

ADAM SULIKOWSKI

## | OPRESYWNÓŚĆ POZYTYWIZMU PRAWNEGO I JEJ POSTMODERNI- STYCZNA KRYTYKA

Rozpocznę od konstatacji, często zresztą spotykanej w literaturze filozoficznoprawnej, iż pozytywizm prawny (prawniczy) jest niewątpliwie najbardziej wpływowym z nowoczesnych nurtów myśli prawniczej. Chodzi mi głównie, choć nie tylko, o wpływ na praktykę prawniczą i dogmatykę uważaną za pierwszą linię frontu we współczesnym prawoznawstwie. Już samo stwierdzenie tego kulturowego faktu dostarcza argumentów na rzecz uznania opresywności pozytywizmu, którą najogólniej można określić jako skłonność do mniej lub bardziej ukrytej przemocy skierowanej na stłumienie i wykluczenie konkurencyjnych sposobów myślenia – dążenie do uzyskania monopolu na praktyczne kształtowanie prawd. Tak pojmowana opresywność jest ściśle związana z praktyką, ze skutecznością. Stąd myśl opresywna nie tylko zakłada dążenie do zostania jedyną prawdą (tę cechę można przecież przypisać każdej myśli), lecz także potrafi to skutecznie czynić – efektywnie tłumi i wyklucza, wykorzystując zarówno atrybuty swoje, jak i instrumentarium dostarczane przez otoczenie i w konsekwencji, mówiąc po derridiańsku, rozplenia się, uzyskując status myśli wiodącej, rozprzestrzenianej przez skolonizowane przez nią instytucje. Staje się prawdziwa, bo przez jej pryzmat oglądana jest, opisywana i systematyzowana rzeczywistość.

Skoro, bez większego ryzyka można twierdzić, że pozytywizm prawny opanował niemal całkowicie praktykę i edukację prawniczą nie dziwi fakt, iż stanowi on obiekt ataków ze strony myśli postmodernistycznej z założenia podejrzliwej wobec wszelkich totalizujących tendencji w myśleniu i działaniu. Niniejszy tekst chciałbym poświęcić niektórym wątkom tych filozoficznych ataków. Zanim jednak przejdę to materii zasadniczej, wypada powiedzieć parę słów na temat samego obiektu ataków czyli pozytywizmu prawniczego, który przecież bywa różnie rozumiany i postrzegany. By oszczędzić czas i nie ugrzęznąć w pułapce niewygodnych rozstrzygnięć nie będę dążył do nawet wielce uproszczonego opisu spektrum nurtów zaliczanych do pozytywizmu. Tym bardziej, że wobec coraz liczniejszych ataków na pozytywizm jego zwolennicy starają się go bronić poprzez swoiste rozmywanie i ukazywanie jako zbioru bardzo niewielu „miękkich” twierdzeń, łatwych do obrony ze względu na swą ogólność, by nie rzecz ogólnikowość. Pisał o tym dużo Lech Morawski, zwłaszcza w słynnym tekście pod znamienym tytułem pozytywizm twardy, pozytywizm miękki – pozytywizm mar-

twy<sup>1</sup>. Ja, chcąc uniknąć niepotrzebnych sporów, potraktuję pozytywizm jako pojęcie typologiczne, wskazując cechy, które można uznać za składniki wzorca pozytywistycznego myślenia o prawie, od którego konkretne mniej lub bardziej pozytywistyczne koncepcje mogą się mniej lub bardziej różnić.

Po pierwsze, pozytywizm zakłada, iż prawem jest efekt ludzkiej skonwencjonalizowanej działalności, nie zaś rezultat odkryć poczynionych w związku z obserwacją funkcjonowania natury, ludzkiej duszy czy społeczeństwa.

Po drugie, prawo tworzone jest w wyniku władczej i zasadniczo nieograniczonej działalności prawodawcy.

Po trzecie, pozytywizm jako nurt imperatywistyczny opiera się na założeniu iż prawo jest wyłącznie zbiorem norm, reguł.

Po czwarte, jako scjentystyczny i formalistyczny prąd myślowy zakłada, iż teksty prawne posiadające obiektywne (możliwe do naukowego ustalenia) znaczenie ograniczają rolę prawnika do bezrefleksyjnego stosowania prawa, które istnieje od niego niezależnie.

