnego przeobrażenia myśli prawniczej był również wpływ prawa rzymskiego, które już wcześniej nauczane było w Bolonii na podstawie tekstów skompilowanych przez Justyniana (*Kodeks*, *Instytucje*, *Nowele* i, przede wszystkim, *Digesta*). Jednak to dopiero

9 H.J. Berman, *Prawo i rewolucja*, s. 119. W stworzonej przez Irneriusa w 1087 roku w Bolonii szkole prawa w XII i XII wieku studiować miało od 1000 nawet do 10 000 studentów z całej Europy — *ibidem*, s. 156 i 193.

10 „Dwunastowieczni prawnicy zajmowali się tym, co znacznie później nazwano *dogmatyką prawa*” — *ibidem*, s. 187.

11 *Ibidem*, s. 175.

dzięki profesorom uniwersytetu te kazuistyczne źródła zostały uporządkowane i podane w formie jednolitego wykładu (*Corpus Iuris Civilis*). Fenomenem tamtych czasów było to, że ówczesna myśl uniwersytecka potrafiła — ze względu przede wszystkim na potrzebę spójności nauczania prawa — wykazać, że za ogromną liczbą kazusów, szczegółów i niejasnych pojęć prawa rzymskiego udostępnionego w justyniańskiej kompilacji „stał skomplikowany system pojęć abstrakcyjnych"[12]. Zachodnie uniwersytety w swoich dążeniach do konceptualizacji instytucji prawnych i systematyzacji prawa w spójny korpus wiedzy podniosły analizę prawa do poziomu nauki[13]. Oczywiście nie należy też zapominać o greckiej (Arystoteles) dialektyce i retoryce, wykorzystywanej przez prawników już w czasach rzymskich, a szeroko adaptowanej również przez średniowieczne szkoły prawa jako podstawy sztuki argumentowania i sądzenia.

Jak pointuje H.J. Berman, „rewolucja papieska zakończyła się kompromisem między starym i nowym światem [...]. Dzieci i wnukowie rewolucji przekształcili jej zasady w instytucje prawne [...]. Jej wyniki w mniejszym lub większym stopniu utrwaliły się na stulecia"[14]. Powstała europejska kultura prawna[15]. I, jak dodaje, „nawet wielkie rewolucje narodowe przeszłości — rosyjska z 1917 r., francuska i amerykańska z 1789 i 1776, rosyjska z 1917 r. [...] ostatecznie godziły się z tą tradycją, nawet jeśli niektórzy z przywódców zamierzali ją zniszczyć"[16]. Nowe porządki prawne ustanawiane przez wielkie rewolucje oświeceniowe przekształcały zastaną tradycję prawną, mieszcząc się wszakże w jej ramach, polityczne przewroty i rewolucje nie zniszczyły jej, lecz ją odnawiały[17].

3. Historia prawa dostarcza nam innej jeszcze opowieści o powstaniu europejskiego prawoznawstwa w kontynentalnej nauce prawa w kształcie, w jakim obecnie go znamy. Historia ta czasowo jest nam bliższa, bo swoje najbardziej znaczące wydarzenia lokuje w XIX wieku i chyba z tego powodu bywa częściej przywoływana przez współczesnych

---

12 *Ibidem*, s. 161.

13 *Ibidem*, s. 176 i n.

14 *Ibidem*, s. 132–133.

15 Autor wymienia 10 atrybutów zachodniej tradycji prawnej (*ibidem*, s. 21–24), jak również znamiona kryzysu współczesnego prawa (1983). Te ostatnie dostrzega w: 1) zaniku przekonania o uniwersalistycznym charakterze europejskiej kultury prawnej; 2) zrywaniu z indywidualizmem prawa na rzecz kolektywizmu („powrót do prawa szczepowego"), i 3) ataku na autonomię prawa i próby deprecjacji zawodu prawnika — *ibidem*, s. 51.

16 *Ibidem*, s. 19.

17 *Ibidem*, s. 24.

teoretyków i dogmatyków prawa — głównie przez cywilistów. Jest tak, ponieważ jej uwieńczeniem stało się uchwalenie niemieckiego kodeksu cywilnego (BGB)[18]. Nie to jednak wydaje się najważniejsze. Istotniejsze jest towarzyszące ówczesnej debacie doktrynalno-prawnej tło społeczne z równie silnym akcentem politycznym, jakim była presja na państwową integrację podzielonych w tamtym czasie Niemiec. I tym razem cel polityczny miał zostać osiągnięty ze znaczącym udziałem prawników. Tylko „logika" relacji między tym, co polityczne i tym, co prawnicze uległa odwróceniu: jeśli w wieku XI to polityczny konflikt wyłonił niezaangażowaną naukę i praktykę prawniczą, to przypadek niemiecki pokazał, jak z radykalnego konfliktu prawnego może się wykształcić program osiągania podzielanego przez większość celu politycznego. Bowiem to wspierane tradycją romanistyczną dążenie do uniwersalności, jakości i wewnętrznej spójności prawa, głównie ustawodawstwa (projektowany BGB) okazało się skutecznym narzędziem osiągnięcia tego celu. Zwycięzcą doktrynalnym okazała się raz jeszcze tradycja prawa rzymskiego, która za swojego głównego przeciwnika miała i tym razem koncept „prawa narodowego" (prawa zwyczajowego opartego na idei wspólnoty)[19]. Może zatem „opowieść", którą niżej pokrótce referuję, należałoby nie tyle nazywać „drugą", co raczej „drugim etapem" tej sprzed 800 lat. Spajającą klamrą jest niewątpliwie podobne źródło (władza polityczna) i podobne następstwa w postaci impulsu, jaki wydarzenia polityczne nadały rozwojowi prawa, prawoznawstwa i praktyki prawniczej.

Recepcja prawa rzymskiego w Niemczech rozpoczęła się znacznie wcześniej aniżeli przywoływane tu dziewiętnastowieczne wydarzenia polityczne. Jednak to wtedy właśnie nastąpiła kulminacja pewnego znaczącego procesu społeczno-politycznego i towarzyszącego mu sporu doktrynalno-prawnego. Ów proces polityczny podążał w dwóch niezależnych od siebie, rozbieżnych kierunkach: wspomnianej już presji na integrację państwową, budowaną pod znakiem „narodowej wspólnoty" oraz ekspansji dyktowanej przez rewolucję przemysłową i kształtującą

18 „Badając rozwój prawa w Niemczech, obserwujemy zjawiska, które wystąpiły w większości państw europejskich, tyle że z różną częstotliwością i siłą. Rozwój prawa na terenie Rzeszy był najbardziej podobny do dziejów prawa we Francji [...]. W obu państwach bowiem, z powodu rozdrobnienia dzielnicowego, mocno rozwijają się prawa lokalne (tak zwane zwyczaje) oraz — podobnie jak w całej Europie — następowało rozwarstwienie prawa [...]" — A. Ogurek, B. Olszewski, *Dzieje niemieckiej myśli prawa cywilnego do końca XIX wieku*, [w:] *Prace z myśli polityczno-prawnej oraz prawa publicznego*, red. M. Sadowski, P. Szymaniec, Wrocław 2012, s. 93.

19 H.J. Berman, charakteryzując prawo sprzed opisywanego przez siebie przełomu, jak również — co ciekawe — wskazując na źródła obecnego kryzysu europejskiej kultury prawnej (rok wydania monografii: 1983), używa takich określeń jak: „kolektywizm", „prawo szczepowe" czy „zintegrowana kultura szczepowa Germanów" — H.J. Berman, *Prawo i rewolucja*, s. 51 i 617.

się wtedy nowoczesną gospodarkę rynkową, której znakiem rozpoznawczym były z kolei „własność i wolność jednostki". Toczone wcześniej w doktrynie niemieckiej debaty między propagatorami prawa natury i szkoły historycznej ustąpiły w XIX stuleciu miejsca spektakularnym sporom w ramach już samej szkoły historycznej, doprowadzając do jej podziału na dwa obozy: „romanistów" i „germanistów". Pierwszemu przewodził Karl F. von Savigny, drugiemu Friedrich K. Eichhorn. Karl F. von Savigny argumentował, że prawo ma przede wszystkim służyć obywatelom i prowadzić Prusy do kapitalizmu, czerpiąc z tradycji *Corpus Iuris Civilis*, a więc znanych nam już justyniańskich źródeł prawa rzymskiego. Friedrich K. Eichhorn z kolei nawoływał do odrodzenia prawa rdzennie niemieckiego, do podtrzymywania „wszystkich instytucji prawnych, które wywodziły się z rodzimych pierwiastków prawa"[20]. Jak piszą komentatorzy tych sporów:

> walki germanistów z romanistami szybko przekroczyły ramy sporów teoretycznoprawnych [...]. Nienawiść do szkoły romanistycznej była tak dalece posunięta, że zwalczanie jej uważane było za akt świadomości narodowej, chroniący rodzime prawo przed wpływami obcymi. Jeszcze gorsze czasy nastały dla romanistów w latach 40. XIX wieku, kiedy to do zwalczania ich poglądów zwoływane były manifestacje[21].

Z czasem spór nieco złagodniał, ale podziały ostały się na długie lata, odżywając nieprzypadkowo w latach trzydziestych XX wieku, kiedy to „germaniści" uzyskali dodatkowy impet za sprawą doktryny i praktyki opartej na idei narodowo-socjalistycznej.

Wróćmy jednak jeszcze do poprzedniego wieku. Karl F. von Savigny był sceptyczny co do sensowności uchwalenia jednolitej kodyfikacji niemieckiego prawa cywilnego, jednak nie dlatego, że uważał to przedsięwzięcie za niepotrzebne, ale dlatego, że pokładał w idei kodyfikacji wysokie warsztatowe i jakościowe oczekiwania (pojęciowe, konstrukcyjne, mające prowadzić do prawodawczej spójności i decyzyjnej pewności). Ich spełnienie uważał za niemożliwe w niedojrzałej wtedy jeszcze — w jego ocenie — niemieckiej nauce prawa i praktyce legislacyjnej. Przywołując jako wzorcowy kontrprzykład ustabilizowaną władzę Rzymu i prawo rzymskie, Savigny argumentował, że w podzielonych politycznie państwach niemieckich, dotkniętych syndromem miejscowej specyfiki kulturowej, językowej, zmian społecznych i ciągłej wędrówki ludzi (plemion germańskich) nie było warunków dla zrównoważonego rozwoju

20 K. Grzybowski, *O miejscu niemieckiej szkoły historycznej w rozwoju nauki prawa*, „Czasopismo Prawno-Historyczne" 8, 1956, s. 341 i n.

21 A. Ogurek, B. Olszewski, *Dzieje niemieckiej myśli prawa cywilnego do końca XIX wieku*, s. 100–101.

prawa[22]. Podobnie rzecz się miała z jego oceną niemieckiej nauki prawa, słabo jeszcze ukształtowanej, uwikłanej w kulturowe rozbieżności, a tym samym pozbawionej prawniczego autorytetu o powszechnie uznanej pozycji — a tylko na takiej osobie może się, jak uważał, wspierać projekt aktu nowoczesnej legislacji[23]. Jak przystało na orędownika historycznej szkoły prawa, twierdził, że prawnikowi potrzebny jest nie tylko zmysł historyczny pozwalający mu na rozumienie perspektywy historycznej, w ramach której powstaje prawo, ale także zmysł systematyczny umożliwiający jakościowo dobre ustawodawstwo oraz późniejsze spójne stosowanie i interpretowanie uchwalonej ustawy[24]. Dodajmy jeszcze, interesujące w kontekście naszych rozważań, ujęcie przez Savigny'ego relacji między tym, co polityczne i naukowe. Otóż, „związek prawa z ogólnym życiem narodu" pozyskiwany przez „zmysł historyczny" autor nazywa „elementem politycznym", a „wyspecjalizowany naukowy rozwój prawa jego elementem technicznym"[25]. Jego historyzm ma zatem niejako podwójny wymiar — to historyzm polityczny lokowany w, jak to określał, „siedlisku prawa", jakim jest opierana na historii wspólna świadomość narodu, oraz historyzm naukowy z prawem rzymskim w roli głównej, z jego „wyborną terminologią, która pozostaje w ścisłym związku z nauką". Roszczenie do ujmowania ustawy jako wewnętrznie spójnego wytworu legislacji, a w konsekwencji tego również roszczenie do jednolitego rozumienia przez prawników tekstu takiej ustawy — a więc dobrze nam dzisiaj znane ujęcie prawa jako systemu — miało czytelną genezę historyczno-polityczną oraz istotne — ale już do pewnego stopnia zaskakujące — konsekwencje dla samej nauki prawa. Jak pisze J.M. Kelly:

> wezwanie do badań historycznych niemieckiego prawa doprowadziło do specyficznie germańskiej historycznej nauki prawa [...] intensywnej prawniczej archeologii w prawie rzymskim [...], odsiewania nie tylko średniowiecznych, ale także Justyniańskich nawarstwień i odsłaniania rzymskich reguł okresu klasycznego [...]. Z tego podejścia wyłoniła się koncepcja *systemu* — bardziej odpowiadająca tym niemieckim prawnikom, którzy chcieli wesprzeć zjednoczenie, także prawne, ich podzielonego politycznie kraju, bowiem prawo późnego rzymskiego imperium również nabrało cech systemu stosowanego w wielu regionach[26].

