

JAROSŁAW MIKOŁAJEWICZ

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

O niemożliwości stworzenia pozateoretycznego obrazu rzeczywistości instytucjonalnej

Arturowi Kozakowi

1. Benjaminowi Franklinowi przypisuje się powiedzenie, że jedyne co pewne w życiu człowieka, to śmierć i podatki. Terry Pratchett, trawestując to zdanie, powiada, że „podatki są gorsze, bo śmierć nie trafia się człowiekowi co roku”. Te, z założenia dowcipne, zdania ilustrują dość oczywistą tezę, że współczesny człowiek jako rzeczywistość odczuwa nie tylko to, co dane zmysłowo, czy na podstawie takich danych jest odtwarzane, ale i rozmaite elementy instytucjonalne. Znajdowanie się w świecie wartości i norm przedstawia się jako równie ważne, a może ważniejsze (niekoniecznie na ów Pratchettowski sposób) niż znajdowanie się w świecie materii. Odczuwanie swojej sytuacji prawnej czy postrzeganie/ustalanie sytuacji prawnych innych osób zarówno w odniesieniu do samego podmiotu, jak i do innych podmiotów nie przedstawia się jako mniej istotne niż ustalanie swojej pozycji w świecie materii, bo świat materii jest niejednokrotnie postrzegany przez odniesienia do poszczególnych sytuacji prawnych.

2. Truizmem jest, że współczesne prawo jest strukturą niezmiernie skomplikowaną. Do odtworzenia swojej istoty wymaga charakterystyki zarówno treściowej, jak i formalnej, ale również ustalenia funkcji społecznych oraz relacji do poszczególnych podmiotów i różnych obiektów kulturowych. Współczesne prawo jako byt językowy żąda charakterystyki z punktu widzenia semiotyki zarówno logicznej, jak i językoznawczej, ale też z punktu widzenia nauk szczegółowych: językoznawstwa, historii, socjologii, ekonomii i psychologii. Oczywiście jest przy

tym, że nie ma możliwości powiedzenia niczego sensownego o konkretnym systemie prawa bez refleksji aksjologicznej. Niczego wartościowego bez refleksji metodologicznej.

Jakikolwiek niewycinkowy obraz prawa wymaga korelacji wszystkich tych elementów, zarówno dla poprawności, jak i przedmiotowej zupełności tez ogólnej nauki o prawie. W kręgu naszej kultury nauką tą jest teoria prawa.

3. Teoria prawa, jak każda nauka, ma własne uniwersum. Nie sposób w tak skromnym opracowaniu podjąć choćby tylko najważniejsze wątki poruszane w ramach tej dyscypliny. Stąd odwoływać się będziemy przede wszystkim do szczegółowego zagadnienia, przy tym zagadnienia węzłowego, dzięki czemu postaramy się uchwycić kilka problemów bardziej ogólnych. Zagadnieniem takim jest w kręgu naszej kultury prawnej teoria wykładni prawa. Choć z punktu widzenia prawnika praktyka nie sposób sobie przedstawić bardziej ogólnych zagadnień niż te, które porusza wykładnia prawa, to jednak w istocie każda koncepcja wykładni prawa jest w tym sensie partykularna, że odnosi się do określonego prawa. Skądinąd jest tak, że prawnik ów przyjmuje, najczęściej nieświadomie, pewien obraz świata instytucjonalnego, w którym prawo najczęściej jest aż i tylko centralnym elementem jego uwagi. Co nie znaczy, że zawsze i wszędzie traktowanym jako jedyny, czy choćby najważniejszy, w szerszym niż *stricte* praktycznoprawnym kontekście.

Klasyk nauki o wykładni prawa, Maciej Zieliński, bynajmniej bez przesady pisze: „W problematyce wykładni ześrodkowują się [...] nieomal wszystkie problemy nauki i praktyki prawniczej. Wszystko, co się w nauce i praktyce prawniczej czyni, albo wprost polega na wykładni, albo jej dotyczy, albo wykładnię rozwija, albo wykładnię przejawia, albo wykładnię uwzględnia, albo ją po prostu warunkuje”¹.

W niniejszym opracowaniu poruszę jedno z rudymenarnych zagadnień, które prawo, traktowane jako rezultat wykładni, warunkuje.

4. Instytucjonalne osadzenie prawnika jako w określony sposób ukształtowanego członka pewnej autonomicznej wspólnoty nie pozostaje bez wpływu na realizację wykonywanej przez niego roli społecznej. Aczkolwiek nie jest to cecha charakterystyczna jedynie środowisk prawniczych, niemniej jednak, zapewne stopień akceptacji środowiskowej dla członka wspólnoty prawniczej jako takiego jest znacznie istotniejszy niż dla osób przynależących do innych środowisk profesjonalnych. Działalność prawnika nie tylko jest wykonywana w ramach owej instytucjonalnej, względnie autonomicznej wspólnoty, nie tylko oceniana, lecz wprost identyfikowana jako prawidłowa, czasami wręcz jako w ogóle ważna. Nie od rzeczy jest bowiem zauważyć, że nawet spory, zdałoby się, o charakterze wybit-

¹ M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2010, s. 11.