Po piąte, zakłada brak koniecznych związków między prawem a pozaprawnymi systemami normatywnymi np. moralnością oraz pomiędzy bytem a powinnością w sferze prawa.

Po szóste, uznaje, iż badania nad znaczeniem pojęć prawnych winny polegać na zobiektywizowanej analizie i tym samym różnić się od badań socjologicznych, historycznych, czy krytyki z punktu widzenia moralności.

Po siódme, w końcu, zakłada, iż system prawa winien funkcjonować, jako dostępny w określonym czasie i przestrzeni zamknięty i spójny system logiczny, w którym decyzje wyprowadzić można z obowiązujących norm kierując się logicznymi regułami inferencji<sup>2</sup>.

Upraszczając powyższą wyliczankę, stwierdzić można, iż według pozytywistów, prawo to dzieło człowieka lub zespołu ludzi, a ściślej, dzieło prawodawcy (organu władzy), który poprzez prawo rozkazuje – steruje społeczeństwem. Rozkazy – normy prawne – mają obiektywną treść, którą w procesie stosowania prawa ma ustalić prawnik. Prawo może być moralnie słuszne (dobre) i zwykle takie jest, ale gdyby słuszne (dobre) nie było, nie przestałoby być prawem. Prawo powinno być systemem, czyli układem uporządkowanym – niesprzecznym (nie powinno np. nakazywać i zakazywać tego samego zachowania) i wolnym od luk (powinno dawać możliwość oceny legalności każdego ludzkiego zachowania). Ponadto treść norm prawnych i reguł, przy pomocy których można z jednych norm wyprowadzać inne normy jest lub powinna być możliwa do ustalenia za pomocą logicznego namysłu.

Pozytywizm prawny jest ewidentnie modernistyczny, uwikłany w nowoczesną formację intelektualną. Pozornie afilozoficzny, a przynajmniej niezależny od klasycznie pojmowanej filozofii politycznej, doskonale nadaje się na instrument zarządzania, będąc potencjalnym sługą każdego nowoczesnego programu budowy dobrego państwa. Dzięki pojęciowemu odpodmiotowieniu procesu stosowania prawa doskonale współgra ze sztandarowymi dla nowoczesnych modeli racjonalności pomysłami organizacji

<sup>1</sup> L. Morawski, *Pozytywizm "twardy", pozytywizm "miękki" i pozytywizm martwy* [w:] *Ius et Lex*, nr ( II), 1/2003, s. 321 i n.

<sup>2</sup> Taki wzorzec pozytywizmu proponują J. Stelmach, B. Brożek, w pracy *Metody prawnicze*, Kraków 2004, s. 28.

porządku prawnego. Zdaje się wieść do urzeczywistnienia rządów rozumu poprzez rządy ślepo stosowanych i z założenia racjonalnych reguł. Ta cecha pozytywizmu prawnego, a mówiąc ściślej, cecha praktyki prawniczej ufundowanej na pozytywizmie, spotyka się z krytyką przede wszystkim myślenia poststrukturalistycznego, które dominuje w europejskim postmodernizmie. Na swych sztandarach przecież poststrukturalizm wyhaftował hasła uwolnienia człowieka od unifikujących i normalizujących, a przez to opresywnych, struktur i będących ich odzwierciedleniem zinstytucjonalizowanych reguł. Jeden z ojców założycieli ruchu poststrukturalistycznego M. Foucault<sup>3</sup> uznawał pozytywizm prawny z jego oddzieleniem prawa od moralności za korelat metanarracyjnego mechanizmu wojny, który stanowi ważny element takich nowoczesnych opowieści jak darwinizm czy marksizm.

Podobnie jak w tezach Marksa i Darwina także sens pozytywistycznej praktyki prawniczej wyznacza jej nierozzerwalny związek z wojną i dążeniem do pokonania przeciwników, do zajęcia lepszej pozycji w wyobrażonej wspólnotce<sup>4</sup>. Świadczy o tym choćby retoryka towarzysząca działaniom w ramach pozytywistycznej praktyki pełna zwrotów w rodzaju „wygrać sprawę”, „przegrać”, „pokonać przeciwnika”. Prawo jest i musi być traktowane jako instrument – oręż w walce z przeciwnikiem, a prawnik staje się w myśl modnego zwłaszcza za oceanem określenia – *hired gun* – najemną strzelbą, rewolwerowcem oddającym swe usługi, temu, kto za nie zapłaci<sup>5</sup>.