---

22 K.F. von Savigny, *O powołaniu naszych czasów do ustawodawstwa i nauki prawa*, Warszawa 1964, s. 76.

23 *Ibidem*, s. 167–168.

24 *Ibidem*, s. 83.

25 *Ibidem*, s. 57.

26 J.M. Kelly, *Historia zachodniej teorii prawa*, Kraków 2006, s. 351–352.

Owych prawniczych archeologów zwykło się określać „pandektystami", jako że skupiali uwagę przede wszystkim na *Digestach* (łaciński źródłosłów greckiej nazwy *Pandectae*).

W ten oto sposób dziewiętnastowieczny rozwój niemieckiej kultury prawnej doprowadził do powstania szkoły teoretyków prawa, których dzieło doprowadziło do pozytywizmu prawniczego[27] z dogmatyką prawa w roli dominującej, ze wszystkimi dzisiaj dobrze nam znanymi atrybutami i słabościami tego nurtu (siatka autonomicznych pojęć prawniczych, metoda formalno-dogmatyczna, interpretacyjny formalizm, aksjologiczna, w tym polityczna neutralność nauki, ale też logiczna operacjonalizacja rozstrzygnięć orzeczniczych, sędziowska niezależność itp.). Po raz drugi na politycznym gruncie wyrosła, a na pewno znacząco się umocniła, apolityczna nauka prawa z dopasowaną do niej dydaktyką akademicką i odpowiednio ukształtowanymi postawami sędziowskimi i orzecznictwem. Ewolucja ta — bo termin „rewolucja" należałoby chyba jednak za Bermanem zarezerwować dla wydarzeń z XI wieku — była zresztą zjawiskiem szerszym, wykraczającym poza krąg niemieckiej kultury prawnej[28]. Uwieńczeniem tego procesu było wejście w życie z (skądinąd symboliczną) datą 1 stycznia 1900 roku, niemieckiego kodeksu cywilnego — ustawy z nielicznymi zmianami obowiązującej do dzisiaj; BGB ma zatem za sobą niełatwą, jednak zasadniczo udaną (przynajmniej w sensie zdolności przetrwania) próbę konfrontacji z najgroźniejszym bodaj spośród dwudziestowiecznych totalitaryzmów. Do niechlubnej listy Bermana „rewolucji narodowych przeszłości", które usiłowały „nawet zniszczyć" europejską kulturę prawną, można zatem dodać również „rewolucję" niemiecką z lat trzydziestych, a niemiecki BGB jako dowód, że ówczesna presja polityczna, jeśli nawet nie wpłynęła na — używając słów Bermana — „odnowienie" tej przełomowej dla europejskiej kultury prawnej ustawy, to przynajmniej jej „nie zniszczyła"[29].

---

27 *Ibidem*, s. 351.

28 Zbliżony, choć uwikłany oczywiście w swój lokalny kontekst historyczno-polityczny, proces Kelly odnotowuje również we Francji: „za przyczyną paradoksalnej ewolucji kultura prawna Francji zrazu zaproponowała objawienie doskonałości rozumu w nowym *Kodeksie cywilnym*, będący ostatnim słowem tradycji prawa natury, by skończyć na skrajnym pozytywizmie zwracającym uwagę na słowa i wolę prawodawcy jako jedyną podstawę zasadności prawa" — *ibidem*.

29 Natomiast nieco inaczej potoczyły się losy niemieckiej powojennej teorii prawa. Polityczna neutralność przekształciła się w zarzut obojętności, a nawet stwarzania warunków sprzyjających „prawnym" praktykom władz faszystowskich. Konsternacja prawniczych pozytywistów spowodowała, że teoria prawa w Niemczech została — jak ujął to A. Peczenik — „skolonizowana przez filozofię prawa Habermasa i socjologię Luhmanna. Ani jedna, ani druga nie wyrosła z potrzeb prawnika. Przyszły z zewnątrz" — A. Peczenik, *Stan obecny teorii i filozofii prawa w krajach zachodnich*, s. 10.

4. Zintegrowana z pozytywizmem prawniczym kontynentalna teoria i dogmatyka prawa miały się w Europie w latach następnych (pomimo zrozumiałych różnic i napięć) całkiem dobrze. Dotyczy to przede wszystkim dogmatyki prawa. Sprawy zaszły nawet dalej. W latach osiemdziesiątych ubiegłego wieku pojawia się — za sprawą głównie Auliusa Aarnio, a życzliwie przyjęty również w polskiej literaturze teoretycznej — zapożyczony z metodologii przyrodoznawczej koncept „paradygmatu dogmatyki prawa"[30]. W swoim źródłowym ujęciu (Thomas Kuhn) ów paradygmat miał obejmować środowiskowo akceptowany zestaw pojęć i teorii tworzących podstawy określonej nauki, otwierających drogę do rozwiązywania bardziej szczegółowych problemów badawczych podejmowanych w danej dyscyplinie. Odwołanie się do koncepcji paradygmatu — występującego później u Aarnio pod nazwą „matrycy interpretacyjnej" — wyrażać miało stabilność zastanych sposobów rozwiązywania przez dogmatykę prawa stawianych przed nią problemów badawczych, a ze względu na społeczną funkcję dogmatyki, również problemów praktycznych[31]. Jak ujmował to Aarnio, prawnicy, urzędnicy, a także obywatele potrzebują wiedzy o treści regulacji prawnych, a taka potrzeba może być zaspokajana tylko przez badania dogmatycznoprawne — to oznacza, że przede wszystkim z powodów społecznych „podstawowa matryca dogmatyki prawa jest stabilna"[32]. Zdaniem przywoływanego autora, nie jest zatem uzasadnione oczekiwanie na zmiany paradygmatu dogmatyki prawa. Obserwowane zmiany, jeżeli już mają się dokonywać, to raczej wewnątrz podstawowej matrycy dyscyplinarnej, która jest interpretowana stosownie do zmieniających się społecznych oczekiwań. Natomiast zmiana zewnętrzna oznaczałaby *de facto* likwidację dogmatyki prawa, zastąpienie jej na przykład przez empiryczną socjologię[33].

Istotne dla problematyki naszych rozważań jest to, że oczekiwanie stabilności standardów służących rozwiązywaniu kwestii społecznych

---

30 A. Aarnio, *On Paradigm of Legal Dogmatics: Problems of Scientific Progress in Legal Research*, [w:] *Contemporary Conceptions of Law: Proceedings of the 9th World Congress, Basel 27.8.1979–1.9.1979*, red. P. Trappe, Wiesbaden 1982; A. Aarnio, *Paradigms in Legal Dogmatics*, [w:] *Theory of Legal Science*, red. A. Peczenik, Dordrecht 1984; A. Aarnio, *Reason and Authority. A Treatise on Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, Aldershot 1997; J. Wróblewski, *Paradygmat dogmatyki prawa a prawoznawstwo*, [w:] *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, red. S. Wronkowska, M. Zieliński, Poznań 1990; J. Leszczyński, *O niezmienności sposobu uprawiania dogmatyki prawa*, „Studia Prawno-Ekonomiczne" 81, 2010.

31 J. Leszczyński, interpretując poglądy A. Aarnio, zauważa, że „niepowodzenia w zrekonstruowaniu zmian paradygmatu dogmatyki prawa spowodowane są tym, że dogmatyka prawa nie jest jedynie [...] dziedziną poznania, [ale — dop. A.B.] co najmniej w równym stopniu sferą działania praktycznego" — J. Leszczyński, *O niezmienności sposobu uprawiania dogmatyki prawa*, s. 125.

32 A. Aarnio, *Reason and Authority*, s. 252.

33 *Ibidem.*

pojawia się również po stronie współczesnych badaczy zajmujących się teorią (filozofią) polityki, jakkolwiek język, a tym samym pojęciowa klarowność tego postulatu jest daleko mniejsza, aniżeli zazwyczaj ma to miejsce u prawników. Na przykład Chantal Mouffe, jedna z najbardziej obecnie wpływowych lewicowych badaczek teorii demokracji — co interesujące, zwolenniczka inspirowanego poglądami Carla Schmitta społecznego podziału na „wrogów" i „przyjaciół" — widzi potrzebę istnienia mechanizmów stabilizujących z zewnątrz konflikty pomiędzy politycznymi „wrogami". Jak pisze, „najważniejszym zadaniem nowoczesnej demokratycznej polityki jest transformacja antagonizmu w agonizm", a „celem polityki demokratycznej [...] powinno być stworzenie ogólnej ramy, dzięki której konflikty mogłyby przyjmować formę agonistycznej konfrontacji przeciwników, zamiast przejawiać się jako antagonistyczna walka wrogów"[34]. Autorka nie pisze wprost o prawie jako składniku instytucji demokratycznych i potencjalnej płaszczyźnie konfrontacji politycznych przeciwników. Być może ma je na myśli, a jeżeli nie, to warto by jej podpowiedzieć, że takie ufundowane na zrębach dogmatyki prawa, użyteczne dla demokratycznej polityki medium już od czasów rzymskich istnieje — przynajmniej, gdy chodzi o materię prawa prywatnego — z kontradyktoryjną rozprawą sądową jako techniką organizacji i realizacji społecznych konfliktów. A skoro medium to ma za sobą udane konfrontacje z rozlicznymi wydarzeniami i konfliktami politycznymi przeszłości (i poddawane było weryfikacji pod wpływem takich wydarzeń), to może również współcześnie, w czasach tak zwanej późnej nowoczesności, będzie zdolne wypełniać takie zadanie. Warto przynajmniej spróbować. Aby jednak tak miało szansę się stać, nie wystarczą apele kierowane do badaczy nowoczesnej demokracji. Niezbędne wydaje się dokonanie pewnych adaptacyjnych zmian — a więc z zachowaniem rdzenia wypracowanego przez dogmatykę paradygmatu — również po stronie nauki prawa i praktyki sądowej. Dwie uwagi pod adresem prawa i prawników wydają się tu szczególnie istotne.

Dogmatyka prawa i sądownictwo powinny mocniej kooperować z otoczeniem społecznym i otwierać się na zachodzące w nim zmiany technologiczne i kulturowe, w tym również polityczne. Postulat tego rodzaju badawczej otwartości i idące w ślad za nim oczekiwanie sędziowskiej wrażliwości nie są czymś nowym w nauce prawa, a przynajmniej w teorii prawa uprawianej w perspektywie problemowo obejmującej dogmatykę prawa i praktykę prawniczą. Badanie wielopłaszczyznowe,

34 Ch. Mouffe, *Polityka bez przeciwnika*, [w:] *Paradoks demokracji*, przeł. W. Jach, Wrocław 2005, s. 133.

zastąpione w nowszej literaturze postulatem zewnętrznej integracji prawoznawstwa, to już niemal kanon rozprawiania w metodologii nauk prawnych. Rzecz zatem w jego realizacji w prawniczych „naukach szczegółowych" — tak nazywanych przez Zygmunta Ziembińskiego właśnie dlatego, aby podkreślić, że typowa problematyka dogmatycznoprawna nie jest, a na pewno nie powinna być jedyną, jaką zajmują się dziedzinowo wyspecjalizowane nauki prawne. Te „niedogmatyczne" segmenty budujące wiedzę i oceny prawnika przy rozwiązywaniu tradycyjnych problemów dogmatycznoprawnych powinny ulegać zmianom pod wpływem impulsów docierających ze społecznego otoczenia. Wyzwaniem nie jest zatem sam paradygmat dogmatyki prawa, ale potrzeba uwzględniania w jego ramach zmieniającej się wiedzy i ocen pochodzących ze środowiska społecznego[35]. Wymagać to będzie odpowiednich zmian w akademickiej i zawodowej edukacji prawniczej, zmierzających w stronę mocniejszej integracji obecnych programów nauczania z naukami społecznymi (historia, politologia, filozofia, socjologia, teoria kultury itp.), co pozwoli rozszerzać horyzonty prawniczego postrzegania rzeczywistości. Tylko wtedy dogmatyka prawa i orzecznictwo będą mogły nie tylko „przekształcać się" i „odnawiać" pod wpływem „politycznych przewrotów" i „rewolucji", ale zdolne będą antycypować takie lub podobne wydarzenia i neutralizować je swoimi decyzjami. Profesorowie prawa, studenci i sędziowie powinni zatem z pożytkiem dla siebie — a przede wszystkim pełnionej roli społecznej — czytać również Schmitta czy Mouffe z ich politycznymi dystynkcjami na „wrogów" i „przyjaciół". Mogą się bowiem znaleźć w towarzystwie tak identyfikowanych oponentów w salach wykładowych czy w salach rozpraw.