nie intelektualnym, znajdują swój wyraz, a nawet rozstrzygnięcia, w normatywnie wyznaczonym porządku dyskursu, w którym nie tylko władza racji jest kryterium uznawania określonych twierdzeń. W szczególności owa własność prawniczego identyfikowania rzeczywistości jest obserwowalna, gdy weźmiemy pod uwagę realne aspekty wykładni. Identyfikacja określonych działań profesjonalnych jako prawidłowych dotyczy przy tym nie tylko substratów osobowych organów wydających decyzje stosowania prawa, lecz również profesjonalnych pełnomocników stron, obrońców czy oskarżycieli publicznych. Wszakże i ich działania są permanentnie oceniane i kwalifikowane jako prawidłowe lub wywołujące określone skutki prawne. W ten sposób w ramach owej instytucjonalnej wspólnoty prawniczej, pojmowanej jako relacjonalnie kształtowane środowisko stosowania prawa, powstaje środowisko nie tylko gwarancji względnej autonomii stosowania prawa, ale wprost oceny i kwalifikacji samej poprawności jego stosowania. Środowisko w przedmiotowym zakresie w znacznej mierze niezależne od społeczeństwa jako takiego. Środowisko, które — mówiąc językiem Artura Kozaka — przyjmuje juryscentryczny punkt postrzegania własnej działalności, ale również rzeczywistości kulturowej².

5. Idąc za Arturem Kozakiem³, wskazać można na cztery poziomy uprawomocniania instytucjonalnie postrzeganego świata.

5.1. Pierwszym jest język, który zarazem stanowi podstawę konstruowania wszelkich pozostałych poziomów. Rzec by można, że potencjalne konstrukcje językowe wyznaczają możliwe konstrukcje rzeczywistości instytucjonalnej. Zapewne, aczkolwiek badań takich nie przeprowadzono, owe światy są potencjalnie zrelatywizowane do poszczególnych realnie stanowiących ich podstawę języków. Niemniej jednak, nie wydaje się, aby język determinował owe światy. Owszem, jako byt z natury dynamiczny w miarę potrzeb ewoluuje w kierunku adekwatnego ujmowania nowych problemów⁴.

Oczywiście nie znaczy to, jakobym negował, że język ma wpływ na postrzeganie, a nawet konstytuowanie (w zakresie co najmniej analitycznym) rzeczywistości instytucjonalnej. Zdaje się, przykładowo, że na konstrukcje jakoś pojmowanych praw powszechnych (fundamentalnych, podstawowych, człowieka itp.) nie może pozostawać bez wpływu to, czy dany język posiada jedynie jedną pierwszą osobę liczby mnogiej, nie zaś ekskluzywną i inkluzywną, jak np. w języku nama. Podobnie zapewne trudno sobie przedstawić konstruowanie normy prawnej, z przyjmowanymi przez nas ideologicznymi założeniami jej ogólności (ge-

² A. Kozak, *Granice prawniczej władzy dyskrecyjnej*, Wrocław 2002.

³ Ten zaś za P. Bergerem i T. Luckmannem, *Społeczne tworzenie rzeczywistości*, Warszawa 1983, s. 153 nn.

⁴ Być może z tego punktu widzenia jedną z podstawowych funkcji języka byłaby jego funkcja poetycka, o której prawnicy w ogóle zapominają.

neralności i abstrakcyjności), w którymś z języków polisyntetycznych, w którym występuje inkorporacja rzeczowników. W szczególności, nie sposób sobie przedstawić na przykład aparaturę pojęciową dotyczącą wskazywania adresata nazwą generalną w języku nootka, skoro orzekając o określonym podmiocie w tym języku, konieczne jest określenie jego cech indywidualnych. Nie sądzę jednak, aby te fakty jakoś bezwzględnie determinowały realnie konstruowane koncepcje teoretyczne, w tym rozumieniu, aby wprost wyznaczały jakoś pojęty ich rozwój do postaci dzisiaj przez nas postrzeganych. Zapewne jako ilustrację problemu można by wziąć słowo „bliźni” w rozumieniu, nazwijmy to tak dla uproszczenia, staro- i nowotestamentowym⁵.

Nie od rzeczy jest zauważyć, że również na gruncie określonego języka dochodzi do wyboru niektórych konstrukcji, które to z wyłączeniem innych potencjalnie konkurencyjnych, stanowią podstawę kształtowania rzeczywistości. Dość oczywista jest, przykładowo, konstatacja, że zasadniczo inny byłby instytucjonalny świat polskiego prawnika, gdyby zamiast przyjąć określone pojęcie normy prawnej jako pewne wyrażenie o określonych cechach, uznał za normę abstrakcyjnie czy konkretnie pojmowany wzór postępowania. W szczególności skutkowałoby to przyjęciem różnych od lingwistycznych koncepcji wykładni. Skądinąd na gruncie danej narodowej kultury prawnej dochodzi niekiedy do koegzystencji takich konkurencyjnych praobrazów prawa. Jeśli w praktyce orzeczniczej nie prowadzi to do wydawania orzeczeń o zasadniczo innej treści, a sprawa sprowadza się do podawania innego ich uzasadniania, praktyka prawnicza — aczkolwiek z pewnymi oporami — stan taki toleruje, pozostawiając uzgodnienie tych konkurencyjnych rzeczywistości nabudowanym w języku konstrukcjom o charakterze teoretycznoprawnym. Podkreślimy przy tym, że przeciętny użytkownik języka prawniczego ma zwykle nader podstawowe pojęcie o samych tych konstrukcjach, przyswajając je sobie na poziomie słownictwa umożliwiającego intuicyjne posługiwanie się nimi dla celów praktycznych.