Co więcej, w opinii poststrukturalistów najgorszą cechą pozytywistycznej opowieści o prawie w jej współczesnym, zachodnim wydaniu jest właśnie to, że sprawia wrażenie iż zapobiega wojnie. Przez to wrażenie ukrywa siebie i swój wojenny charakter pod płaszczykiem prawa i porządku (praw ładu cywilnego). Nawiązując do Nietzschego, pisze Foucault – „Nie mamy racji wierząc zgodnie z tradycyjnym schematem, że totalna wojna wyczerpując się we właściwych dlań sprzecznościach kończy się (...) zgodą na podporządkowanie się prawom ładu cywilnego. (...) Świat pojęć takich jak *wina*, *sumienie*, *obowiązek* i *świętość obowiązku* – ich początek (...) był długo i obficie zlewany krwią. (...) Prawa jako takie są puste (...) mogą ugiąć się względem tego czy innego. Wielka gra historii dotyczy tych, którzy posiadają prawa, którzy zajmą miejsce tych, co się nimi posługują, którzy będą prawa w ukryciu deprawować, korzystać z nich na opak i odwracać przeciw tym, którzy je narzucili”<sup>6</sup>. Jak uważa francuski filozof, archeologiczne badanie prawniczych konstrukcji pojęciowych, tak chętnie i bezrefleksyjnie stosowanych przez sądy i prawników praktyków, ujawnia, iż ich znaczenie to spetryfikowany wynik nieczystych zagrywek skutecznych rewolwerowców prawa, którzy deprawując reguły doprowadzali do zwycięstw, a ich metody zakłęto w orzecznictwo i przyjęto za wzorce postępowania przyszłych pokoleń.

Historia i codzienność, w opinii poststrukturalistów, to wojny jednostek uwikłanych w struktury dominacji. Jednostki zwykle nie mają nad strukturami żadnej władzy (w znaczeniu swobody odnoszenia się do nich i korzystania z nich), nie mogą ich nawet

<sup>3</sup> Myśl prawniczą Foucaulta szerzej przedstawiłem w tekście *Poststrukturalistyczne pojmowanie prawa w Myśli M. Foucaulta*, Zeszyty Naukowe WWSZiP Nr 10, Wałbrzych 2007, niektóre wątki w niniejszym tekście zaczerpnąłem ze wskazanego opracowania.

<sup>4</sup> Te wątki stawiają Foucaulta, zdaniem J. Kmita, w jednym rzędzie z darwinistami, por. J. Kmita, *Wymykanie się uniwersaliami*, Warszawa 2000, s.98-99.

<sup>5</sup> Por. D. Luban, *The Fundamental Dilemma of Lawyering: The Ethics of the Hired Gun. The Adversary System Excuse* [w:] R. Abel, (red.), *Lawyers: A Critical Reader*, New Press, bmw, 1997, s. 3 i n.

<sup>6</sup> M. Foucault, *Nietzsche, genealogia, historia* [w:] tegoż, *Filozofia, historia, polityka*. Warszawa 2000, s.123.