I jeszcze druga uwaga. Współczesne filozofie polityki, a wespół z nimi środowiska realnej polityki — z pozycji których dokonywana jest obecnie szczególnie intensywna krytyka prawoznawstwa i sądownictwa — są zróżnicowane. Niebezpiecznie łączy je jednak fenomen politycznego radykalizmu, zarówno lewicowego (zob. nurt *critical legal studies*), jak i prawicowego (na przykład inspirowany Schmittem

35 Z. Ziembiński pisze o „pozornej prostocie paradygmatu dogmatyki prawniczej", który bierze się z „symplicyzującego obrazu dogmatyki jako realizującej swoje zadania poprzez zalgorytmizowane wykonywanie reguł [...]". I dodaje: jakkolwiek „terminologia i aparatura pojęciowa prawa, niektóre podstawowe konstrukcje myślowe, zarysy ogólne niektórych instytucji prawnych dziedziczone są z formacji na formację [...] [to jednak] w toku tej sukcesji ulegają [...] zmianom". Dlatego powstaje potrzeba uwzględniania „odmiennej wiedzy o sprawach społecznych" i „odmiennego systemu ocen [...]". „Różnica leży w przyjmowanych systemach wartości, a nie w samym przez się paradygmacie metodologicznym rozstrzygania problemów dogmatycznych" — Z. Ziembiński, *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, Warszawa-Poznań 1983, s. 73 i 87.

program *political theology*). Nurty te podobnie pozycjonują politycznego „wroga", za którego uważają instytucje liberalnej demokracji, w tym naukę prawa i sądownictwo jako jej istotne części składowe. Przywołane wcześniej wydarzenia polityczne z XI i XIX wieku przebiegały i konstruktywnie kończyły się z doniosłym udziałem prawa i prawników. Obecnie jednak to sami prawoznawcy i instytucje, w ramach których działają (uniwersytety, sądy), stały się „wrogiem" przywołanych nurtów filozofii politycznej. To istotna różnica. Prawoznawcom i sądowym decydentom należałoby w tej sytuacji zalecić postawę rozsądku, miarkowanej w duchu antycznego *fronesis* otwartości na światopoglądowe zamiany dyktowane przez filozofów polityki. Podejście takie zawsze miało w sobie walory uniwersalizujące i, przede wszystkim, tonizujące atmosferę sporu politycznego. To jednak może nie wystarczyć. Akademicy i sędziowie powinni również podjąć wysiłek i skonfrontować zastany paradygmat swojej zawodowej dyscypliny/dziedziny z pewnymi istotnymi dla współczesnej filozofii politycznej roszczeniami.

Wrocławski filozof polityki L. Koczanowicz w ramach proponowanej przez siebie koncepcji tak zwanej niekonsensualnej demokracji stwierdza, że dialog społeczny nie ma już prowadzić do porozumienia. Jego wartość polegać ma natomiast na szansie, jaką stwarza dla lepszego rozumienia się stron sporu[36]. Wiąże się to z nieusuwalną naturą antagonizmów społecznych współczesnej praktyki demokratycznej. Odnosząc twierdzenie powyższe do interesującej nas problematyki, w niekonsensualnej demokracji proces prawny ma być forum ekspresji pluralistycznych wartości, „medium umożliwiając[ym — dop. A.B.] poprawę rozumienia, a nie sposób dochodzenia do konsensu [...] czy [tym bardziej — dop. A.B.] rozstrzygani[a — dop. A.B.] sporów"[37]. Mamy zatem ważne rozwinięcie przywołanej wcześniej tezy Mouffe. Sala sądowa powinna stać się miejscem, które pozwoli przekształcić nieusuwalny społeczny antagonizm pomiędzy wrogami w relację agonistyczną między przeciwnikami — jak nazywa to belgijska filozofka demokracji — „w paradoksalny sposób określanymi jako »przyjaźni wrogowie«, a zatem jako osoby będące przyjaciółmi, bowiem dzielą wspólną symboliczną przestrzeń, lecz które są również wrogami, gdyż chcą ja organizować inaczej"[38].

W cytacie tym znajdujemy dwie wiadomości dla prawnika: dobrą, jaką jest użyteczność, a nawet szacunek dla wspólnej przestrzeni, jaką

36 L. Koczanowicz, *Polityka dialogu*, Warszawa 2015.
37 *Ibidem*, s. 197.
38 Zob. Ch. Mouffe, *Polityka bez przeciwnika*, s. 33.

może stwarzać sąd (prawo, proces prawny), oraz złą — dla sporów politycznych sąd nie jest miejscem porozumienia, a tym bardziej władczego rozstrzygania sporów, lecz jedną z wielu płaszczyzn politycznej ekspresji. Jednak i ta zła wiadomość ma dla prawnika wartość: (i) wartość edukacyjną, gdyż uświadamia mu istnienie i wagę konfliktów politycznych, konfrontuje dotychczasowe pojmowanie jego roli zawodowej z politycznością — z różnymi, w tym politycznymi, motywacjami uczestników sporów sądowych oraz z takimiż skutkami ewentualnych sądowych rozstrzygnięć; oraz (ii) praktyczną (pragmalingwistyczną), ponieważ daje prawnikowi świadomość odmiennych idiomów, w ramach których działają politycy i prawnicy, uczestniczenia każdego z tych środowisk w innej — jak nazywał to Ludwig Wittgenstein — „grze językowej", grze w inny sposób racjonalizowanej i inaczej organizowanej. Dla polityka będzie to pragmatyczna orientacja na samo działanie (co nazywane bywa niekiedy „postpolityką"). Dla prawnika jest to apragmatyczna orientacja na rezultat, z rozstrzygającym spór wyrokiem w funkcji wiodącej. A jeśli tak, to — podobnie jak skonfliktowani politycy — również profesorowie prawa i sędziowie mają „prawo" do tego, aby „symboliczna przestrzeń", jaką stwarza prawo, była „organizowana inaczej", niż to sobie wyobrażają teoretycy polityki i politycy. To nie może się zmienić, jeżeli oczywiście chcemy zachować dotychczasowe role społeczne dogmatyki prawa, sądów i urzędów. Gdyby zaszły zmiany, byłaby to rewolucja polityczna o skutkach dla kultury prawnej daleko wykraczających poza przywołane w niniejszym tekście wydarzenia z XI i XIX wieku.

CZĘŚĆ SIÓDMA

VARIA

Wspomnienia o Arturze Kozaku*

Artur Kozak
(1960–2009)

Urodził się dnia 11 stycznia 1960 roku we Wrocławiu. Był absolwentem XIII Liceum Ogólnokształcącego. W 1978 roku rozpoczął studia administratywistyczne na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Wrocławskiego, a następnie uzupełniające studia prawnicze. Tytuł magistra prawa uzyskał na podstawie pracy „Prognoza i jej rola w tworzeniu prawa", napisanej pod kierunkiem prof. Stanisława Kaźmierczyka. Krótko po studiach pracował jako aplikant w Prokuraturze Rejonowej dla Wrocławia-Śródmieścia. Z końcem 1984 roku powrócił na Wydział i został zatrudniony w ówczesnym Zakładzie Teorii Państwa i Prawa na stanowisku asystenta-stażysty, a po roku na stanowisku asystenta. Dnia 16 stycznia 1995 roku obronił pracę doktorską pod tytułem „Pojmowanie prawa w teorii wykładni" przygotowaną również pod naukową opieką prof. Stanisława Kaźmierczyka. Jeszcze w tym samym roku został zatrudniony jako adiunkt w Katedrze Teorii i Filozofii Prawa. Kolejny znaczący krok w Jego karierze naukowej nastąpił we wrześniu 2002 roku, kiedy to uzyskał stopień doktora habilitowanego na podstawie rozprawy „Granice prawniczej władzy dyskrecjonalnej". W styczniu 2008 roku — a więc nieco ponad rok przed śmiercią — otrzymał awans na stanowisko profesora Uniwersytetu Wrocławskiego. Od 2003 roku związał się również z Uniwersytetem Opolskim, na którym niemal od początku był zatrudniony jako profesor i pełnił funkcję kierownika

* Tekst pierwotnie opublikowany w: *Pamięci zmarłych Profesorów i Docentów Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego 1945–2010*, red. L. Lehmann, M. Maciejewski, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2010, s. 166–175.

Zakładu Teorii i Filozofii Prawa. Umiejętnie łączył naukę i dydaktykę akademicką z działalnością organizacyjną oraz praktyką prawniczą. Od 2008 roku był między innymi ekspertem Państwowej Komisji Akredytacyjnej, współpracował jako organizator szkoleń zawodowych z wrocławską Izbą Skarbową, pełnił wiele odpowiedzialnych funkcji wydziałowych i uniwersyteckich. Był żonaty od 1984 roku. Żona, Maria Łukowska-Kozak, jest radcą prawnym. Miał jedno dziecko, syna — Piotra, który podążając drogą wytyczoną przez rodziców, obecnie studiuje prawo na wrocławskim Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii.

Z Arturem Kozakiem znałem się przez całą Jego karierę naukową. Obserwowałem zarówno Jego początkowe trudności z dostosowaniem się do zastanego kanonu uprawiania ówczesnej nauki, jak i spektakularne sukcesy i uznanie środowiska polskiej teorii i filozofii prawa, które towarzyszyły ostatniemu okresowi Jego aktywności zawodowej. Pierwsze w mojej pamięci, nieco bardziej osobiste, wspomnienie o Arturze wiąże się z momentem rozpoczęcia przezeń pracy w Zakładzie Teorii Państwa i Prawa, a właściwie jeszcze z towarzyszącą temu niepewnością łączącą się z oczekiwaniem na ten dzień. W tamtym czasie byłem najmłodszym asystentem w Zakładzie — i z tego też tytułu koledzy wpadli na niespecjalnie oryginalny pomysł, aby identyfikować mnie za pomocą określenia „młody". Nie czułem się z tym jakoś szczególnie dobrze i pilnie wyczekiwałem dnia, w którym ten przydomek się zdezaktualizuje. Miałem zatem osobiste powody, aby Artur Kozak został zatrudniony w Zakładzie Teorii Państwa i Prawa. Była jeszcze dodatkowa przyczyna pewnego niepokoju związanego z Jego zatrudnieniem. Jesienią 1984 roku organizowaliśmy (dla mnie to był pierwszy z tego typu obowiązków) konferencję „Tradycja i innowacja w prawie". Towarzyszyło temu spore poruszenie. Zorganizowanie czegokolwiek w tamtych czasach wiązało się z logistyką dzisiaj trudną do wyobrażenia (pamiętam, jak biegałem po mieście za długopisami i ołówkami). Powód, z którego następowało spóźnienie w podjęciu naukowo-dydaktycznych obowiązków przez magistra Artura Kozaka (później dowiedziałem się, że jako aplikant prokuratorski miał jeszcze dokończyć jakieś swoje powinności), wydał mi się wtedy kompletnie błahy wobec wyzwań, jakimi był zakup ołówków w placówkach socjalistycznego handlu na potrzeby konferencji „międzynarodowej" (dwóch profesorów z NRD). Okoliczność ta dodatkowo wzmogła napięcie towarzyszące stawieniu się przez Artura Kozaka w Jego nowym miejscu pracy.

Artur nie pojawił się na naszym Wydziale jako człowiek znikąd. My wszyscy (z wyjątkiem ówczesnego kierownika Zakładu prof. Henryka Rota) na miarę swoich możliwości unikaliśmy w tamtym

ustroju angażowania się w działalność społeczno-polityczną czy publicystyczną. Ambicją każdego z nas było znaleźć się w przyszłości, jeżeli nie w kanonie, to przynajmniej na opłotkach teorii prawa budowanej przez postacie takiego formatu, jak J. Wróblewski, Z. Ziembiński czy L. Nowak. Tymczasem Artur Kozak już wcześniej dał się poznać jako społecznie zaangażowany publicysta, ujawniający w lokalnej prasie swoje, nawet na ówczesne czasy, dość radykalne poglądy społeczno-polityczne. Więcej, gdy już się pojawił w naszym towarzystwie, to przy pierwszym wystąpieniu na zebraniu Zakładu okazało się, że swoich poglądów wcale nie zamierza się wypierać, a nasze naukowe autorytety nie robiły na nim szczególnego wrażenia. Pamiętam, że w tamtym okresie podjąłem się nawet pedagogicznej misji cywilizowania Artura, nawracania Go ku wierze w autorytety nam bliskie (chodziło głównie o typ podejmowanych problemów, a także o język naukowej narracji, dominujący w tamtym czasie w analitycznej teorii prawa). Wiedziony taką ideą wytknąłem Mu na którymś z zebrań, że to, co robi, nie ma walorów teorii prawa, i że myśli w sposób „nieprawniczy". Przez wiele lat mi to pamiętał i z nutą pretensji przypominał przy różnych okazjach. W późniejszym czasie trochę żałowałem tej wypowiedzi, gdyż bardzo ceniłem sobie naszą długoletnią przyjaźń i z upływem lat (dystansu, jaki człowiek nabiera do innych, a przede wszystkim do siebie) miałem już wątpliwości, czy aby moja metoda urabiania poglądów naukowych nieco młodszego kolegi nie była nazbyt radykalna.

Artur miał po prostu ukształtowane poglądy, a brakowało mu jedynie warsztatu naukowego, aby pomysłom swoim nadać postać akceptowalną w środowisku naukowym. My w tamtym czasie zdobywaliśmy i ugruntowywaliśmy warsztat naukowy, opierając się na zastanych w polskim środowisku dobrych wzorcach, często jednak przez długie lata towarzyszyły temu wątpliwości, jaki powinniśmy z niego uczynić pożytek. Warsztat jest umiejętnością nabytą, łatwiej bądź trudniej, ale przecież możliwą do wyuczenia czy wykształcenia w sobie. Naukowy pogląd na świat ma bardziej skomplikowane uwarunkowania. Jednym jest jakoś naturalnie dany, inni — choć znakomicie znają i potrafią posługiwać się naukowym *know-how* — mają ciągłe kłopoty z jego budowaniem i nieustannie bywają targani dylematem „o czym tu pisać?". Zwykle tym drugim pozostaje dziennikarstwo naukowe, czyli mnożenie dorobku przez produkowanie sprawozdań z pola naukowych dokonań innych badaczy. Arturowi taki dylemat był obcy. Należał zdecydowanie do tej pierwszej grupy. Po kilku latach, gdy wątpliwości co do warsztatowych walorów Jego tekstów — raczej towarzyszące najbliższemu środowisku aniżeli Jemu samemu — w sposób naturalny zniknęły, stał

się, już bez tego cienia wcześniejszej niepewności, najbardziej oryginalnym i rozpoznawalnym (cytowanym) autorem spośród pracowników wrocławskiej Katedry Teorii i Filozofii Prawa. Okazuje się, że w nauce najważniejszą rzeczą jest mieć coś do powiedzenia.