5.2. Drugim poziomem konstruowania rzeczywistości instytucjonalnej jest poziom pojedynczych zdań teoretycznych. Co ciekawe, w przypadku prawniczego obrazu świata przyjmują one niekiedy formę pewnych paremii czy — gdyby przypisywać tym zwrotom rolę jedynie opisową — nadzwyczaj banalnych zdań oznajmujących. Cóż bowiem odkrywczego w spostrzeżeniu wyrażanym paremią *lex retro non agit* rozumianym w sposób dosłowny? A niby jak miałoby prawo działać wstecz przy czwórwymiarowym świecie, w którym czas jest jednym

⁵ Szczególnie dobitnie konstrukcję tę oddają słowa Jezusa Chrystusa z Ewangelii Mateuszowej: „»byłem głodny, a nie daliście Mi jeść; byłem spragniony, a nie daliście Mi pić; byłem przybyszem, a nie przyjęliście Mnie; byłem nagi, a nie przyodzialiście Mnie; byłem chory i w więzieniu, a nie odwiedziliście Mnie. [...] Wszystko, czego nie uczyniliście jednemu z tych najmniejszych, tegoście i Mnie nie uczynili«. I pójdą ci na mękę wieczną, sprawiedliwi zaś do życia wiecznego” (Mt 25, 42–43; 45b–46).

z wymiarów, powiedzmy metaforycznie, liniowych? Mniej banalna byłaby paremia *nemo iudex in res sua*. W tym przypadku nie sposób znaleźć tak banalnej interpretacji tego zdania, aby wskazać, że niemożliwa jest jego aplikacja do jakiejś fizycznie pojmowanej rzeczywistości. Bo też ani w pierwszym, ani w drugim przypadku, a zapewne w większości tego typu zwrotów prawniczych, nie o opis takiej rzeczywistości chodzi. Jeśli mają one jakąś stosowalność do rzeczywistości, to właśnie owej rzeczywistości postrzeganej instytucjonalnie. Zdania te skądinąd stanowią całkiem pokazną klasę wyrażen i wraz z wyrażeniami dyrektywalnymi wyznaczają już nie tylko stosowalność prawa, ale jego byt. W swojej praktyce badawczej nazwałem owe obie klasy zasadami orzeczniczymi⁶. Z tej perspektywy zasada *nemo iudex in res sua* nie jest jakąś prostą zasadą dyrektywalną, ale elementem opisu, i to fundamentalnego, prawniczo pojętej instytucji sędziego i to niezależnej od treści norm prawnych statuujących instytucję sędziego jako instytucję określonego systemu prawnego. Studium przypadku w tej mierze mogłyby być spory o zasadę swobody umów na gruncie prawa skomunizowanej Polski, który wiązał się z zagadnieniem poprawności wykładni systemowej, zakończone triumfem poglądów Andrzeja Stelmachowskiego wyrażonych w słynnym *Wstępie do teorii prawa cywilnego*. Skądinąd przykład ten poucza, że juryscentryczny sposób postrzegania rzeczywistości instytucjonalnej jest swoistą gwarancją względnej niezależności praktyki prawniczej od czynników zewnętrznych, nawet w warunkach nadzwyczajaj niesprzyjających jej swobodnemu rozwojowi.

5.3. Trzeci poziom można by określić mianem teoretycznego. To na tym poziomie dochodzi do konstruowania instytucji czy fragmentów instytucji i — co równie istotne — teoretycznych obrazów rzeczywistości prawnej. Skądinąd działalność tę wykonuje wyspecjalizowana grupa, określana mianem uczonych prawa. Grupa ta ma własne kryteria przynależności, ale i oceny, i kwalifikacji rezultatów czynności swoich członków. Przy czym kryteria te są zasadniczo odmienne od tych, które przyjmuje się w stosunku do prawników praktyków. Co bynajmniej nie wyklucza, szczególnie na wyższych poziomach wykonywania praktyki prawniczej, swoistej unii personalnej obu tych grup.

Niemniej jednak, to teoretycy dostarczają koncepcji i konstrukcji, które służą weryfikacji konstrukcji realnie przyjmowanych przez praktykę prawniczą. Stąd doniosłość społeczna sporów teoretycznych prawoznawstwa. Spór o koncepcje wykładni, o tzw. prawo intertemporalne, o status i rolę zasad prawodawczych w wykładni prawa, w istocie jest sporem o obraz rzeczywistości prawa, stąd również o jego społeczne funkcjonowanie. Taki sam zresztą charakter jak spór o uniwersalność koncepcji prawoznawstwa mają największe spory teoretyczne, jak dialog między Herbertem L.A. Hartem a Ronaldem Dworkinem.

⁶ J. Mikołajewicz, *Zasady orzecznicze Trybunału Konstytucyjnego. Zagadnienia teoretyczno-prawne*, Poznań 2008.

Na tym poziomie można przy okazji zaobserwować swoiste „wybijanie się prawnoznawstwa na niepodległość” względem filozofii. Teoretyczne koncepcje prawnoznawstwa dostarczają własnych kryteriów weryfikacji i oceny już nie tylko praktyki w ścisłym znaczeniu, ale również praktyki badawczej. Nawarstwianie się wiedzy teoretycznej służy, poza celami ściśle poznawczymi, również wytwarzaniu się odrębności działalności zarówno prawniczej, jak i prawnoznawczej⁷. Stąd zaś również kryteriów kontroli tej działalności.