w pełni zidentyfikować, gdyż nie są podmiotami w tradycyjnym rozumieniu. Ich tożsamość jest kształtowana przez struktury, którymi próbują się posługiwać. Zresztą próbują się posługiwać strukturami dominacji w celach, które także wyznaczone są przez te właśnie struktury. Prawo, jego instytucje oraz prawnicze nawyki to dynamiczny układ powstały w wyniku wojen i zwycięstw jednych nad innymi, wykorzystywany do dalszych wojen i dalszych zwycięstw, które ów układ zmieniają. Szeregowi uczestnicy obrotu prawnego próbują wykorzystać struktury dla określonych celów – dążą do wygrania swoich spraw, bez względu nawet na własne przekonanie o słuszności swoich planów i działań. Pozytywizm zaklęty w praktykę do tego wręcz zachęca, a przynajmniej dobrze usprawiedliwia takie działanie. Kwestie sprawiedliwości czy etyczności tak ważne dla prawa przednowoczesnego pozytywizm odsuwa na plan dalszy. Dzięki niemu istotą rzeczy w praktyce prawniczej jest zajęcie lepszego miejsca w systemie władzy. Jednakże sam uczestnik systemu dążąc do zajęcia lepszej pozycji względem innych w strukturach dominacji nie tylko władzę rozprzestrzenia, czyli multiplikuje opresję, lecz staje się sam jej obiektem. To przecież stosowane przezeń struktury dominacji kształtują i wyznaczają jego pozycję a także jego samopostrzeżenie, plany i aspiracje (dzięki mniej lub bardziej celnej identyfikacji struktur uczestnik czuje co może, a czego nie może zrobić). To dominacja kreuje prawdy<sup>7</sup>. Ten, kto skutecznie wykorzystuje prawo kształtuje jego struktury, ale sam nie jest wcale mniej zniewolony niż jego „ofiara”, czyli pokonany przez niego uczestnik wspólnoty. Jego działania są przecież też standaryzowane i sproceduralizowane - wpisując się w biurokratyczny czy też nomokratyczny pozytywistyczny przemysł sądowy. Formalizacja i proceduralizacja upodabnia sądy do wielu innych nowoczesnych instytucji normalizujących, takich jak koszary czy fabryki – tłumiona jest wszelka „pozastrukturalna” myśl, która mogłaby zakłócić funkcjonowanie systemu. Dotyczy to zresztą nie tylko prawników na usługach stron, których serwilizm i władcze podporządkowanie są niejako wpisane w logikę działania. Nawet sędziowie, pozornie niezawisli i mocni siłą autorytetu robiąc karierę, podporządkowują się strukturalnemu trybowi pracy. Awans sędziego uzależniony jest od liczby tzw. spraw odfajkowanych w danym czasie oraz od braku tzw. uchyłek. Ten ostatni warunek ma zapewnić nie tylko formalną poprawność orzeczeń, czyli wolność od pomyłek oraz ewidentnych błędów wynikających np. z niedokształcenia sędziów, lecz także zgodność wyroków z liniami orzeczniczymi, ich odtwórczość, wierność zastanym i uznanym (czasem przygodnie) punktom odniesienia. Praca w rytmie „fajek” i „wolności od uchyłek” sprawia, że marzeniem sędziego jest odrzucenie sprawy ze względów formalnych, z powodu spóźnienia strony, przedawnienia roszczenia itp. Zapewnia to szybkie i bezpieczne rozstrzygnięcie (brak podstaw do uchylenia wyroku czy postanowienia przez sąd wyższej instancji), choć niewiele ma wspólnego z wymiarem sprawiedliwości, z którego to miana europejskie sądownictwo jest wciąż mocno dumne. Także oceny sądownictwa dokonywane są w trybie, jaki za Foucaultem śmiało można nazwać „fabrycznym”. Podstawowe kryterium oceny pracy, podobnie jak w firmie produkcyjnej stanowi przecież „przemysłowa” efektywność, mierzona zresztą przez zastosowanie metod statystycznych i ekonometrycznych. A metody te są (i być muszą) sformalizowane odmaterializowane, symplifyczne, a kreowane przez nie „słupki” i „wykresy” mocno wirtualne. Ocenia się ilość rozstrzygniętych spraw,

<sup>7</sup> M. Foucault, *Nadzorować i karać*, Warszawa 1998, s. 188-189.

wpływ tej ilości na inne sfery ludzkiej aktywności (np. gospodarke, która bardzo jawnie dąży do uprzemysłowienia sądownictwa), a nie „salomonową sprawiedliwość”, której w cyferkach ująć się nie da. Nowoczesne sądownictwo, jak twierdzi poststrukturalistyczna krytyka, przypomina maraton taneczny z głośnego filmu *Czyż nie dobija się koni?*, w którym uczestnicy w pogoni za mglistą i dyskusyjną nagrodą tracą wielokrotnie cenniejsze wartości. Strony procesów traktują praktykę prawniczą jak zakupy w markecie – w ich opinii za większe pieniądze należy się im lepszy adwokat, który wygra sprawę – nie przychodzą przecież do sądu po sprawiedliwość, tylko po zwycięskie orzeczenia, których są konsumentami. Sędziowie starają się wyprodukować jak najwięcej orzeczeń, jak najmniejszym nakładem sił i środków; czekają na to rzesze konsumentów i uciskana gospodarka, której, jak głoszą rzecznicy, zbytnia ślamazarność sądowych fabryk przeszkadza się właściwie rozwijać.