Jednak przez cały czas Jego pracy naukowej ten młodzieńczy syndrom uwikłania w społeczną (socjalną) wrażliwość dawał znać o sobie. Choć z upływem lat stawał się coraz bardziej dojrzałym i cenionym badaczem, to mimo wszystko mam wrażenie, że zawsze był taki sam: poszukiwał głównie takiej literatury i takich inspiracji, które utwierdzałyby Jego przekonanie, że „świat teorii prawa" nie jest konstruktem składających się z abstrakcyjnych pojęć elementarnych i ich logicznych konsekwencji, lecz jest silnie uwikłany w praktykę, przy czym rzeczywistość prawna ma przede wszystkim charakter społeczny, praktyka prawnicza zaś jest ważnym, i względnie autonomicznym, elementem tej rzeczywistości. Nieprzypadkowo socjologia (socjologia prawa) była tą dziedziną, w której czuł się nie mniej kompetentny niż w teorii i filozofii prawa. Był wręcz uparty w eksponowaniu swoich — takich właśnie — poglądów. Pamiętam, jakie znaczenie dlań miała lektura książki P. Bergera i T. Luckmanna, *Społeczne tworzenie rzeczywistości* (wydanie polskie ukazało się w roku 1983, a więc na samym starcie Jego pracy naukowej). Fakt, iż praca ta wywarła na Arturze tak mocne wrażenie, był łatwy do przewidzenia. Autorzy ci proponowali atrakcyjną siatkę pojęciową dla Jego przekonań. My natomiast nie mogliśmy wtedy jeszcze przewidzieć, że przez następne lata będziemy zmuszeni oswajać się z językiem Artura, na który składały się takie konstrukcje, jak „imperatyw instytucjonalny", „subświat instytucjonalny", „subuniwersa znaczeniowe" czy wreszcie „juryscentryzm" (to ostatnie pojęcie było Jego własne, choć zapewne inspirowane „etnocentryzmem", spopularyzowanym przez R. Rorty'ego). Był bardzo silnie przywiązany do swojego obrazu prawa i prawoznawstwa, a także wyrażających go pojęć. Można powiedzieć, że poniekąd wytworzył swoje własne narzędzia artykulacji prawa i praktyki prawniczej, co przysporzyło mu zarówno sympatyków, jak i krytyków (także w ramach Katedry). Był erudytą, czerpał z bardzo wielu źródeł, choć zawsze dobieranych pod kątem własnych, szczególnych oczekiwań. Jego późniejsze, już ukształtowane, poglądy nie dają się wpisywać w jakąś zastaną filozofię (filozofię prawa). Miał za to cechę dość ekskluzywną dla środowiska polskiej nauki — oryginalność. Kiedyś nasz wspólny promotor doktoratu, prof. S. Kaźmierczyk (ja byłem Jego pierwszym wypromowanym doktorem, Artur bodaj trzecim), zróżnicował adeptów teorii prawa na osoby, których życie zawodowe polega na ciągłym — i nie zawsze uwieńczonym sukcesem — przyuczaniu

się do tego zawodu, i na takich, którzy „teoretykami są z urodzenia". Bardziej niż ktokolwiek mi znany Artur zasługuje na zaliczenie Go do tej ostatniej grupy.

Lubił pisać i mówić. Przychodziło mu to łatwo. Pamiętam, jak w 2002 roku opracowywaliśmy wspólnie referat na Zjazd Katedr w Gnieźnie o „Wykładni prawa w zgodzie z Konstytucją". Termin wysyłania tekstów mijał bodaj 10 września, a my spotkaliśmy się gdzieś w drugiej połowie sierpnia, aby wymienić się uwagami. Ja swoją część tekstu już miałem prawie gotową, poświęcając na to sporą część wakacji. On, jak zdążyłem się zorientować w trakcie rozmowy, swoje myśli miał dopiero w głowie. Oczywiście referat powstał i został wysłany w terminie. Artur po prostu wiedział, co ma napisać, i potrzebował tylko na to czasu. Podobnie było z wystąpieniami konferencyjnymi. Dla wielu, dla mnie również, konieczność prezentacji własnych poglądów wobec jakiegoś liczniejszego i wpływowego gremium zawsze była emocjonalnym przeżyciem. Dla Niego wystąpienia takie wydawały się tylko sposobnością do wyrażania poglądów. Przychodziło mu to łatwo. Bez sprzeciwu brał na siebie zadanie wygłaszania wspólnie opracowanych referatów. Był „osobowością konferencyjną", której bardzo odpowiadała atmosfera sporów i polemik. Ponieważ głoszone przezeń poglądy zazwyczaj odbiegały od standardowych twierdzeń teorii prawa, mieliśmy niemal pewność, że zawsze znajdzie się grono polemistów oraz że umiejętnie poradzi sobie w takiej sytuacji. W sporej mierze dzięki obecności Artura na środowiskowych konferencjach (zwłaszcza tych mniejszych, bardziej kameralnych, do jakich należały między innymi nasze rokroczne spotkania w Karpaczu) były one miejscem ciekawych dyskusji. W jeszcze większym stopniu uwaga ta dotyczyć powinna debat toczonych na zebraniach Katedry. Dopiero z perspektywy czasu, jaki upłynął od śmierci Artura, daje się zauważyć to, jak zmieniła się — można powiedzieć, że „przygasła" — atmosfera naukowych spotkań wrocławskiej Katedry Teorii i Filozofii Prawa.

Na osobną uwagę zasługuje język tekstów naukowych Artura Kozaka oraz sposób argumentacji. Wywoływało to w środowisku zróżnicowane reakcje. Z jednej strony byliśmy pełni podziwu dla erudycyjności, rozległości obszarów, z których czerpał argumenty i przykłady, z drugiej zaś, kierowani nobliwymi wzorcami dominującej przez długie lata w polskiej teorii prawa szkoły analitycznej — krytykowaliśmy Go (nieskutecznie) za metaforyczność, a nawet frywolność używanych pojęć i przykładów. Chociaż Artur nie był entuzjastą postmodernizmu, gdy chodzi o poglądy, które w tym nurcie można znaleźć (trochę z tej literatury polemicznie czerpał, był z nią w „intelektualnym kontakcie"), to jednak

w jakiejś mierze okazał się reprezentantem stylu pisarskiego noszącego ślady ponowoczesności. Przełamywał bariery pomiędzy dyscypliną narzucaną przez ekskluzywny (nie dla wszystkich zrozumiały) język tradycyjnej teorii prawa a literacką metaforą przykładami dobieranymi z innych, często odległych od prawoznawstwa nauk czy nawet sięganiem do potocznych praktyk i przekonań. Na przykład jedna z pierwszych wersji testów egzaminacyjnych ze wstępu do prawoznawstwa opracowanych przez nas zespołowo w Katedrze zmusiła nas, współautorów tego materiału, do uzupełnienia naszego wykształcenia z historii Japonii, gdyż odpowiedź na jedno z pytań wymagała znajomości niejakiego Odo Nobunagi (heroiczny przywódca szesnastowiecznej Japonii, zasłużony w walkach klanowych, oblegany w beznadziejnej sytuacji miał ponoć popełnić seppuku). Niektórzy z nas — a za sprawą wymagań egzaminacyjnych także liczni studenci I roku — zapewne nigdy nie dowiedzieliby się, kim był ten jegomość.

Sięgając wyłącznie do ostatniej Jego książki (już pośmiertnie przygotowywanej do druku), możemy zaczerpnąć nieco wiedzy z historii Islandii (na przykład dowiedzieć się, że „logsogumadr Snorri Sturluson, otwierając ogólnokrajowy wiec zwany althingiem, wygłaszał prawa z pamięci, choć bez wątpienia był człowiekiem piśmiennym") czy starożytnej kultury doliny Indusu („inskrypcje z Mohendżo-Daro wciąż mówiłyby do nas. Nie mówią, bo umarła semantyka kultury, w której były one zanurzone"). Odwołania do praktyk ze świata zwierząt, mające ukazywać biologiczne uwarunkowania mowy (konwersacja symboliczna a konwersacja gestów), były z kolei dla niektórych prawników dobrą okazją do poznania wyników badań behawioralnych ze świata lwów z Serengeti czy afrykańskich koczkodanów. Sympatia Artura dla archeologii była jeszcze dalej idąca (zanim zdecydował się na studia prawnicze, poważnie rozważał edukację na tym kierunku), stąd na przykład w pracy tej znajdziemy spory *passus* poświęcony temu, jak mieszkańcy pewnej wsi pod Sandomierzem kultywują przedchrześcijańskie obyczaje w Zielone Świątki. Z kolei za przykład literacko-filmowej metafory, charakteryzującej prawniczą sytuację poznawczą, niech posłuży wykorzystanie przez Artura parafrazy J.M. Balkina, odwołującej się do ulubionego powiedzonka mamy Forresta Gumpa: „Ustawa jest jak pudełko czekoladek. Nigdy nie wiadomo, co się z niej wyciągnie". Ostatnią już egzemplifikację, ukazującą łatwość przemieszczania się pomiędzy porządkiem językowym teorii prawa i innymi obszarami ludzkiej refleksji, pozwolę sobie przedstawić w postaci nieco dłuższego cytatu z Jego ostatniej, nieukończonej pracy:

> Takie przejście od Themis, praktyki traktowanej jako dana w faktyczności, do Dike, a więc świata reguł „naturalnych" i ważnych samych przez się, dokonało się niedawno na naszych oczach we Wrocławiu [...]. W maju 2008 r. [...] kontestatorzy i rzecznicy równouprawnienia mężczyzn wyznaczyli sobie spotkanie we Wrocławiu. Przyjechał na nie m.in. student Politechniki Koszalińskiej stale używający szpilek. Miał zamówiony pokój w jednym z wrocławskich akademików. Portierka najpierw go zakwaterowała, ale po namyśle kazała mu opuścić akademik, jako powód podając jego niedopuszczalny sposób ubierania się. Można powiedzieć, że owa portierka dokonała na naszych oczach przekroczenia granicy pomiędzy światem Themis i światem Dike. Aż do maja 2008 r. osoba ta żyła w świecie, w którym słońce świeciło w dzień, deszcz padał z góry do dołu, a mężczyźni nie używali szpilek i spódnic. Student w szpilkach zawiódł przede wszystkim jej oczekiwania kognitywne. Pierwotną reakcją było zapewne zaskoczenie i dlatego najpierw podjęła decyzję o zakwaterowaniu studenta zgodnie z rezerwacją i utartymi procedurami. Po odruchowej reakcji przyszedł jednak czas na refleksję. Teraz nastąpił moment kluczowy dla dalszego rozwoju sytuacji. Portierka mogła zachować postawę kognitywną i skorygować swój obraz świata. Koniec końców jej oczekiwania wobec społecznego otoczenia okazały się jednak odporne na naukę i przybrały formę normatywną. Kobieta sformułowała regułę zakazującą mężczyźnie korzystania z elementów damskiej garderoby, a student został obciążony odpowiedzialnością za uzgodnienie swego zachowania z tą regułą. Portierka, która poczuła się powołana do jej wyegzekwowania z całą pewnością nie uważała się za jej autorkę. Ta reguła wyrażała — z jej punktu widzenia — naturalny porządek rzeczy, czyli świat Dike[1].

Do obrazu, jaki wyłania się z języka naukowej narracji Artura, dodać może warto dwie informacje pokazujące obszary Jego zainteresowań. Zanim jeszcze rozpoczął pracę naukową, podejmował próby malarskie. Zrezygnował z tego dość wcześnie, stąd przynajmniej mi nie było dane poznać tych realizacji (no może poza produktami nawykowego kreślenia jakichś obrazków w trakcie przydługich wystąpień na różnych zebraniach). Jednak druga młodzieńcza pasja towarzyszyła mu znacznie dłużej, a mianowicie klejenie „militarnych" modeli różnych obiektów jeżdżących i latających (nie zauważyłem pływających). Kiedy małżonka, przy okazji kolejnego remontu, wyekspediowała Go z mieszkania z całą tą kolekcją, przeniósł ją do swojego gabinetu na Wydziale, dzięki czemu przedmioty te mimowolnie uzyskały walory obiektów wystawienniczych (podziw odwiedzających Go studentów i współpracowników mieszał się niekiedy z uwagami złośliwymi). Miał też inną jeszcze pasję, a właściwie nawet słabość, a mianowicie komputery i nowości

1 A. Kozak, *Myślenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej*, do druku przygotował M. Pichlak, wstęp A. Bator, Wrocław 2010, s. 184.

elektroniczne wszelkiego rodzaju. Nagrywał swoje wykłady i korzystał z różnych notatników elektronicznych (palmtopów) — jak mi się wydawało — czynił to bardziej z potrzeby obcowania z techniką niż dla wygody czy jakichś wymiernych korzyści. Była to chyba pewna forma kontynuacji Jego fascynacji techniką (miałem wrażenie, że zainteresowanie klejeniem modeli zeszło na drugi plan wraz z pojawieniem się komputerów). Urzeczenie nowymi mediami pogrążyło Go w pewnym okresie — z upływem lat zjawisko to jednak na szczęście minęło — w gry komputerowe. Przypominam sobie, jak kiedyś (a miało to miejsce w 1999 roku) pełniłem obowiązki redaktora tomu materiałów konferencyjnych i pełen obaw o dotrzymanie terminów wydawniczych po raz kolejny zapytałem Artura, kiedy złoży swój tekst do tomu, na co odpowiedział mi, że niechybnie to uczyni, ale wpierw musi pokonać ósmy stopień „Cywilizacji". Terminowo zdążył nie tylko ucywilizować wirtualny świat, lecz także wywiązać się z obowiązków wydawniczych.