5.4. Czwarty, najwyższy, poziom uprawomocniania rzeczywistości jest poziomem „uniwersów symbolicznych”⁸. Szczególnie ten poziom przedstawia się przy tym dla osób uwikłanych w określany nim świat jako kreujący świat nie tylko realny, ale jedyny realnie im dany. Świadomość ta nie wyklucza przy tym świadomości istnienia innych tego rodzaju subświatów. Przykładowo, prawnik polski doskonale zdaje sobie sprawę z „egzystencji” rzeczywistości *common law*, co skądinąd prowadzi go zwykle do konkluzji, że postrzeganie jego własnego świata narracją teoretyczną kultury anglosaskiej, jeśli w ogóle jest dopuszczalne, to raczej jałowe. W tym sensie ów czwarty poziom, konstruujący subświat instytucjonalny prawnika określonej kultury, statuowany jest całością tradycji teoretycznej, w której takie nasze spory jak kwestia derywacyjnego czy klaryfikacyjnego charakteru wykładni przedstawiają się jako rozważania problemów jednak szczegółowych. Jednak i owe subświaty, rozpatrywane na poziomie bardziej ogólnym, mogą tworzyć swoiste subświaty nadrzędne, typu europejski świat instytucjonalny, którego prawo byłoby jednym z elementów i to (niezależnie od zasadniczych różnic) fundamentalnie tożsamym, przez swoją rzymską genezę, ale i praktyczną koegzystencję⁹. Zapewne można by dokonać postrzeżeń jeszcze bardziej ogólnych światów, które, ze względu na nasz przedmiot zainteresowań, moglibyśmy nazwać legalistycznym i alegalistycznym.

Z powyższych uwag widać, że nawet jeśli świat instytucjonalny, w który wchodzi prawnik, jest w jakimś sensie przypadkowy, to z punktu widzenia konkretnego prawnika czy grup realnie istniejących prawników jest im obiektywnie dany. Ze swoją ontologią, strukturą i wartościami, a także metodami siebie odpoznawania, które dostarcza mu w szczególności wykształcenie teoretyczne.

⁷ W tym sensie obserwowany w Polsce nawrót — przynajmniej deklaracyjny — do filozofii prawa, poza oczywistym aspektem ideologicznym i reminiscencjami historycznymi, można ocenić jako krok wstecz prawnoznawstwa. Nie oznacza to oczywiście, że refleksja filozoficzna nad prawnoznawstwem nie jest potrzebna, ale przecież, przykładowo, antropologii filozoficznej nie ma specjalnego sensu uprawiać na wydziale biologii.

⁸ A. Kozak, *op. cit.*, s. 46.

⁹ Chociażby działalność organów Unii Europejskiej, szczególnie organów o charakterze sądowym, a przedtem Wspólnoty Europejskiej.

6. Niestety, teoria prawa, w tym teoria wykładni prawa, pozostaje w tyle za potrzebami społecznymi. Widocznym przykładem nienadążania teorii prawa, czy szerzej teorii nauk społecznych, za rzeczywistością, w której dochodzi już nie tylko do czasoprzestrzennych konfliktów interesów, ale niewyobrażalnie groźnego w swych skutkach konfliktu, którego strony determinowane są innym postrzeganiem rzeczywistości instytucjonalnej, jest nieporadność orzecznictwa w sprawach na skraju różnych rodzajowo światów instytucjonalnych. Szczególnie na poziomie symbolicznym, gdzie częstokroć dochodzi do formułowania żądań wyzbycia się tożsamości instytucjonalnej podmiotów postrzeganych w istocie jako „gorsze” i w imię zachowania tożsamości własnej, żądania urządzania świata pod przymusem prawnym zgodnie z własnymi przedstawieniami rzeczywistości. Dochodzi przy tym do mylnego pojmowania tolerancji powiązanej z pojęciem bliżej nieokreślonej poprawności, które wypiera fundamentalny szacunek dla Innego, zwłaszcza konstytuującego jego tożsamość postrzegania instytucjonalnej rzeczywistości.

Brak tego fundamentalnego rozróżnienia — między tolerancją a poszanowaniem godności Innego — prowadzi między innymi do wydawania wewnętrznie sprzecznych orzeczeń, jak to, które zapadło w Wielkiej Izbie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC) z dnia 18 marca 2011 roku¹⁰ wskutek odwołania od kontrowersyjnego wyroku drugiej sekcji Trybunału z dnia 3 listopada 2009 roku w sprawie Lautsi przeciwko Włochom¹¹, w którym Trybunał uznał „prawo do wolności przestrzeni społecznej od krzyża” (uprzedmiotowienie tego „prawa” moje).

Uogólniając, zarówno w wyroku pierwszej instancji, jak i Wielkiej Izby, przyjęto poprawną przesłankę entymematyczną, że podstawowymi funkcjami prawa są jego funkcje gwarancyjne. Niestety, w obu orzeczeniach przyjęto zbyt ubogą perspektywę jedynie delimitacyjnych funkcji prawa jako funkcji gwarancyjnych.

Tego typu orzeczenie stanowi przejaw, w moim rozumieniu, nie tyle słabości intelektualnej sędziów wydających dane orzeczenia, ile niedostateczności teoretycznego opracowania relacji między rzeczywistością symboliczną i instytucjonalnym porządkiem prawa, co uznać raczej można za słabość współczesnej teorii prawa. Trudno bowiem od sędziów jako osób wyspecjalizowanych w istocie jedynie w rozstrzyganiu realnych konfliktów przy użyciu środków prawnych (lub za takie uchodzących) żądać stworzenia koncepcji teoretycznej, która umożliwiałaby poruszanie się po nie dość, że różnych, to jeszcze niezmiernie złożonych subświatach instytucjonalnych. To właśnie niezdolność skonstruowania przez

¹⁰ Judgement Grand Chamber 18 march 2011, case Lautsi and other v. Italy (Application no. 30814/06, <http://cmiskp.coe.echr.int/tkp197/viewhbk.asp?sessionId> (dostęp: 26 kwietnia 2011)).