Drugą niewybaczalną dla postmodernistycznej krytyki wadą praktyki ufundowanej na pozytywizmie jest kult reguły. Standaryzowane stosowanie częściowo przynajmniej niezależnych od sędziego normatywów jest przecież istotnym elementem prawnopozytywistycznego myślenia. W opinii sztandarowego postmodernistycznego filozofa – Jacquesa Derridy<sup>8</sup>, pozytywistyczna wierność regule zabija sens prawa, którym jest sprawiedliwość – z definicji niemożliwa do zaklęcia w regułę, właśnie ze względu na opresywność tejże, wpisaną niejako w jej strukturę.

Sprawiedliwość u Derridy, pojmowana jako nieskonkretyzowana idea jest zawsze płynna i nigdy nie może zostać w pełni zrealizowana. Nie może być skryzalizowana, czy spetryfikowana w określonym pojęciu. Jest ciągłym zadaniem otwierania się na Innego. Jest także kategorią nieredukowalną do innych kategorii (nie może też być dekonstruowana, w przeciwieństwie do prawa) – jest niedoświadczalna i nigdy terazniejszo nieobecna<sup>9</sup>.

Powstające na przestrzeni wieków prawo w jego różnych koncepcjach i regułach (konstruktach) to mniej lub bardziej bezpośrednie i świadome próby skutecznienia przy pomocy siły (władzy), jakichś wizji sprawiedliwości. Dotyczy to zarówno jawnie władczych i ugruntowanych na przemocy koncepcjach *Lex*, jak i pozornie miękkich i nie opresyjnych wizjach *Ius*. Według Derridy podział ten, tak żywy w filozoficznoprawnym dyskursie, i tak nie ma najmniejszego sensu, wobec podobieństwa językowych struktur konstrukcyjnych jego członów<sup>10</sup>. U podstaw każdego prawa leży akt przemocy (*coup de force*) związany z ustalaniem i interpretowaniem podstawowych standardów legalności i wykluczeniem tego, co do nich nie pasuje. Czasem przemoc stosuje się wprost i bez uzasadnienia, czasem legitymizując opresję stosuje się opowieści o zapośredniczeniu prawa w wyższym porządku (Bogu, rozumie, naturze). Uzasadnienie ma na celu zrównoważenie i zablokowanie idei sprawiedliwości (w jej relacji do Innego) jako źródła potencjalnych argumentów przeciw prawu. Nawet gdy jednostkowe poczucie sprawiedliwości nie zgadza się z regułą, transcendentalne

<sup>8</sup> Szerzej na temat prawniczej myśli Derridy pisałem w tekście *Derridiańska koncepcja prawa*, Zeszyty Naukowe WWSZiP Nr 10, Wałbrzych 2007, niektóre wątki tu poruszone przedstawiłem także we wzmiankowanym tekście.

<sup>9</sup> Por. B. Wojciechowski, *Dekonstrukcja między prawem a sprawiedliwością*, [w:] L. Leszczyński (red.) *Zmiany społeczne a zmiany w prawie*, Lublin 1998, s. 309.

<sup>10</sup> M. Lilla, *Jacques Derrida*, [w:] tegoż *Lekkomysłny umysł. Intelktualiści w polityce*, Warszawa 2003, s. 149.

uzasadnienie tej ostatniej, jej rzekome zakorzenienie w wyższej sprawiedliwości, ma usprawiedliwiać opresję wobec jednostki.

Stąd, w opinii Derridy, krytyka prawa, akty nieposłuszeństwa obywatelskiego, dezaprobaty wobec reguł, są niezbędnym warunkiem funkcjonowania idei sprawiedliwości; są także funkcją nieprzewidywalności sprawiedliwości, której żadna chwilowa i lokalna reguła nie jest w stanie zapewnić<sup>11</sup>. Sprawiedliwość jest zadaniem, ciągłym stawianiem się w aktach podejrzliwości wobec prawnych konstruktów. Ciągła dekonstrukcja prawa, wskazywanie tego, co w nim ukryte, śladów przemocy wyrażającej się w hierarchicznych opozycjach, śladów wykluczeń, tropów innych tekstów, które rozpleniają znaczenia, jest właśnie sprawiedliwością.