Wydaje mi się, że bardziej odpowiadały mu powinności związane z życiem naukowym niż dydaktycznym. Był lubiany i ceniony przez studentów (zapewne przez otwartość i życzliwość w relacjach z nimi), chociaż opinie o Jego wykładach bywały różne. Zawsze imponował słuchaczom erudycją i oczytaniem, ale i tutaj nie trudził się oddzielaniem wiedzy przedmiotowej (zastanej, podręcznikowej) i własnej, oryginalnej, domagającej się partnerskiego dyskursu. Oczywiście nie był ewenementem pod tym względem, wielu profesorów, w mniejszym czy większym stopniu, eksponuje w dydaktyce własny dorobek. U Artura było to dodatkowo jeszcze obudowane w język, w jakiejś mierze autorski, komunikacyjnie nienajłatwiejszy. Każdy teoretyk ma problem z „pragmatyczną jasnością" używanego języka, zwłaszcza gdy adresuje go do zewnętrznego audytorium. Oryginalność dorobku Artura stawiała Go pod tym względem w sytuacji chyba jeszcze bardziej wyjątkowej, niż to standardowo bywa z teoretykami prawa. Wiem również, że Arturowi niełatwo przychodziła opieka nad młodszą kadrą naukową (zdążył wypromować jednego doktora). Po jednym z zebrań Katedry, na którym omawiane były tezy doktorskie któregoś z Jego podopiecznych, postawiony w ogniu krytyki (bardziej On jako opiekun niż sam doktorant) wyraził w rozmowie ze mną wątpliwość, czy aby opieka naukowa jest tym, co powinien robić. Sądzę, że i w tym wypadku Arturowi z pewnym trudem przychodziło poczucie roli, że mianowicie niekiedy na drugi plan zejść powinien autentyzm i własne zaangażowania badawcze na rzecz spolegliwej i tolerancyjnej opieki, wymagającej niekiedy dopuszczenia innych sposobów postrzegania świata. Bardzo szanował cudze poglądy, jednak traktował naukę przede wszystkim jako

płaszczyznę polemik. Wyraźną satysfakcję sprawiał Mu środowiskowy rezonans, jaki powodowały Jego własne poglądy. Miał bardziej zadatki na nauczyciela-mistrza, kreującego własną szkołę naukową, aniżeli nauczyciela-organizatora, cierpliwego opiekuna życia naukowego czy nobliwego uczonego dzielącego się doświadczeniem z młodszymi.

Artur nie miał typowej osobowości profesorskiej — zdystansowanej, oficjalnej, nierzadko ukrywającej wątpliwości czy nawet kompleksy. Był człowiekiem bardzo bezpośrednim, mającym łatwość w nawiązywaniu i podtrzymywaniu kontaktów (z większością młodszych od siebie pracowników Katedry był „na ty"). Ciągle mam w pamięci obrazy z naszych wypraw turystycznych w Karkonosze towarzyszące konferencjom w Karpaczu. Zawsze jako jeden z pierwszych stawiał się na „zbiórki", a później z nieodłącznym aparatem fotograficznym maszerował na czele grupy, konwersując naukowo i od czasu do czasu dokumentując zdjęciami uczestników i krajobrazy. Zapewne lubił tę pozanaukową część życia konferencyjnego, ale też — jak mi się wydaje — miał w sobie poczucie obowiązku wobec grupy i Katedry jako organizatora tych przedsięwzięć. Wielu uczestników, w tym także osoby znacznie młodsze od niego, niezobowiązująco podchodziły do tej części życia konferencyjnego. Już jako kierownik Katedry byłem Mu wdzięczny, że jest zawsze tam, gdzie powinien, i mobilizuje sobą innych. To poczucie obowiązku miało też inne przejawy — jak choćby zdyscyplinowanie, z jakim pojawiał się na wszystkich zebraniach naszej Katedry. Pewnie i tutaj głównym powodem było to, że lubił te spotkania, bo stwarzały okazje do tak przezeń cenionych dyskusji. Ale mam wrażenie, że robił to także z poczucia obowiązku wobec mnie i, przede wszystkim, wobec grupy. Gdy już się zdarzyło, że z jakichś powodów nie mógł być obecny, to zawsze skrupulatnie usprawiedliwiał swoją absencję. Nawet wtedy, gdy był już profesorem, czynił to w sposób, którego akuratność obca była wielu młodszym pracownikom Katedry. Robił to wszystko kierowany dość prostym imperatywem, który najlepiej chyba można oddać za pomocą słowa „przyzwoitość". Nie dostrzegłem w nim nigdy śladu zazdrości czy jakiejś skrywanej walki o stanowiska. Nie szukał funkcji i obowiązków, a te, które sprawował raczej Jego spotykały na drodze życiowej. Może wynikało to z tego, że posiadał autentyczne sukcesy naukowe i nie musiał sobie niczego w inny sposób kompensować. Miał poczucie satysfakcji z tego, co robił.

Informacje biograficzne
Akta Archiwum Uniwersytetu Wrocławskiego, sygn. 742/5211, Akta osobowe (Kozak Artur).

Esej o wyjątkowych (dla mnie) spotkaniach z ludźmi nauki*

Moja droga zawodowa nie była prostą sekwencją zdarzeń opartych na własnych wyborach. Świadomość, ile w tym, co kiedyś wybieraliśmy, kierując się rozsądkiem, było wynikiem naszych decyzji, a ile sprawą przypadku, który ukształtował dalsze losy, przychodzi dopiero z upływem czasu. O większości spotkań z czasem zapominamy. Są jednak i takie, często niedoceniane, które gdy się wydarzają, okazują się dla naszego życia przełomowe. W pracy naukowej wpływ ludzi, których spotykamy na swojej drodze ma znaczenie szczególne. Praca nasza jest przecież przede wszystkim rozmową. O kilku takich szczególnie dla mnie ważnych ludziach jest niniejszy tekst.

1. Szkoła średnia

Mój dom rodzinny był typowym, skromnym domem. Panował w nim jednak kult nauki (uczenia się) może dlatego, że rodzicom przez zawiłości losów wojennych możliwość taka została odebrana. Kiedy mama zastawała mnie z książką w rękach, bez słowa wychodziła (pokoju swojego nie miałem), ostrzegając ojca: cicho! Andrzej się uczy. Zdobywanie wiedzy zwalniało z domowych obowiązków. Tytuł magistra prawa, który uzyskałem w 1979 roku, był w najbliższej rodzinie wydarzeniem. W obronie mojej pracy doktorskiej udział wzięli jedynie ojciec i żona, mama nie zdecydowała się być jej świadkiem. Kiedy ojciec po obronie wrócił do domu i relacjonował matce swoje rozmowy z profesorami (ze Stanisławem Kaźmierczykiem, Januszem Trzcińskim, Zygmuntem Ziembińskim), z dumą opowiadał o odebranych gratulacjach,

* Niepublikowany.

podziwiając otwartość i szczerość uniwersyteckich rozmówców. Rodzice byli pierwszymi moimi naukowymi „promotorami".

Wybór szkoły średniej był dla mnie samego zaskoczeniem. W Kłodzku, gdzie się urodziłem i mieszkałem, były wtedy dwie szkoły, które dawały wykształcenie na poziomie średnim: Technikum Mechaniczne (specjalność: „obróbka skrawaniem") i Liceum Ogólnokształcące im. Bolesława Chrobrego. Nie wiem, skąd mi się wzięło, że nie mając pojęcia, czym jest „obróbka skrawaniem", u schyłku szkoły podstawowej uważałem, że z tą właśnie tajemniczą profesją powinienem związać swoje życiowe losy. W przeddzień złożenia papierów, za przekonującą sugestią jednej z moich koleżanek z podstawówki, zmieniłem zdanie i po poddaniu się egzaminowi z wiedzy ogólnej i dodatkowemu z matematyki stałem się uczniem miejscowego LO w klasie o profilu matematyczno-fizycznym. Szybko jednak przekonałem się, że moje uczucia do matematyki i fizyki nie zostały odwzajemnione. Mój dysonans poznawczy trwał mniej więcej rok. Zgodnie z teorią dysonansu człowiek dąży do spójności przekonań i postaw prowadzących do redukcji dysonansu. Dla mnie okazją do takiej redukcji stał się (obok uprawiania sportu, który towarzyszył mi zawsze) język polski w moim LO, a przede wszystkim jego niekonwencjonalny nauczyciel.

Nie interesowały go szkolne lektury i programy. Liczyło się nabywanie kompetencji kulturowych: śledzenie, a następnie dyskutowanie na zajęciach spektakli teatralnych oferowanych w TV, tekstów publikowanych w „Kulturze" i „Życiu Literackim" (nie ma już tych czasopism), bywanie na spotkaniach autorskich z pisarzami i poetami czy oglądanie i omawianie filmów w ramach popularnych w latach siedemdziesiątych Dyskusyjnych Klubów Filmowych. Wśród pracowników i uczniów LO krążyły o nim również dwie inne frapujące wieści: Czesław Dutka był animatorem Kłodzkich Wiosen Poetyckich, na których bywali tacy twórcy jak Zbigniew Herbert, Miron Białoszewski, Anna Kamieńska czy Adam Zagajewski, a więc musiał znać (i znał) ich osobiście. A jakby tego było mało, pisał również doktorat na filologii polskiej Uniwersytetu Wrocławskiego u Jana Trzynadlowskiego. Znalazłem w tym człowieku szansę na redukcję moich deficytów w matematyce i fizyce. A że rzuciłem się w wir Jego zainteresowań z pasją nuworysza (z wyjątkiem szachów, w których On był mistrzem — ja preferowałem bardziej dynamiczny sport — piłkę ręczną), to po jakimś czasie stałem się w klasie Jego *alter ego*, dzięki czemu w ramach „wolnych" tematów na zajęciach ich przebieg nierzadko był następujący: Profesor zadawał pytanie, wodząc wzrokiem po klasie, a gdy następowała cisza i oczy uczniów skierowane były pod ławki, Jego wzrok lądował na mnie, co ja

odbierałem jako pytanie: „no dobrze, weź no Ty przynajmniej coś powiedz", i zaczynałem, przerywając krępujący stan klasowej niepewności. W czwartej klasie padło z jego strony popularne w tamtych czasach wśród inteligentów pytanie: jaką książkę zabrałbyś na bezludną wyspę? Przy tym pytaniu klasa się wyraźnie ożywiła i pojawiały się różne odpowiedzi. A gdy ktoś z klasy zapytał, a jaką książkę zabrałby ze sobą Pan Profesor — ten odpowiedział, że interesującą książkę czyta się krótko, dlatego wolałby zabrać ze sobą interesującego człowieka. Na naszych spotkaniach, które do dzisiaj odbywamy w rocznicę matur, sytuacja ta bywa mi przypominana.

Moje z Czesławem Dutką drogi życiowe przecinały się również po maturze. We wczesnych latach osiemdziesiątych spotkaliśmy się w kłodzkim DKF-ie, gdzie mogłem pogratulować Mu stopnia doktora. Kilka lat później, na innym wydarzeniu kulturalnym, los znowu nas złączył i na kurtuazyjne „co słychać?" z Jego strony ja mogłem się pochwalić, że obroniłem doktorat, co On przyjął z lekkim zaskoczeniem. Podobną wymianę informacji-uprzejmości po jakimś czasie dokonaliśmy z pozycji doktorów habilitowanych, a wreszcie profesorów. Najważniejsze jednak było w tym biegu naszych naukowych życiorysów zachowanie wyjściowego porządku: pierw nauczyciel, a za nim uczeń. Ukoronowaniem tego była Jego złożona mi propozycja objęcia funkcji prorektora w PWSZ w Wałbrzychu, w której On był rektorem. Odeszliśmy z PWSZ w Wałbrzychu prawie w jednym czasie — On na emeryturę, ja zmęczony zatrudnieniem na dwa etaty. Profesor zmarł w 2020 roku i jest pochowany w swojej rodzinnej Polanicy-Zdroju. Byłem na Jego pogrzebie wraz z paroma osobami z klasy.