¹¹ Wyrok dostępny w polskim tłumaczeniu na stronie <http://www.racjonalista.pl/kk.php/s,6954> (dostęp: 26 kwietnia 2011).

współczesną naukę multikulturowego obrazu świata instytucjonalnego oparte- go na tożsamości wartości ponad przygodnymi okolicznościami dziejów i kul- tury prowadzi nie tyle do powstania określonych napięć społecznych, ile braku zdolności rozwiązywania owych konfliktów w ramach mniejszych i większych wspólnot instytucjonalnych. To właśnie brak dostatecznie określonej koncepcji teoretycznej leży u podstaw nieporadności, czy nawet manifestacyjnej niezdol- ności rozstrzygania sporów tak fundamentalnych, jak spór o krzyże we włoskich szkołach. Nie stanowi to zresztą personalnego zarzutu wobec sędziów ETPC, któ- rzy powinni być raczej „wdrożeni” we wspólnotę juryscentryczną w rozumieniu Artura Kozaka, niż stwarzać jej teoretyczne podstawy. Role sędziego i uczonego tylko do pewnego bowiem stopnia są do pogodzenia. Owszem, nader często nie do pogodzenia, choćby w tym sensie, że u podstaw aktów woli powinny leżeć rzeczowe podstawy, ale nie na odwrót.

7. Aczkolwiek istotnie funkcjami podstawowymi prawa są jego funkcje gwarancyjne, to jednak nie jest tak, że sprowadzają się one do delimitacji wy- konywania danych praw określonych podmiotów. Owszem, podstawową funkcją jest statuowanie ochrony wartości zasadniczych oraz kreowanie wartości instru- mentalnych, w określony sposób powiązanych funkcjonalnie z zasadniczymi.

Nie od rzeczy jest zauważyć, że są trzy funkcje gwarancyjne prawa i nie dają się one do siebie sprowadzić, aczkolwiek w wieloraki sposób się splatają, a ich opis we wzajemnych związkach można by nazwać globalną koncepcją moralną prawa. Co przy tym istotne, tak pojęte prawo w sposób konieczny zawiera treści moralne, co bynajmniej nie oznacza, że treści te dla każdego rzeczywiście funk- cjonującego systemu z jakowejś konieczności muszą być takie same. Owszem, są różne. Co jednak, moim zdaniem, bynajmniej nie zakłada, że na poziomie ogólno- ludzkim nie sposób ustalić takich praw podmiotowych, które z samego przymiotu bycia człowiekiem przysługiwałyby każdemu człowiekowi jako takiemu.

8. Prawniczy subświat instytucjonalny obejmuje nie tylko obraz prawa, wa- runków jego stosowania, ale również relacje tego świata traktowanego jako jedy- nie część pewnego instytucjonalnego świata do innych elementów owego szer- szego świata, w stosunku do którego przedstawia się jako jego część. Skądiną pogląd powyższy stanowi zapewne dość prostą implikację każdej socjologizują- cej koncepcji prawa. Sposobu wyjścia z powstałego impasu próbowałbym szukać w trzecim poziomie uprawomocniania prawniczej rzeczywistości. Otóż, również na poziomie teoretycznym, i to metodami analitycznymi, da się spostrzec, że bra- kuje — na gruncie co najmniej kultur prawnych naszego kręgu cywilizacyjnego — takich koncepcji prawa, w których byłoby ono pozbawione celowości.

9. Da się wskazać na możliwość wyróżnienia na gruncie określonego syste- mu prawnego dwóch rodzajów wartości. Takich, o których można orzec, że są

przez prawo (przede wszystkim przez konstytucję, bo to w niej upatruje się zwykle źródła odpoznania wartości prawnie relewantnych) uznawane (deklarowane) oraz takich, które jej przepisami są kreowane (konstytuowane). Przykładem pierwszych może być prawo człowieka do życia, niezależnie od sporów o istotę bycia człowiekiem, przykładem drugich państwo prawa, którego nie sposób sobie wyobrazić bez systemu prawnego strukturalizowanego samą konstytucją jako elementu kreującego określony porządek prawny.

W przypadku wartości tego drugiego rodzaju, nazwanych kreowanymi, bez prawnych regulacji brak możliwości nie tylko ich realizacji, ale i koncepcyjnego ich wyodrębnienia. Zauważyć przy tym należy, że powyższe spostrzeżenie o ich kreacyjnym charakterze, bynajmniej nie oznacza, że są one dowolne. Owszem, ich katalog w tym przynajmniej sensie nie jest dowolny, że co najmniej zależy od panujących społecznych poglądów, których respektowanie jest obowiązkiem ze względu na uznawane wartości: podmiotowość istoty ludzkiej i jej godność. Te twierdzenia charakteryzują relację między tymi wartościami a samymi przepisami konstytucji.