Czynienie sprawiedliwości napotyka ciągle na trzy aporie. Pierwsza z nich wiąże się z tzw. *epokhe* czyli zawieszeniem reguły. Stosujący prawo musi odczuwać stałe napięcie pomiędzy zidentyfikowaną przez siebie normą prawną a poczuciem sprawiedliwości w konkretnej sprawie. Jeżeli mechanicznie zastosuje normę **do czego opresywnie zmusza go pozytywizm prawny** może stać się siewcą niesprawiedliwości, za sprawą którego rozpleni się przemoc ukryta w normie. Z drugiej strony, jeżeli bezwzględnie odrzuci normę, sprzeciwi się istocie idei prawa, które przecież domaga się urzeczywistnienia. Co więcej, jeżeli sędzia zlokalizuje i przyjmie punkt widzenia Innego (hipotetycznie oczywiście) oraz uzna jego roszczenia wbrew normie, może doprowadzić do upośledzenia pozycji większości, która sama stanie się Innym<sup>12</sup>.

Druga aporia wiąże się z faktem, iż sprawiedliwość, która przeciwstawiana może być prawu w momencie podejmowania decyzji nie jest sama nigdy dana w apriorycznej regule. Reguła dla sprawiedliwości musi zostać przez orzekającego dopiero sformułowana, przy czym jej sformułowanie i zastosowanie pozbawia regułę „przynależności” do świata sprawiedliwości i włączenie do świata prawa. Sprawiedliwość nie może być zamknięta w regule, a jednocześnie potrzebuje formy reguły, by oddziaływać na prawo<sup>13</sup>. Niezastosowanie przez sędziego normy prawnej w imię sformułowanej w konkretnej sprawie reguły sprawiedliwości nie czyni z tej reguły lepszej podstawy dla ewentualnych przyszłych rozstrzygnięć. Staje się ona częścią prawa i tym samym podlega dekonstrukcji.

Trzecia aporia związana jest z koniecznością czynienia sprawiedliwości w ograniczonym czasie, przy zastosowaniu ograniczonej wiedzy, podczas gdy sprawiedliwość wymaga przekraczania horyzontów wiedzy i czasu. Sprawiedliwość musi być formułowana ze względu na Innego, który istnieć będzie zawsze, kreowany przez wykluczenia rozumu i prawa. Niemniej jednak sprawiedliwość powinna być czyniona „tu i teraz”, mimo iż osiągnięta być nie może. To dekonstrukcja, jako krytyczna postawa podejrzliwości, poszukiwanie bezpodstawnych wykluczeń w prawie (**na co opresywny i totalizujący pozytywizm nie zezwala**) jest właśnie derridiańską sprawiedliwością<sup>14</sup>.

Pozytywizm prawny przez kult wierności regule w imię nowoczesnej mrzonki o uniwersalnej rozumności zakłętej w dobrym prawie znosi aporie, ale oddala prawo od sprawiedliwości.

<sup>11</sup> V. Dokić, *Reading Derrida's Force of Law: Mystical Foundation of Authority* Facta Universitatis, Philosophy and Sociology, No 5/1998, s. 451-452.

<sup>12</sup> Por. Derrida, *Force of Law. Mystical Foundation of Authority*, Cardozo Law Review, 1989/1990, s. 960.

<sup>13</sup> *Ibidem*, s. 962.

<sup>14</sup> *Ibidem*, s. 966. Komentarz derridiańskich aporii formułuje także D. Litowitz, *Postmodern Philosophy of Law*, Kansas 1997, s. 95-96.

Pozytywizm doskonale rozprzestrzenił się dzięki nowoczesnemu mitowi, iż tylko on jest w stanie uczynić z praktyki prawniczej dobrze funkcjonującą maszynę, która najlepiej sprzyja wysokiemu stopniowi organizacji społeczeństwa. To przekonanie podlega dyfuzji także za sprawą prawniczej edukacji od dawna podporządkowanej pozytywistycznemu myśleniu. Krytyka tego stanu rzeczy także jest mocno widoczna w myśli ponowoczesnej.