2. Studia

Wyboru filologii polskiej jako kierunku studiów nigdy poważnie nie rozważałem. Może dlatego, że filologię łączyłem z zawodem nauczyciela, bo o karierze naukowej wtedy mowy być nie mogło. Pomysł studiów prawniczych nasunął mi się pod wpływem lektury „Odry", w której znalazłem dwa ważne dla mnie wtedy teksty. Pierwszy był o twierdzy kłodzkiej, o jej wykorzystaniu jako więzienia dla lewicowych działaczy niemieckich, a w czasie II wojny światowej również oficerów państw alianckich. Drugim, chyba o jeszcze większym dla mnie znaczeniu, był cykl artykułów — relacji sporządzonych przez prawnika i działacza AK Kazimierza Moczarskiego. Nosił tytuł „Rozmowy z katem" i ukazywał się w latach 1972–1974 po raz pierwszy właśnie we wrocławskiej „Odrze"

(Moczarski w 1949 roku osadzony został w jednej celi więzienia mokotowskiego z Jürgenem Stropem, między innymi likwidatorem Getta Warszawskiego, skazanym na śmierć przez sąd amerykański). Wyłaniające się z tych rozmów mechanizmy rozwoju nazizmu — wedle linii rysowanej przez nieznaną mi wtedy jeszcze H. Arendt — okazały się dla mnie pasjonujące. Rok przed maturą zdecydowałem, że studia prawnicze to może być to, czego szukam, a moje braki w wiedzy historycznej przez ten rok zacząłem intensywnie uzupełniać. Jesienią 1975 roku byłem już studentem I roku prawa na Uniwersytecie Wrocławskim.

Pierwsze moje wrażenie na studiach wykuwało się poprzez pryzmat edukacji w liceum. Tam liczyła się opinia, która — zbudowana w pierwszej klasie — szła za uczniem aż do matury. Dla mnie było to obciążeniem, dlatego bez żalu rozstałem się z kłodzkim „ogólniakiem". Studia z zaliczeniami i egzaminami bardziej mi odpowiadały. Niepowodzenia nie przekuwały się na opinie. Każdy następny przedmiot stawał się nie tylko nowym wyzwaniem, ale i nową szansą. Przekrojowo patrząc, okazałem się studentem dobrym, ale na pewno nie bardzo dobrym. Ważniejsze od śrubowania ocen było dla mnie to, że mogłem wybierać, ale też i zmieniać swoje pasje. Młodzieńcze zainteresowanie prawem karnym pozostało, jednak tym, co ukształtowało ścieżkę moich dalszych losów nie było prawo karne, lecz konstytucyjne i gospodarcze. Nie stało się to jednak za sprawą sukcesów edukacyjnych w tych dziedzinach. Przeciwnie, w pierwszym moim egzaminacyjnym podejściu oba te przypadki okazały się porażkami. Poprawki z prawa konstytucyjnego na I roku studiów nie przeżyłem w sposób szczególny. Niepowodzenie zrzuciłem na karb braku doświadczenia w technologii zdawania egzaminów. Drugą porażkę z prawa gospodarczego („Prawa stosunków gospodarczych") na II roku studiów odebrałem już bardzo osobiście, pomimo oceny pozytywnej. Byłem rozczarowany sam sobą, bo obiecywałem sobie dużo więcej, a zależało mi na „więcej" ze względu na osobę egzaminatora. Był nim Profesor Adam Chełmoński junior (to samo imię nosił również Jego ojciec, także profesor prawa administracyjnego i gospodarczego).

Jeśli ktoś, kto zna mój późniejszy naukowy dorobek dostrzegłby w tych moich dwóch studenckich porażkach paradoks, to odpowiedziałbym: „i tak, i nie". Porażki bowiem więcej mnie nauczyły niż przychodzące zwykłym nakładem sił sukcesy, o których szybko później zapominamy. Czy jest to sprawa osobistych ambicji? W moim przypadku chyba jednak nie. Bo kto mógłby przewidzieć, że na przykład tak uznana postać nauki prawa konstytucyjnego, jaką był Profesor Kazimierz Działocha, kilkanaście lat później zaproponuje młodemu

doktorowi nauk prawnych (po zaznaczeniu swojego śladu w prawie konstytucyjnym jednym tylko tekstem) recenzję swojej książki w „Państwie i Prawie". Również wybór prawa gospodarczego nie był wyborem moim, lecz promotora mojej rozprawy doktorskiej — Profesora Stanisława Kaźmierczyka. Jednak wyłącznie moją już decyzją, za następnych kilka lat, był pomysł budowania w rozprawie habilitacyjnej teorii prawa gospodarczego osadzonej w pragmatycznej teorii norm (co w recenzji Profesor Sławomira Wronkowska uznała za pierwsze w polskiej teorii opracowanie problematyki prawa gospodarczego). Przypadek? „I tak, i nie".

W tej ostatniej kwestii mam szczególne powody, aby wrócić do Profesora Adama Chełmońskiego i pierwszego z Nim feralnego spotkania na egzaminie. W kłopoty z „Prawem stosunków gospodarczych" wprowadziło mnie, a jakżeby (formułę tę znają wszyscy studenci) losowanie pytań. Jednego z nich — z dwóch losowanych — chyba już nigdy nie będę w stanie wyrzucić ze swej pamięci: „Przedsiębiorstwa typu A i B". Mimo że typologia ta odpowiadała moim inicjałom, to nic mi to nie pomogło: pełna pustka w głowie. Profesor obejrzał moje zaliczenie na piątkę i podjął próbę wydobycia mnie z otchłani niewiedzy — nieskuteczną. Ogarnęło mnie dojmujące poczucie wstydu, które pojawia się zazwyczaj wtedy, gdy nam na czymś bardzo zależy. Chyba obydwaj ponieśliśmy wtedy porażkę. Mogę tak sądzić, gdyż dwa lata później, gdy broniłem pracę magisterską u dra Jana Bocia (temat nie miał nic wspólnego z prawem gospodarczym), i tak się złożyło, że właśnie Profesor Chełmoński był jej recenzentem, w trakcie obrony przypomniał mi mój feralny egzamin. Jedyne z tej obrony pytanie, jakie z Jego strony pamiętam, brzmiało: „a czy już wie Pan na czym polega różnica między przedsiębiorstwami A i B?". Przeczuwając najgorsze odpowiedziałem, że niestety nadal nie wiem, co Profesor skwitował: „nie szkodzi, już ich nie ma". I choć broniona wtedy praca magisterska zdobyła II nagrodę w konkursie Wydziałowym, to nie miało to na przyszłość dla mnie żadnego znaczenia i nie warto nawet podawać jej tytułu. Pomimo niefortunnych okoliczności poznanie Profesora miało dla mnie ogromne znaczenie, a nasze drogi jeszcze wielokrotnie się przecinały. Wspomnę tylko o trzech zdarzeniach.

Po obronie mojego doktoratu o normach planowania gospodarczego (maj 1988 roku) Profesor złożył mi gratulacje w sposób wskazujący na Jego wobec mnie autentyczną sympatię. Kilka lat później Zygmunt Ziembiński, ówczesny redaktor naczelny „Ruchu Prawniczego, Ekonomicznego i Socjologicznego", zorganizował debatę na temat prawa gospodarczego („Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 1993,

z. 1, „Co to jest prawo gospodarcze"), gdzie — obok innych znaczących postaci polskiej doktryny prawniczej — miejsce obok siebie zajęli reprezentujący ośrodek wrocławski Profesor Adam Chełmoński jr i Jego nie tak dawny jeszcze student, czyli ja. W październiku 2000 roku miałem kolokwium habilitacyjne, a głównym składnikiem ocenianego dorobku była monografia *Użycie normy w regulacji stosunków gospodarczych*. Przejęty tym ważnym dla mnie wydarzeniem nawet nie zauważyłem, że Profesor również był na tym posiedzeniu. Zajął niewidoczne miejsce w rogu sali i nie zabierał głosu. Składając mi po kolokwium gratulacje, dodał, że bardzo mu na obecności w tym wydarzeniu zależało. Wtedy dopiero zauważyłem, że wygląda na człowieka poważnie chorego. Kilka miesięcy później Profesor zmarł. Od jednego z pracowników Instytutu Administracji dowiedziałem się, że była to ostatnia wizyta na Wydziale Profesora Adama Chełmońskiego jr.

3. Nauka

Przez cztery lata studiów prawniczych myśl, że mogę zostać pracownikiem naukowym była poza moją wyobraźnią. Widziałem siebie w roli sędziego w moim rodzinnym mieście. Pomysł, że uniwersytet może być moim miejscem pracy pojawił się na ostatnim semestrze studiów. Wtedy to trafiłem, decydując się na jeden z listy tak zwanych przedmiotów do wyboru, na wykład Profesora Stanisława Kaźmierczyka. Była to „Etyka prawnicza". Luźna, dyskursywna forma wykładu, a także zachęcający sposób jego zaliczania (student sam przygotowywał dyskutowany problem) sprawiły, że uznałem etykę prawniczą za miły akcent wieńczący moje studia prawnicze. Nie pamiętam szczegółów wygłoszonej przeze mnie oracji, a jedynie to, że wiodącym w niej pojęciem była metaetyka. Profesor cierpliwie słuchał, potem wpisał coś do indeksu i zapytał, czy interesowałyby mnie praca naukowa. Na takie pytanie nie można było odpowiedzieć inaczej niż twierdząco. Jednak już po następnym zdaniu Profesora „wróciłem na ziemię". Dowiedziałem się bowiem, że „widzi we mnie teoretyka", ale obecnie nie ma etatów. Mój zapał znikł równie szybko, jak się pojawił.

Wróciłem do realnego wariantu budowania swojego życiorysu. Zdałem egzamin na aplikację sądową w Sądzie Wojewódzkim w Świdnicy, po roku byłem już po tak zwanym egzaminie cząstkowym z prawa cywilnego, odebrałem swój program obowiązków na II rok aplikacji i wtedy, po niemal półtora roku od naszej rozmowy o metaetyce, zadzwonił Profesor Kaźmierczyk, informując mnie, że jest etat i że za trzy

dni będzie Rada Wydziału, która może mnie zaopiniować na stanowisko asystenta. Profesor nie zapomniał dodać — co było u Niego jak się później zorientowałem zasadą — że oczywiście natychmiast muszę zrezygnować z aplikacji. Teoria bowiem to poważna sprawa, a teoretykiem się jest, a nie bywa. Emocji dodatkowych dostarczała okoliczność, że za kilka dni zaczynał się rok akademicki, a ja byłem związany umową z Prezesem Sądu Wojewódzkiego, bez żadnego lokum we Wrocławiu. To były najbardziej szalone i podszyte niepewnością dni w moim życiu. Przeważył dość irracjonalny argument, do którego z żoną doszliśmy wspólnie: praca sędziego jest w zasięgu ręki, dlatego jeżeli pójdziesz tą prostą drogą, to zawsze będziesz rozważał, że można było więcej osiągnąć w życiu. Praca sędziego to owszem, prestiż w skali powiatowego miasta, praca na uniwersytecie, to już zupełnie inna skala. Tak to sobie wspólnie rozważaliśmy, nie wiedząc, co mnie (nas) czeka, a mieliśmy już dziecko i mieszkaliśmy u teściów w Kłodzku. Nigdy nie żałowałem swojego wyboru.

Dnia 1 października 1980 roku zostałem asystentem w ówczesnym Zakładzie Teorii Państwa i Prawa. Mój stan umysłu tego dnia dobrze oddaje aforyzm Tuwima: „kiedy przeskoczysz, to i wtedy nie mów hop. Zobacz najpierw, w co wskoczyłeś". Otóż pierwszym wyzwaniem była dydaktyka — już drugiego dnia mojej pracy czekały mnie ćwiczenia z „Teorii państwa i prawa". Patrząc z perspektywy czasu na ten dzień i następne, mogę stwierdzić, że — wtedy zupełnie nieświadomie — stosowałem na swoich zajęciach strategię mojego nauczyciela ze szkoły średniej: zależało mi na dyskusji, do której moi studenci nie zawsze przejawiali chęć. Wyjściem z tej niekomfortowej sytuacji było zidentyfikowanie w grupie syntonicznego wobec tego, co mówiłem, studenta lub studentki z ukrytym sygnałem w jego (jej) stronę: „zabierz głos, bo to potrafisz". Do dzisiaj stosuję metodę takiej selekcji na wykładach: znajduję na sali osobę, którą odbieram jako zainteresowaną tym, co mówię i po prostu do niej mówię.

Mój naukowy start okazał się udany. Dość szybko napisałem swój pierwszy artykuł, który, po życzliwej recenzji Jerzego Wróblewskiego, ukazał się w „Państwie i Prawie". Pamiętam uczucie, które ogarnęło mnie na widok wydrukowanego pod moim nazwiskiem tekstu. Gdyby na tym miała się zakończyć moja naukowa kariera, to i tak było warto. Potoczyła się jednak dalej. Najważniejszym etapem, który mnie czekał, był oczywiście doktorat. Jego temat wymyślił mój promotor Profesor Stanisław Kaźmierczyk. Początkowo nie byłem pewny, czy problem norm planowania gospodarczego jest wyborem właściwym. Szybko jednak — po przestudiowaniu kilku tekstów, w tym Wacława

Brzezińskiego o „nowych typach norm prawnych" — nabrałem przekonania, że problem ten daje się dyskursywnie ująć na podstawie całkowicie nieobecnego we wcześniejszej debacie dorobku ogólnej teorii norm. Myśl tę potwierdził Zygmunt Ziembiński, późniejszy recenzent mojego doktoratu. To pod wpływem tego właśnie doświadczenia ukształtowało się we mnie przekonanie, którym kierowałem się przez następne lata mojej pracy naukowej, a mianowicie, że teoria prawa nie powinna budować swojej własnej, autonomicznej problematyki badawczej, ale podejmować wyzwania, które artykułują prawnicze nauki szczegółowe (dogmatyki prawa). To one są dla teorii prawa źródłem badawczej inspiracji oraz praktyką weryfikującą użyteczność osiągnięć teoretycznych. Wiele lat później podobny pogląd znalazłem u Aleksandra Peczenika.