Inaczej przedstawia się sprawa z wartościami, które są przez konstytucję jedynie uznawane. Zależnie od postawy filozoficznej (filozoficzno-prawnej) ich źródłem może być ustanowienie Boże, godność ludzka wypływająca z faktu stworzenia człowieka na podobieństwo Boże, albo też — przy innej postawie — z samej natury człowieka, wreszcie zgoda cywilizowanych narodów co do danych wartości.

10. Relację między przepisami konstytucji, kreowanym przez nią systemem prawnym a tymi wartościami można sprowadzić do trojakiego rodzaju rozumienia zwrotu „prawo gwarantuje wartość W”, nazwijmy to tak, trojakiej interpretacji tego zwrotu.

W pierwszej interpretacji zwrot ten znaczy tyle, że prawo, w tym konkretnie konstytucja i determinowane nią normy, deklaruje te wartości. W ten sposób uniezależnia je od stanu dyskusji antropologicznej i indywidualnych poglądów, które mogą być wszak nader różne, niekoniecznie przy tym trzeba sięgać po przykłady satanizmu, hitleryzmu czy komunizmu. W tym sensie gwarantuje ich prawne poszanowanie, statuuje jako wartości prawne, a zatem — co najmniej potencjalnie — stawia w ich obronie zorganizowaną siłę pozostającą w dyspozycji państwa.

W drugiej interpretacji zwrot ten znaczy tyle, że prawo wyznacza sankcje za naruszenie tych wartości. Niezależnie od swoich poglądów, podmiot naruszający te wartości musi się liczyć z prawnie określonymi konsekwencjami swoich działań, aż po sankcje karne włącznie, co przez odstraszenie stwarza nie tylko prawne gwarancje ich poszanowania. Wreszcie w trzeciej interpretacji zwrot „prawo gwarantuje wartość W” znaczy tyle, że prawo wyznacza, w pewnym rozumieniu tego zwrotu: stwarza warunki realizowania określonej wartości podmiotom, którym one służą.

Przynajmniej w powyższym sensie prawo dane jest zarówno prawnikom, jak i osobom spoza środowiska prawniczego jako istotowo tożsame. Fundamentalna społeczna zgodność co do wartości zapobiega alienacji prawników i uzurpowaniu przez nich arbitralnie pojmowanej władzy, nawet jeśli byłaby to władza środowiskowa. Cecha celowości praktyki prawniczej umożliwia również zewnętrzną jej krytykę, ze stanowiska nazwijmy to tak przenośnie, technologicznego. Niemniej jednak, bardziej wartościowa poznawczo analiza prawa oraz działalności prawniczej wymaga przyjęcia, mówiąc językiem H.L.A. Harta, wewnętrznego punktu widzenia. Takim środowiskowo uprawomocnionym punktem widzenia jest właśnie juryscentryzm.

11. Co nie oznacza, że w środowisku tym nie toczą się spory. Owe najbardziej masywne spory, które nazwać by można teoretycznymi, dotyczą takich zagadnień jak pojęcie, istota czy natura prawa. Mogłoby się zdawać, że tego typu konstrukcje są konstrukcjami na najwyższym poziomie odtwarzania czy tworzenia obrazu rzeczywistości instytucjonalnej. W istocie jednak tak nie jest. Więcej, niejednokrotnie zda się, że są to spory w daleki sposób jedynie powiązane z tą rzeczywistością, bardziej o charakterze ideologicznym niż merytorycznym. Przykładowo, spór o tzw. pozytywistyczną czy niepozytywistyczną wizję prawa w istocie nie tyle dotyczy tego, czym prawo jest, ale jakie prawo przedstawia się jako niegodne przestrzegania, czy wprost przestrzeganie go staje się przedmiotem zakazu moralnego. Wprowadzenie pojęcia ekstremalnej niegodziwości jako wyznaczającej granicę prawnej poprawności wylegitymowania decyzji stosowania prawa służy bardziej następcej represji określonych podmiotów prawo stosujących, ewentualnie swoistego rodzaju *memento mori* oportunistów niż rzeczywistej delimitacji tego, czym prawo jest od tego, czym nie jest. Nader często przy tym tzw. niepozytywiści posługują się nie tyle symplicystyczną wizją pozytywizmu, ile wizją prawa pozbawioną rozróżniania podstawowych jednak dystynkcji.

12. W naszej kulturze te zabiegi, w istocie prowadzące do pomieszania pojęć, przyjmują postać tez o dualnej naturze prawa¹² lub inkorporowaniu do pojęcia prawa, w wersji słabszej aplikacji tego pojęcia, takich pojęć jak sprawiedliwość, słuszność, godziwość i ich antynomie. Najbogatszym historycznie pojęciem jest przy tym sprawiedliwość. Właśnie w relacji między prawem a innymi elementami rzeczywistości instytucjonalnej trzeba poszukiwać odpowiedzi na pytanie o prawidłowe prawo. Przy należyтым opracowaniu tej relacji przestają być użyteczne różne hipostazy, tezy o podwójnej naturze prawa, czy definicje spletające ze sobą zagadnienia zasadniczo odmienne, typu kwalifikacja moralna a tetyczne obowiązywanie określonego zespołu norm, traktowane zarazem jako jedyna podstawa ich

¹² Coś na kształt korpuskularno-falowej natury światła, z tym że prawo miałoby wymiar zarazem idealny i realny.

obowiązywania. Co przy tym nieodparcie się nasuwa, to myśl, że owe konstrukcje intelektualne w istocie służą do osiągnięcia pozaintelektualnych celów. Za próbę wyjścia z impasu potraktować by można Petrażycki zarys koncepcji sprawiedliwości¹³ czy moje poszukiwanie granic słusnościowych prawa¹⁴. W obu koncepcjach prawo o tyle jest bytem niesamoistnym, że w pierwszym przypadku jako takie jest emocją o charakterystyce istotowo tożsamej z przeżyciem sprawiedliwościowym, stąd z konieczności, już dla uniknięcia swoistej schizofrenii, jakoś wzajem skorelowaną z treściami sprawiedliwościowymi; w drugim, że prawo jest jednym ze środków regulowania stosunków społecznych, jednak bynajmniej niesamodzielnym i bynajmniej nie nadrzędnym nad wszelkimi innymi elementami tworzącymi strukturę instytucjonalną społeczeństwa.