Jak pisał ś.p. A. Kozak model edukacji prawniczej lansuje wśród prawników postawę *Ghost Doga*, tytułowego bohatera głośnego filmu Jima Jarmuscha. *Ghost Dog* żył we współczesnym nam świecie, kierując się maksymami starej księgi samurajów *Hagakure*. Nie stawiał nigdy pytań o zasadność i legitymację źródła życiowych drogowskazów, co ułatwiało mu podejmowanie decyzji i nadawało sens życiu. Nie mając wątpliwości, działał lepiej i pewniej<sup>15</sup>, choć z zewnętrznego punktu widzenia jego wybory, twierdzenia i opinie jawiły się jako dziwne, sztuczne, bądź po prostu głupie. Zdaniem wielu teoretyków, prawnicza edukacja pozostająca w okowach pozytywizmu produkuje właśnie bezrefleksyjnych *Ghost Dogów*. Co więcej jest z tego dumna i z tego właśnie rozliczana nawet przez swych klientów czyli studentów, zainteresowanych jedynie tym, by osiągnąć odciażające poznawczo narzędzia skutecznej pracy.

Jak pisze amerykański filozof krytyczny T. Noonan, już na poziomie podstawowego szkolenia prawników, eliminując sprawiedliwościowe myślenie, zastępuje się w kazusach konkretne osoby o określonej rasie, przynależności klasowej, preferencjach, dążeniach politycznych itp. „bezdusznymi” symbolami. Czyni się tak po to, by wyeksponować wirtualną regułę, którą wskazuje się studentom jako pewną i nieskorelowaną z żadnymi osobniczymi właściwościami stron procesu. Ludzi sprowadza się do abstrakcyjnych pojęć „sędziów”, „dłużników”, „pokrzywdzonych” itp., co maskuje ich osobowości. Powstaje w ten sposób wrażenie istnienia porządku obiektywnych reguł niezależnych od ludzi i władzy. Maskowanie i dehumanizacja skutkują powstaniem mitu obiektywnych reguł. Mit ten jest szczególnie potrzebny opresywnemu pozytywizmowi. Pojęciowe maski zaspokajają wiarę ludzi w słuszność i neutralność orzeczeń – dają prawo niezbędną siłę. Jak wskazuje D. Kennedy – amerykański teoretyk krytyczny, w procesie edukacji prawniczej władza i pozytywizm prawniczy sprzęgają się i wzajemnie wykorzystując trenują przyszłego prawnika w hierarchii – reprodukują rzekomo apolityczne mechanizmy funkcjonowania współczesnych społeczeństw<sup>16</sup>.

Podsumowując, postmodernistyczna filozofia nie ufa pozytywizmowi prawnemu i eksponuje jego opresywność. Można jej wierzyć bądź nie, ale jej wpływ na osłabienie pozytywistycznych sposobów myślenia jest ewidentny. Wokół dzisiejszej praktyki prawniczej coraz częściej dyskutuje się o etyczności i zapobieganiu wykluczeniom. Tradycyjny model sądownictwa oparty na stosowaniu reguł przez sędziego bez względu na wolę stron, zastępują rozmaite alternatywne metody rozstrzygania sporów, które niełatwo wpisują się w logikę pozytywizmu. Coraz częściej uczestnicy procesu sami decydują, co uznać za punkt odniesienia w ich sytuacji, stracając tym samym aprioryczną regułę z piedestału, na którym ulokował ją pozytywizm<sup>17</sup>. Coraz częściej same

<sup>15</sup> A. Kozak, *Prawda i prawo. Juryscentryczna koncepcja praktyki prawniczej*, mpis, s. 1.

<sup>16</sup> D. Kennedy, *Legal education as training in hierarchy*, artykuł na stronie autora [www.duncankennedy.net](http://www.duncankennedy.net).

<sup>17</sup> Szerzej na ten temat pisałem w tekście *Wzrost znaczenia ADR jako przejaw osłabienia nowoczesnego paradygmatu stosowania prawa*, ADR. Arbitraż i Mediacja, 2008, nr 4.

sądy porzucają regułę i sylogistyczny model rozumowania na rzecz orzekania sprawiedliwościowego. Oczywiście dzieje się tak zwykle na najwyższych szczeblach sądownictwa: w sądach najwyższych i trybunałach konstytucyjnych – owych „wentylach bezpieczeństwa” współczesnej praktyki, które mimo iż niełatwo wpisują się w oficjalne opowieści o prawie, dbają o to, by opresywność prawa nie przekroczyła tolerowanego poziomu. Jak będzie dalej przedstawiał się ten proces? Czy postmodernistyczna krytyka pogłębi się, trafi pod strzechy i wywróci system na nice, jak zapowiada w swoim słynnym zdaniu T. Eagleton? Odpowiedź na te pytania może przynieść jedynie czas.