W połowie lat osiemdziesiątych, kiedy mój doktorat miał już jasno zarysowany i nieomal zwerbalizowany kształt, mój promotor Profesor Kaźmierczyk, zgłosił pomysł, aby poddać maszynopis (i jego autora) środowiskowej weryfikacji. Wybór padł na poznański ośrodek teorii prawa, jeden z najlepszych (a w mojej opinii po prostu najlepszy) w Polsce. Profesor Ziembiński życzliwie odniósł się do tego pomysłu i wskazał termin spotkania — był to najbliższy wtorek, godz. 12.30 (daty niestety nie pamiętam). Dopiero na miejscu zorientowałem się, że w każdy wtorek o tej właśnie godzinie odbywały się naukowe zebrania ówczesnego Zakładu Prawniczych Zastosowań Logiki. Moje „dzieło", na szczęście dla mnie, wpisane zostało w kolejkę oczekujących na dyskusję. Z tej pierwszej wizyty w Poznaniu zostało mi w pamięci przede wszystkim to, co zdarzyło się po zebraniu. Profesor zaprosił mnie na obiad do okazałego, secesyjnego hotelu „Wielkopolska" znajdującego się naprzeciw *Collegium Iuridicum*, gdzie siedzibę miał Wydział Prawa i Administracji UAM. Rozmowa z Profesorem była dla mnie czymś wyjątkowym, nie tylko ze względu na osobisty z Nim kontakt, ale także ciekawość, z jaką dopytywał o Wrocław (do którego tuż po wojnie wraz z Adamem Łopatką odbył wycieczkę rowerową), o wrocławski ośrodek teorii prawa, wreszcie o moje zamierzenia naukowe. Dużo mówił też o stanie polskiej nauki prawa. Krytycznie wypowiadał się o naukach szczegółowych (za ich odporność na dorobek teorii prawa, niezobowiązujące sięganie do języka teorii) i umiarkowanie krytycznie, o sposobie uprawnia polskiej teorii prawa (na przykład nie aprobował bezrefleksyjnej fascynacji myślą anglosaską). Profesor miał trzy cechy wyróżniające naukowca wielkiego formatu: wyjątkową osobowość, otwartość w wysłuchiwaniu innych (nawet młodych) adeptów nauki oraz potrzebę oryginalności formułowanych poglądów. Wiele jeszcze razy byłem uczestnikiem wtorkowych posiedzeń naukowych w Poznaniu. Ich tematy i dyskusje

pozacierały się w mojej pamięci (włącznie z moim wystąpieniem). Jednak rozmowę w hotelu „Wielkopolska" do dziś pamiętam w szczegółach. Wywarła piętno na całym moim życiu naukowym.

Moje cotygodniowe wizyty w Poznaniu trwały (z małymi uchybieniami) cały rok akademicki 1985/86. Po serii tak mocnych dawek osiągnięć szkoły Profesora Ziembińskiego w środowisku wrocławskim, a także wśród młodszych badaczy z UAM, to co oferowałem w swoich tekstach publikowanych w latach osiemdziesiątych i dziewięćdziesiątych — nie bez złośliwości — kwitowano stygmatyzującą pieczęcią: „Bator to poznański desant we Wrocławiu". Nie odbierałem tego jednak negatywnie, wręcz przeciwnie. Mając wszak w pamięci trzecie, odczytane z rozmowy z Profesorem przykazanie (to o potrzebie szukania oryginalności w nauce), zdawałem sobie sprawę, że samo aplikowanie osiągnięć poznańskiej teorii prawa nie może być receptą na całe moje życie naukowe. Doktorat, owszem, to zdobywanie naukowych szlifów i dobra naukowa szkoła była w tym bardzo pomocna. Dalej jednak trzeba już sobie radzić samemu. Śladami moich rozważnych aktów naukowej odwagi były dwie monografie, które ukazały się w bliskim sobie czasie: *Użycie normy prawnej w regulacji stosunków gospodarczych* (2000) oraz *Kompetencja w prawie i prawoznawstwie* (2004). Obie te prace były istotnymi krokami w procesie odchodzenia od strukturalistycznych założeń, które leżały u podstaw poznańskiej teorii prawa. W monografiach tych próbowałem na swój, już pragmatyczny sposób, rozwijać, a miejscami modyfikować osiągnięcia szkoły poznańskiej w jednym z zasadniczych dla niej obszarów: teorii norm, w tym również norm kompetencyjnych. Z czasem to filozofia pragmatyczna stała się dla mnie nowym otwarciem, inspiracją do coraz odważniejszego teoretyzowania. Kilka lat później, już wspólnie z kolegami z wrocławskiej Katedry Teorii i Filozofii Prawa, wypracowana została diagnoza o kryzysie analitycznej teorii prawa (zob. zbiorowe opracowanie pod złowieszczym tytułem *Czy koniec teorii prawa*). Następnym krokiem była próba nowego odczytania formuły tego nurtu w serii artykułów o tak zwanej postanalityczności. Szczególnie tytuł opracowanej zbiorowo książki wywołał zaniepokojenie w środowisku szkoły poznańsko-szczecińskiej. Profesorowi Ziembińskiemu nie było już jednak dane odnieść się do pomysłów wypływających z Wrocławia. Można mieć tylko nadzieję, że doceniłby nas przynajmniej za oryginalność.

W swoim już profesorskim życiu naukowym wielokrotnie miałem okazję uczestniczyć w konferencjach i uroczystościach poświęconych dorobkowi ważnych postaci poznańskiej (poznańsko-szczecińskiej) szkoły teorii i filozofii prawa: Czesławowi Znamierowskiemu, Maciejowi

Zielińskiemu, Sławomirze Wronkowskiej, Stanisławowi Czepicie i Jarosławowi Mikołajewiczowi. Z pozycji naukowego czeladnika z czasów pracy doktorskiej wszedłem w czas mojej „pamięci" o wybitnych Profesorach poznańskiego ośrodka teorii i filozofii prawa. Jednak na zawsze najważniejszą dla mnie Postacią tego środowiska pozostanie Profesor Zygmunt Ziembiński. Moje relacje z nim zatoczyły symboliczne koło. Od zaproszenia młodego adepta nauki do wypowiedzenia się na łamach „Ruchu" w kwestii *Co to jest prawo gospodarcze* (1993) aż po ukazanie się trzydzieści lat później w tymże „Ruchu" (2023) bloku tematycznego tekstów poświęconych dorobkowi naukowemu Profesora (*Zygmunt Ziembiński 1920–2020*). Na publikację tę złożyły się teksty będące pokłosiem konferencji naukowej poświęconej Profesorowi, która odbyła się rok wcześniej. Obok kilku innych autorów (Sławomira Wronkowska, Jan Woleński, Leszek Leszczyński, Marek Zirk-Sadowski, Marzena Kordela, Mikołaj Hermann) znalazło się również moje nazwisko. Po trzydziestu latach w tym samym miejscu, z powodu tej samej Osoby. Moja historia naukowych losów wiedziona przez Osobę Zygmunta Ziembińskiego doprowadziła mnie w to miejsce, od którego się kiedyś, tak naprawdę, zaczęła.

Wykaz publikacji Profesora Andrzeja Batora*

Prace naukowe

2025

Instrumentalizacja jako działanie prawne. Studium z teorii prawa, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2025.

Instrumentalizacja vs autonomia prawa — czyli co „mówi" do nas racjonalny prawodawca, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 87, 2025, z. 1.

2024

Beata Polanowska-Sygulska, Harmonia i dysonans. Wokół rozmów z oksfordzkimi filozofami — uwagi o książce, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej" 2024, nr 1.

2023

Zygmunt Ziembiński's concept of the legal norm from a structuralist perspective, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 85, 2023, z. 2.

2022

Czy powinniśmy wyodrębniać prawo gospodarcze? Powrót do dyskusji, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo" 334, 2022.

Prawo wobec polityki i polityczności. Czy instrumentalizacja prawa ma szansę odzyskać dobre imię?, „Historia i Polityka" 2022, nr 41.

2021

Dogmatyka prawa wobec politycznej opresji. Czy historia myśli prawnej może nas czegoś nauczyć?, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem" 43, 2021, nr 2.

Stanisława Czepity wpływ na kształtowanie dorobku poznańsko-szczecińskiej szkoły teorii prawa, [w:] *O pojmowaniu prawa i prawoznawstwa. Profesorowi Stanisławowi Czepicie in memoriam*, red. E. Cała-Wacinkiewicz, Z. Kuniewicz, B. Kanarek, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2021.

---

* Opracowanie: Michał Błachut.

2020

Law and jurisprudence in the face of conflict. Between neutrality and the political, „Krytyka Prawa. Niezależne studia nad prawem" 12, 2020, nr 3.

A. Bator, J. Łakomy, *Pojęciowe uwarunkowania badań nad związkami prawa i polityki*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji" 122, 2020.

Założenie racjonalnego prawodawcy w polskiej debacie teoretycznoprawnej. Punkt wyjścia i jego krytyka, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji" 120, 2020.

2019

A. Bator, Z. Pulka, A. Sulikowski, *Is it the end of the theory of law? A view from the Polish perspective*, [w:] *A post-analytical approach to philosophy and theory of law*, red. A. Bator, Z. Pulka, Peter Lang Publishing Group, Berlin 2019 (Polish Contemporary Philosophy and Philosophical Humanities).

Post-analytical theory and philosophy of law. New problems, new research perspectives?, [w:] *A post-analytical approach to philosophy and theory of law,* red. A. Bator, Z. Pulka, Peter Lang Publishing Group, Berlin 2019 (Polish Contemporary Philosophy and Philosophical Humanities).

2018

Ewolucja analitycznej teorii prawa a bezpośrednie stosowanie konstytucji, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna" 7, 2018, nr 1.

A. Bator, P. Kaczmarek, *Kim ma być wychowanek akademii prawniczej? O perspektywach budowania edukacji prawniczej wokół konstytucji*, „Krytyka Prawa. Niezależne studia nad prawem" 2, 2018, nr 10.

2017

O dwóch perspektywach ujmowania systemowości prawa i ich wzajemnych związkach, [w:] *Człowiek, prawo, państwo. Księga jubileuszowa dedykowana Stanisławowi Leszkowi Stadniczeńko*, red. W. Żyłko, Wyższa Szkoła Finansów i Zarządzania w Warszawie, Warszawa 2017.

A. Bator, P. Kaczmarek, *Polityczność nauki prawa i praktyki prawniczej — wprowadzenie*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji" 110, 2017.

Problemy prawa zamówień publicznych. Uwagi z perspektywy teorii i filozofii prawa (Problems of public procurement law. Remarks from the perspective of legal theory and philosophy), „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu" 2017, nr 497.

2016

Systemowość prawa wobec konfliktów społecznych, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji" 104, 2016.

A. Bator i in., *Wielka encyklopedia prawa*, t. 7. *Teoria i filozofia prawa*, red. A. Bator, J. Zajadło i M. Zirk-Sadowski, Fundacja „Ubi Societas, Ibi Ius", Warszawa 2016.

2015

Granice instrumentalizacji instytucji prawnych w procesie karnym. Uwagi z perspektywy teorii prawa, [w:] *Granice procesu karnego. Legalność działań uczestników postępowania*, red. D. Gruszecka, J. Skorupka, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2015.

A. Bator, J. Helios, W. Jedlecka, *Historia Katedry Teorii i Filozofii Prawa*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji" 100, 2015.

O adekwatności założeń derywacyjnej koncepcji wykładni do badań nad interpretacją prawa Unii Europejskiej, „Studia Prawa Publicznego" 2015, nr 2.

O dwóch nietypowych koncepcjach normy oraz o ryzyku związanym z zewnętrzną integracją prawoznawstwa, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji" 100, 2015.

Postanalityczna teoria i filozofia prawa. Nowe szanse, nowe zagrożenia?, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji" 102, 2015.

Stosunki gospodarcze jako dziedzina współpracy nauk prawnych i ekonomicznych. Uwagi z perspektywy analitycznej teorii prawa, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji" 103, 2015.

2014

Argument z ekonomicznej analizy prawa w debacie o wewnętrznych podziałach prawa, [w:] *Prawo i administracja dla regionu*, red. P. Borszowski, R. Kowalczyk, Wydawnictwo Uczelniane Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej im. Angelusa Silesiusa w Wałbrzychu, Wałbrzych 2014.

Polityczne interpretacje analitycznej teorii prawa, [w:] *Integracja zewnętrzna i wewnętrzna nauk prawnych*, cz. 1, red. M. Zirk-Sadowski, B. Wojciechowski, T. Bekrycht, Uniwersytet Łódzki. Wydawnictwo, Łódź 2014 („Jurysprudencja" 2014, nr 3).

2013

Analytical theories of law — negation or adaptation, [w:] *Legal theory and philosophy of law. Towards contemporary challenges*, red. A. Bator, Z. Pulka, Scholar Publishing House, Warszawa 2013.