13. Zasadniczo¹⁵ konstrukcje sprawiedliwościowej treści prawa dotyczyć mogą w istocie dwóch kategorialnie odmiennych zagadnień. Po pierwsze, treści prawa jako takiego, w których wypadku sąd sprawiedliwościowy służyć może zarówno krytyce, jak i aprobachie moralnej norm prawnych, ale i stanowić podstawę czy element dookreślania samej treści norm prawnych; po drugie, kwalifikacji moralnej aktów stosowania prawa, aż po odmowę nadawania im cech prawności. Robert Alexy, który drugiego z tych kręgów problemów zdaje się nie dostrzegać, do definicji prawa, czy raczej jako jeden z postulatów definicyjnych prawa, wprowadza przesłankę negatywną, którą określić by można jako niegodziwość (*Unrecht*). W ujęciu autora dyskwalifikacji ontologicznej jako prawo ulega ta część wytworów czynności zasadniczo prawotwórczych, których treść jest w bliżej przez niego niescharakteryzowanym sensie niegodziwa. W pozytywistycznie orientowanej polskiej teorii prawa pogląd Alexego dałoby się zapewne uzgodnić jedynie ze sprawiedliwościowymi poglądami Petrażyckiego, aczkolwiek nawet Petrażycki nie zgodziłby się zapewne z tym poglądem odnośnie do prawa stanowionego, a jedynie co do prawa intuicyjnego, czy ewentualnie na styku tych płaszczyzn, jako element wykazywania emocjonalnej sprzeczności jednego z drugim.

Stanowisko odrzucające komponentę słusnościową samej istoty prawa pozytywnego oparte jest na etyce odpowiedzialności, fundowanej na takim pojęciu godności ludzkiej, które zakłada wolną wolę. Stąd również możliwość czynienia zła. Brak jakichkolwiek argumentów metafizycznych, aby odrzucić jako prawo taki pozytywny wytwór normatywny, który uragałby elementarnym wymogom sprawiedliwości czy przekraczał granicę słusności tak dalece, że wzbudzałby uzasadniony sprzeciw moralny. Zwolennicy tego poglądu, do których i ja się zaliczam, podnieśli by również argument z operatywności pojęć moralnych. Wpro-

¹³ L. Petrażycki, *Teoria prawa*, [w:] *idem, O nauce, prawie i moralności. Pisma wybrane*, Warszawa 1985, s. 249; L. Petrażycki, *Teoria prawa i państwa w związku z teorią moralności*, t. 2, par. 37, Warszawa 1960, s. 286–297.

¹⁴ J. Mikołajewicz, *O słusnościowych granicach prawa*, RPEiS 3/2010, s. 15 nn.

¹⁵ Ten fragment stanowi wyimek z mojego artykułu, *op. cit.*

wadzenie komponenty słusznościowej do pozytywistycznie pojmowanego prawa osłabia postawy wobec niego krytyczne. To zaś, jak poucza historia, prowadzi do potęgowania zbrodni.

Owszem, zachowanie autonomii prawa i sprawiedliwości warunkuje postawę krytyczną wobec prawa, a stąd jest znacznie lepszym środkiem jego kontroli niż włączenie komponent ocennych do samego pojęcia prawa.

O ile przenazwanie prawa określonej społeczności na „nieprawo” zdaje się z punktu widzenia określonych społeczności pragmatycznie uzasadnione, o tyle jednak samo w sobie nie zmienia zasadniczego problemu, że owo „nieprawo” w okresie swojego funkcjonowania wyznaczało efektywnie sytuacje prawne podmiotów prawa. W istocie zatem takie stawianie problemu prowadzi do powoływania konstrukcji „prawa” i „prawa w ujęciu funkcjonalnym”, co w zasadzie odpowiadałoby znacznie bardziej doprecyzowanym płaszczyznom prawa Petrażyckiego. Naturalnie zagadnienie takie jeszcze prościej byłoby postawić, a nawet dokonać uprzedniej dyskwalifikacji owego „nieprawo” na gruncie mocnej ontologicznie koncepcji prawa natury. Ta, trzeba przyznać nader atrakcyjna możliwość, o tyle jest społecznie nieefektywna, że podstawa ontologiczna tego prawa nie jest dowodliwa, a przez znaczną część uczestników dyskursu społecznego bywa negowana. W tym sensie, niezależnie od swej merytorycznej trafności, nie może spełniać swoich funkcji miary etycznej prawa pozytywnego w realnym dyskursie prawniczym.

Wydaje się, że znacznie bardziej użytecznym narzędziem są kategorie sprawiedliwościowe, wytworzone w toku kulturowego rozwoju społeczeństwa. Jeśli w swoim rezultacie nie doprowadzają do uzgodnienia treści prawa z poglądami sprawiedliwościowymi, to co najmniej uodporniają uczestników obrotu prawnego na ideę jakoby doskonałego etycznie prawa, aż po stwarzanie podstaw już nie tylko etycznego, ale i intelektualnego sprzeciwu wobec prawa niesprawiedliwego.