Norma prawna jako wypowiedź doktryny prawniczej, [w:] *Abiit, non obiit. Księga poświęcona pamięci Księdza Profesora Antoniego Kościa SVD*, red. A. Dębiński, P. Stanisz, T. Barankiewicz, J. Potrzeszcz, W.S. Staszewski, A. Szarek-Zwijacz, M. Wójcik, Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II w Lublinie, Lublin 2013.

Prawo a gospodarka, [w:] *Leksykon socjologii prawa*, red. A. Kociołek-Pęksa, M. Stępień, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2013.

2012

Czy prawo może być praktyką partykularną? W związku z koncepcją juryscentryzmu, [w:] *Profesjonalna kultura prawnicza*, red. M. Pichlak, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2012.

Czynności prawne a czynności faktyczne jako warianty wykonywania kompetencji prawnej. Uwagi z perspektywy teorii prawa, [w:] *Od teorii prawa do problemów prawa publicznego i prywatnego*, red. P. Borszowski, Wydawnictwo Uczelniane PWSZ im. Angelusa Silesiusa, Wałbrzych 2012.

2011

A. Bator, Z. Pulka, A. Sulikowski, *Czy koniec teorii prawa?*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo" 312, 2011.

2010

Artur Kozak (1960–2009), [w:] *Pamięci zmarłych Profesorów i Docentów Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego 1945–2010*, red. L. Lehmann, M. Maciejewski, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2010.

Publicznoprawne spory kompetencyjne na przykładzie dwóch konfliktów politycznych, [w:] *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, Uniwersytet Szczeciński. Wydawnictwo Naukowe, Szczecin 2010 („Rozprawy i Studia" 772).

Wstęp, [w:] A. Kozak, *Myślenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2010.

2009

Prawo gospodarcze jako problem badawczy, „Roczniki Naukowe" 2009, nr 15.

Uniwersalny charakter teorii wykładni prawa w związku z podziałem na prawo publiczne i prywatne, [w:] *Lokalny a uniwersalny charakter interpretacji prawniczej*, red. P. Kaczmarek, „Z zagadnień teorii i filozofii prawa", Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2009.

Wspomnienie pośmiertne o Arturze Kozaku, „Państwo i Prawo" 2009, z. 8.

2007

Debaty prawnicze. Rozmowa bez konsensusu, [w:] *Ponowoczesność*, red. M. Błachut, „Z zagadnień teorii i filozofii prawa", Kolonia Limited, Wrocław 2007.

Instrumentalizacja jako założenie ekonomicznej analizy prawa, [w:] *Analiza ekonomiczna w zastosowaniach prawniczych*, red. J. Stelmach, M. Soniewicka, Wolters Kluwer, Warszawa 2007.

O zastosowaniu pojęcia kompetencji w prawie publicznym i prywatnym, [w:] *Wokół problematyki orzeczeń*, red. Ł. Błaszczak, Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa. Dom Organizatora, Toruń 2007.

2006

Bezpośrednie stosowanie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, red. K. Działocha, Warszawa 2005 (artykuł recenzyjny), „Państwo i Prawo" 2006, z. 10.

Wspólnota kulturowa jako element integracji prawa, [w:] *W poszukiwaniu podstaw prawa*, red. A. Sulikowski, „Z zagadnień teorii i filozofii prawa", Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2006.

Wstęp do „Wrocławski Biuletyn Gospodarczy. Ekonomia a prawo" 2006, nr 36, Polskie Towarzystwo Ekonomiczne. Oddział we Wrocławiu.

2005

Kompetencja w prawie publicznym i prywatnym. Uwagi z perspektywy teorii prawa, „Roczniki Naukowe" 2005.

Normy wtórnego prawa europejskiego z perspektywy teorii prawa, [w:] *Teoria prawa europejskiego*, red. J. Kaczor, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2005.

Panu Profesorowi Stanisławowi Kaźmierczykowi słowa podziękowania, [w:] *Teoria prawa europejskiego*, red. J. Kaczor, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2005.

A. Bator, A. Kozak, *Wykładnia prawa w zgodzie z konstytucją*, [w:] *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, red. S. Wronkowska, Zakamycze, Kraków 2005.

2004

Integracja prawoznawstwa a rozumienie kompetencji w szczegółowych naukach prawnych, [w:] *Kompetencja ze stanowiska teorii i filozofii prawa*, red. W. Jedlecka, „Z zagadnień teorii i filozofii prawa", Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2004.

Kompetencja w prawie i prawoznawstwie, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo" 287, 2004.

A. Bator i in., *Prawniczy słownik wyrazów trudnych*, red. J. Boć, Kolonia Limited, Wrocław 2004.

2003

Globalizacja jako perspektywa postrzegania prawa, [w:] *Autonomia prawa ze stanowiska teorii i filozofii prawa*, red. J. Helios, „Z zagadnień teorii i filozofii prawa", Kolonia Limited, Wrocław 2003.

A. Bator, W. Gromski, S. Kaźmierczyk, A. Kozak, *Integracja i globalizacja z perspektywy filozofii prawa*, [w:] *Filozofia prawa wobec globalizmu*, red. J. Stelmach, Uniwersytet Jagielloński w Krakowie. Wydawnictwo, Kraków 2003.

2002

Instrumentalizacja opodatkowania a sprawiedliwość i bezpieczeństwo prawne, „Gdańskie Studia Prawnicze" 9, 2002.

Instrumentalizacja prawa a problem niezgodności i luk w systemie prawa (charakterystyka założeń badawczych), „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji" 50, 2002.

J.A. Tichomirow, Teorija kompetencii. Moskwa, 2001, (recenzja), „Państwo i Prawo" 2002, z. 9.

Prawo w warunkach globalizacji, „Jurysta" 2002, nr 7–8.

A. Bator, J. Kaczor, S. Kaźmierczyk, A. Kozak, *Relacje między teorią i dogmatyką prawa*, [w:] *Prawoznawstwo a praktyka stosowania prawa*, red. Z. Tobor, Katowice 2002 („Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach", nr 2052).

2001

Autonomia pojęć związanych z prawem a problem integracji prawoznawstwa (na marginesie rozważań nad normą prawną), [w:] *Autonomia prawa*, red. W. Gromski, „Z zagadnień teorii i filozofii prawa", Kolonia Limited, Wrocław 2001.

Sprawozdanie [z konferencji naukowej zorganizowanej w dniach 7–8 czerwca 1999 r. w Karpaczu przez Katedrę Teorii i Filozofii Prawa Uniwersytetu Wrocławskiego], „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji" 46, 2001.

2000

Prawna czynność konwencjonalna jako działanie zinstrumentalizowane, [w:] *Instrumentalizacja prawa*, red. A. Kozak, „Z zagadnień teorii i filozofii prawa", Kolonia Limited, Wrocław 2000.

Użycie normy prawnej w regulacji stosunków gospodarczych, Kolonia Limited, Wrocław 2000.

1999

Instrumentalizacja jako aspekt prawa, [w:] *Zmiany społeczne a zmiany w prawie. Aksjologia, konstytucja, integracja europejska. XIII Zjazd Katedr Teorii i Filozofii Prawa, Kazimierz Dolny 21–23 września 1998*, red. L. Leszczyński, Lublin 1999.

Prawo w konstytucji czy konstytucja prawa — w związku z art. 8 Konstytucji RP, [w:] *Konstytucja*, red. A. Bator, „Z zagadnień teorii i filozofii prawa", Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1999.

Wstęp, [w:] *Konstytucja*, red. A. Bator, „Z zagadnień teorii i filozofii prawa", Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1999.

1997

Normatywność powszechnie obowiązującej wykładni prawa, [w:] *Z zagadnień wykładni prawa*, red. S. Kaźmierczyk, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1997.

S. Czepita, Reguły konstytutywne a zagadnienia prawoznawstwa, Szczecin 1996 (artykuł recenzyjny), „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 1997, z. 2.

1996

Spór o związek między przychodem a kosztami jego uzyskania. Przyczynowość w przepisach o podatku dochodowym, „Rzeczpospolita" 1996, nr 89.

1993

Czy istnieje prawo gospodarcze?, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 1993, z. 1.

1992

Czy istnieją normy planowania gospodarczego?, [w:] *Państwo, prawo, społeczeństwo. Zbiór studiów*, red. H. Rot, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1992.

Normy planowania gospodarczego w systemie prawa, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo" 203, 1992.

A. Bator, K. Kucharski, *Wartości absolutne a pojęcie praworządności*, [w:] *Demokratyczne państwo prawne (aksjologia, struktura, funkcje). Studia i szkice*, red. H. Rot, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1992.

1991

Interpretacja a konkretyzacja obowiązków na przykładzie prawa podatkowego, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 1991, z. 3.

Język prawniczy wobec zmian w prawie, „Studia Prawnicze" 1991, nr 1.

1990

O konserwatyźmie językowym nauki prawa, [w:] *Prawo i prawoznawstwo wobec zmian społecznych. Materiały II Warsztatów Naukowych Teoretyków Państwa i Prawa (Karpacz, 20–22 IX 1990)*, red. H. Rot, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1990.

1989

A. Bator, Z. Pulka, *Karpacz. 1989.03.17–18. Struktura i funkcje teorii państwa i prawa. Sprawozdanie*, „Państwo i Prawo" 1989, z. 7.

Wpływ zmian w prawie na kształtowanie się pojęć prawniczych, [w:] *Struktura i funkcje teorii państwa i prawa. Materiały Ogólnopolskiej Konferencji Teoretyków Państwa i Prawa, Karpacz, 17–18 III 1989*, red. H. Rot, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1989.

1987

Teoretycznoprawna charakterystyka zależności pomiędzy centralnym planowaniem i samorządem, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji" 22, 1987.

1982

Tworzenie planów gospodarczych przez samorząd na przykładzie planu społeczno-gospodarczego rozwoju gminy, „Państwo i Prawo" 1982, z. 10.

Redakcje naukowe

2020

„Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji" 122, 2020, red. M. Jabłoński, A. Bator, J. Łakomy.

„Krytyka Prawa. Niezależne studia nad prawem" 12, 2020, nr 3, red. A. Bator, J. Łakomy.

2017

„Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji" 110, 2017, red. A. Bator, P. Kaczmarek.

2016

Wielka encyklopedia prawa, t. 7. *Teoria i filozofia prawa*, red. A. Bator, J. Zajadło, M. Zirk-Sadowski, Warszawa, Fundacja „Ubi Societas, Ibi Ius" 2016.

2014

Rządy prawa i europejska kultura prawna, red. A. Bator, J. Helios, W. Jedlecka, E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa. Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2014 (Prace Naukowe Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego e-Monografie, 55).

2013

Legal theory and philosophy of law. Towards contemporary challenges, red. A. Bator, Z. Pulka, Scholar Publishing House, Warszawa 2013.

Współczesne koncepcje ochrony wolności i praw podstawowych, red. A. Bator, M. Jabłoński, M. Maciejewski, K. Wójtowicz, Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2013 (Prace Naukowe Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego e-Monografie, 42).

1999

Konstytucja, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1999.

Opracowania dydaktyczne

2016

A. Bator, W. Gromski, A. Kozak, S. Kaźmierczyk, Z. Pulka, *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, red. A. Bator, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.

2012

A. Bator, W. Gromski, A. Kozak, S. Kaźmierczyk, Z. Pulka, *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, red. A. Bator, LexisNexis, Warszawa 2012.

2010

A. Bator, W. Gromski, A. Kozak, S. Kaźmierczyk, Z. Pulka, *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, red. A. Bator, LexisNexis, Warszawa 2010.

2009

A. Bator, A. Kozak, Z. Pulka, *Wstęp do prawoznawstwa. Testy egzaminacyjne*, LexisNexis, Warszawa 2009.

2008

A. Bator, W. Gromski, A. Kozak, S. Kaźmierczyk, Z. Pulka, *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, red. A. Bator, LexisNexis, Warszawa 2008.

2001

A. Bator, W. Gromski, A. Kozak, Z. Pulka, *Wstęp do prawoznawstwa z elementami logiki prawniczej. Testy egzaminacyjne*, Rea, Wrocław 2001.

1999

A. Bator, W. Gromski, A. Kozak, Z. Pulka, *„Wstęp do prawoznawstwa" oraz „Wykładnia i stosowanie prawa". Materiały egzaminacyjne dla studentów prawa i administracji*, Rea, Wrocław 1999.

A. Bator, W. Gromski, A. Kozak, Z. Pulka, *Wstęp do prawoznawstwa oraz wykładni i stosowania prawa. Materiały i pytania egzaminacyjne*, Rea, Wrocław 1999.

1998

A. Bator, W. Gromski, A. Kozak, Z. Pulka, *Wstęp do prawoznawstwa oraz wykładni i stosowania prawa. Materiały i pytania egzaminacyjne*, Rea, Wrocław 1998.

1997

A. Bator, W. Gromski, A. Kozak, *Wprowadzenie do nauk prawnych. Materiały dla studentów I roku prawa i administracji*, Oficyna Ars Magna, Wrocław 1997.

Uniwersytet Wrocławski | Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego

Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego

ul. F. Joliot-Curie 12
50-383 Wrocław
wydawnictwo@uwr.edu.pl

Egzemplarz promocyjny, nie do sprzedaży

ISBN 978-83-68858-06-8



Wydawnictwo
Uniwersytetu
Wrocławskiego