O ile zatem prawo przedstawia się jako prawo również wówczas, gdy jest niesprawiedliwe, o tyle przecież dla samego zachowania pewnych swoich diagnostycznych własności musi stosować, co najmniej w ograniczonym zakresie, podstawę jakiegokolwiek prawa dążącego do ogólności, mianowicie zasadę równego traktowania¹⁶ — zasadę, która w swoich rozwinięciach czyni praktycznie niemożliwym prawo o jakiegokolwiek treści, w każdym razie stwarza podstawę kwalifikacji prawa z pozycji sprawiedliwościowych.

14. Instytucjonalny świat prawa, szczególnie akcentowany przez prawników, jest zarazem jednym z elementów szerzej pojmowanego świata instytucjonalnej rzeczywistości społecznej. Jak to wyżej wykazaliśmy, będąc względnie autonomicznym wobec otoczenia, pozostaje zarazem — już choćby dla zachowania swojej podstawowej własności praktycznej, którą jest zdolność modyfikowania, kreowania czy stymulowania zachowań społecznych — w rozpoznawalnych relacjach z owym szerszym subświatem kultury. Zapewne w tym miejscu zachodzi znaczna

¹⁶ K. Ajdukiewicz, *O sprawiedliwości*, „Kultura i Wychowanie” 1939, z. 2, s. 109–121.

różnica między poglądami Artura Kozaka a moimi¹⁷. Szacunek dla Innego prowadzi Kozaka do poglądu o równouprawnieniu każdego społecznie funkcjonującego świata wartości aż po granicę pewnie plebiscytarnie¹⁸ rozpoznawanego świata antywartości. Temu stanowczo się sprzeciwiam, twierdząc, że pojęcie politycznej poprawności jest pojęciem pozateoretycznym, pozostającym w sferze ideologii traktowanej jako zbiór tez ledwo że użytecznych z punktu widzenia określonych grup społecznych, zatem nader dalekim roszczeniom zarówno o prawdę, jak i słuszość. Właściwej metody procedowania w przypadkach skrajnych upatrywałbym w procedurach stosowania należycie dopracowanej zasady równej miary, nie zaś dopatrywania się równouprawnienia każdego poglądu moralnego.

15. Pewne postawy niezrozumiałe są bez odniesienia do określonej kultury. Przykładowo, pomoc Chrystusowi w osobie ubogiego, co bynajmniej nie ma nic wspólnego z antropomorfizacją Boga. Czy sam znak krzyża, którego nierozumienie leży u podstaw nieroztropnego orzeczenia ETPC. Niemniej jednak, teoretyczny namysł wystarcza do uznania tego znaku za wartość stanowiącą immanentny element rzeczywistości instytucjonalnej stanowiącej element tożsamości nader wielu ludzi, co ciekawe w tym bynajmniej nie tylko chrześcijan.

Brak dostatecznego teoretycznego odtworzenia obrazu rzeczywistości instytucjonalnej, zrozumienia istoty i podstawowych funkcji prawa, prowadzić zaś może do zaprzeczenia i naruszenia godności osoby ludzkiej w imię rzekomo koniecznej delimitacji wykonywania praw. Jest oczywiste, że skazani jesteśmy na koegzystencję z ludźmi, których świat instytucjonalny jest zasadniczo inny od naszego. A niektóre elementy tej rzeczywistości instytucjonalnej, bez względu na inne konotacje, są warunkiem jej trwania, a przynajmniej jej sprzyjają. Stąd jest co najmniej nieroztropnością, zamiast przeprowadzenia gruntownej analizy teoretycznej określonego świata instytucjonalnego, wydawanie orzeczeń, które w istocie są dysfunkcjonalne w realnym aspekcie prawa, a zwyczajnie chybione z punktu widzenia teoretycznego.

¹⁷ Kozak zdaje się sugerować, że treść owego juryscentrycznego światopoglądu jest w tym sensie dowolna, iż nie wymaga kształtowania adepta prawa w określonych, danych wartościach, iż sam ów subświat prawniczy dostarcza autonomicznych kryteriów nie tylko doboru adeptów do środowiska, ale i kwalifikacji ich profesjonalnych zachowań. W moim rozumieniu teza taka byłaby akceptowalna jako taka jedynie wówczas, gdyby ów subświat obejmował świat wartości społecznie uznawanych. Taka jednak interpretacja Kozaka wydaje się niedopuszczalna, ponieważ wówczas traciłaby na ostrości jego teza o braku władzy dyskrejonalnej prawników, właśnie ze względu na juryscentryczny charakter podejmowanych przez nich, ale i przez nich kontrolowanych decyzji stosowania prawa. Zapewne teza taka jest konsekwencją liberalnego poglądu przyjmowanego przez Artura Kozaka również na świat wartości, nie tylko w zakresie metaetycznym (deklarowanemu akognityzmowi w przypadku prawników najczęściej towarzyszy praktyczny kognitywizm, Kozak jest konsekwentnym akognitywistą), ale również praktycznym.

¹⁸ Jak u Hansa Kelsena w ostatniej scenie *Vom Wert und Wesen der Demokratie*, gdzie Piłat poddaje Jezusa wyrokowi podburzonego motłochu.